

DEPARTAMENT DRET DEL TREBALL I DE LA
SEGURETAT SOCIAL

LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA
“SOCIETAS EUROPAEA”

FERNANDO LUIS INSA PONCE DE LEÓN

UNIVERSITAT DE VALENCIA
Servei de Publicacions
2009

Aquesta Tesi Doctoral va ser presentada a València el dia 4 de desembre de 2008 davant un tribunal format per:

- D. Tomás Sala Franco
- D. José Luis Monereo Pérez
- D. Fernando Valdés Dal-ré
- D^a. Carmen Viqueira Pérez
- D. José María Goerlich Peset

Va ser dirigida per:

D. Juan Manuel Ramírez Martínez

©Copyright: Servei de Publicacions
Fernando Luis Insa Ponce de León

Depòsit legal:

I.S.B.N.:978-84-370-7436-8

D.L.:V-1295-2009

Edita: Universitat de València
Servei de Publicacions
C/ Artes Gráficas, 13 bajo
46010 València
Spain
Telèfon: 963864115

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social



TESIS DOCTORAL

LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA
<<SOCIETAS EUROPAEA>>

FERNANDO-LUIS INSA PONCE DE LEÓN

Valencia, 2008

Tesis doctoral presentada por Fernando-Luis Insa Ponce de León con la finalidad de obtener el Grado de Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia, siendo dirigida por D. Juan Manuel Ramírez Martínez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia.

AGRADECIMIENTOS

Es mi intención expresa manifestar mi agradecimiento a todos aquellos que han contribuido a que esta Tesis doctoral haya podido ver la luz.

En primer lugar, me gustaría agradecer al Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia la calida acogida que me ha proporcionado durante mi etapa como doctorando, así como la ayuda y orientaciones recibidas por la Secretaría del citado Departamento, y especialmente por Rosa Ruiz, en los distintos trámites formales y administrativos necesarios para la presentación de esta Tesis.

Asimismo, quiero agradecer el apoyo y motivación continua recibida durante el proceso de elaboración de la misma por mi familia, en especial por mis queridos padres y hermano.

Finalmente, expresar mi más sentido y profundo agradecimiento a mi Director de Tesis, D. Juan Manuel Ramírez Martínez, por sus sabios consejos y orientaciones, por la labor de dirección efectuada, y por estar siempre cercano y disponible ante cualquier requerimiento o duda por mi parte durante todo el proceso de realización de esta Tesis doctoral.

TESIS DOCTORAL

***“LA IMPLICACIÓN DE LOS
TRABAJADORES EN LA <<SOCIETAS
EUROPAEA>>”***

FERNANDO-LUIS INSA PONCE DE LEÓN

A JUAN MANUEL RAMÍREZ, SIN CUYA CONFIANZA
Y APOYO ESTA TESIS NUNCA HABRÍA SIDO POSIBLE,
Y A MIS PADRES, A QUIENES TODO DEBO.

“LA LECTURA DE LA NORMATIVA COMUNITARIA SOBRE
LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD EUROPEA
NO ES SIMPLE NI CLARA (...).
LA PRIMERA SENSACIÓN QUE SE SIENTE ES DE EXTRAVÍO,
COMO AL PASAR POR UN VIEJO NUDO FERROVIARIO:
DE LA VÍA QUE RECORRE NUESTRO TREN PARECE NACER OTRA,
QUE GENERA A SU VEZ NUEVAS,
LAS CUALES,
DURANTE UN TIEMPO PARECEN CREAR OTRAS QUE ENGENDRAN NUEVAS,
PARECIENDO QUE POR UN TIEMPO CORREN PARALELAS,
LUEGO POR UN RATO SE CRUZAN Y SE SEPARAN MÁS VECES,
TERMINANDO EN REMOTAS TERMINACIONES”

G. ARRIGO: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *RMTAS*, NÚM. 52, 2004.

SUMARIO

PÁG.

ABREVIATURAS.....	17
--------------------------	-----------

INTRODUCCIÓN Y OBJETIVO DE LA TESIS DOCTORAL.....	25
--	-----------

PARTE PRIMERA. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA.

CAPÍTULO I.- “LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA: DELIMITACIÓN TEMÁTICA Y CONCEPTUAL. MODALIDADES Y SISTEMAS DE PARTICIPACIÓN EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA”.

1.1. PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y DEMOCRACIA INDUSTRIAL. PLANTEAMIENTO INICIAL Y DELIMITACIÓN TEMÁTICA.....	39
1.2. TIPOLOGÍA DE LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN FUNCIÓN DE SU INTENSIDAD.....	67
1.3. PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN DIFERENTES PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA.....	97
1.4. SOBRE EL MODELO DE PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RELACIONES LABORALES.....	136

CAPÍTULO II.- “SOCIETAS EUROPAEA”: LA ODISEA DE UN COMPLICADO PROCESO DE GESTACIÓN HISTÓRICA.

2.1. INTRODUCCIÓN.....	157
2.2. LOS INICIOS (1949-1970).....	163
2.3. LAS PROPUESTAS DE LA PRIMERA GENERACIÓN (1970-1975).....	169

2.4.	LA SEGUNDA GENERACIÓN DE PROPUESTAS (1989-1991).....	183
2.5.	EL DESBLOQUEO DEL PROCESO: “LOS ÚLTIMOS PASOS” (1994- 2001).....	195

**CAPÍTULO III.- “LA PROPUESTA DE Vª DIRECTIVA
SOBRE ESTRUCTURA Y ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA”.**

3.1.	INTRODUCCIÓN.....	209
3.2.	LA PROPUESTA DE Vª DIRECTIVA, DE 9 DE OCTUBRE DE 1972.....	212
3.3.	LA PROPUESTA MODIFICADA DE 1983.....	220

CAPÍTULO IV.- “LA FIGURA DEL COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO”.

4.1.	INTRODUCCIÓN.....	231
4.2.	LA DIRECTIVA DEL CONSEJO, DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1994, RELATIVA A LA CONSTITUCIÓN DE UN COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO O AL ESTABLECIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO DE INFORMACIÓN Y CONSULTA A LOS TRABAJADORES EN LAS EMPRESAS O GRUPOS DE EMPRESAS DE DIMENSIÓN COMUNITARIA.....	246
4.3.	LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA C.E.U. AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LA LEY 10/ 1997, DE 24 DE ABRIL.....	265

PARTE SEGUNDA. LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA: RÉGIMEN JURÍDICO.

CAPÍTULO I.- EL ESTATUTO DE LA “SOCIETAS EUROPAEA” (S.E.).

1.1.	CONSIDERACIONES GENERALES: UNA VISIÓN DE CONJUNTO SOBRE EL ESTATUTO DE LA S.E.....	281
1.2.	TÉCNICA JURÍDICA EMPLEADA EN EL ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA Y BASE JURÍDICA QUE LO FUNDAMENTA.....	287
1.3.	EL REGLAMENTO CE 2157/2001 SOBRE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA....	297

**CAPÍTULO II.- “LA DIRECTIVA 2001/86 SOBRE IMPLICACION DE
LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA”.**

2.1.	EL NUEVO CONCEPTO DE “IMPLICACIÓN” INTRODUCIDO POR LA DIRECTIVA 2001/86.....	323
2.2.	ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2001/86. COORDINACIÓN DEL REGIMEN DE IMPLICACIÓN DE LA SE CON OTRAS NORMAS.....	335
2.3.	PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA DIRECTIVA SOBRE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA S.E.: LOS PRINCIPIOS DE “SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD” Y EL PRINCIPIO DE “ANTES-DESPUÉS”.....	341

CAPÍTULO III.- “ANÁLISIS SISTEMÁTICO DEL PROCESO NEGOCIADOR: RÉGIMEN JURÍDICO CONTENIDO EN LA DIRECTIVA 2001/86 Y EN LA LEY 31/2006”.

3.1. INTRODUCCIÓN.....	355
3.2. EL PROCESO NEGOCIADOR.....	358
3.3. EL DESARROLLO DEL PROCESO NEGOCIADOR: EL ACUERDO DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA DIRECTIVA S.E. Y EN LA LEY ESPAÑOLA DE IMPLICACIÓN. OTRAS POSIBLES SOLUCIONES ANTE LA FALTA DE UN ACUERDO NEGOCIADO.....	396

CAPÍTULO IV.- ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LAS DENOMINADAS “NORMAS SUBSIDIARIAS O DE REFERENCIA”:
RÉGIMEN JURÍDICO CONTENIDO EN LA DIRECTIVA 2001/86 Y TRANSPOSICIÓN EFECTUADA EN LA LEY 31/2006.

4.1. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE REFERENCIA.....	429
4.2. LA CLÁUSULA “OPTING- OUT”.....	440
4.3. EL ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN.....	442
4.4. DISPOSICIONES SUBSIDIARIAS EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN.....	458

CAPÍTULO V.- “DISPOSICIONES VARIAS EN LA DIRECTIVA S.E. Y EN LA LEY ESPAÑOLA DE IMPLICACIÓN Y MEDIDAS PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA SOBRE IMPLICACIÓN EN LA SE”.

5.1. CONFIDENCIALIDAD Y RESERVA.....	465
5.2. COOPERACIÓN ENTRE LAS PARTES.....	473
5.3. PROTECCIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.....	475
5.4. USO INDEBIDO DE LOS PROCEDIMIENTOS.....	478
5.5. CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA SOBRE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE.....	481

PARTE TERCERA. LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD EUROPEA: SÍNTESIS Y CONCLUSIONES.

CAPÍTULO I.- “SÍNTESIS Y CONCLUSIONES SOBRE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA DIRECTIVA 2001/86/CE”..... 499

CAPÍTULO II.- “SÍNTESIS Y CONCLUSIONES SOBRE LA LEY 31/2006”.

2.1. LA LEY 31/2006 COMO NORMA DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA S.E.: REFERENCIA A SU PROCESO DE ELABORACIÓN Y ESTRUCTURA DE LA MISMA.....	513
--	-----

Sumario

2.2.	CONCRECIONES, APORTACIONES Y NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 31/2006, EN RELACIÓN A LA DIRECTIVA S.E.....	520
2.3.	EL PRINCIPIO “ANTES-DESPUÉS” EN LA LEY ESPAÑOLA DE IMPLICACIÓN..	539
2.4.	ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES.....	541

ANEXO

<i>TABLA 1:</i>	ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN EN LOS PAISES EUROPEOS.....	549
<i>TABLA 2:</i>	LA PARTICIPACIÓN ORGÁNICA EN LA UNIÓN EUROPEA.....	551

ÍNDICE POR MATERIAS.....	553
---------------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA.....	563
--------------------------	------------

PRINCIPALES PÁGINAS WEBS CONSULTADAS.....	599
--	------------

ABREVIATURAS

AA.VV.: *Autores Varios.*

APS: *Acuerdo de Política Social.*

Art.: *Artículo.*

BOE: *Boletín Oficial Europeo.*

British J. Ind. Rel.: *British Journal of Industrial Relations.*

Cah. droit. eur.: *Cahiers de droit européen.*

CE: *Comunidad Europea.*

C.E.: *Constitución Española*

C.E.E.: *Comunidad Económica Europea.*

CEE: *Comité Empresarial Europeo.*

CEU: *Comité de Empresa Europeo.*

C.L.L.J.: *Comparative Labour Law Journal.*

C.M.L.R.: *Common Market Law Review.*

Com. Int.: *La Comunità Internazionale. Trimestralle della Soc. Italiana per l'Organizzazione Internazionale.*

DIRECTIVA C.E.U.: *Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre de 1994, relativa a la constitución de un Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.*

DIRECTIVA S.E.: *Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.*

Dir. comm. int.: *Diritto del commercio internazionale.*

D.L.: *Il Diritto del Lavoro.*

D.L.R.I.: *Giornale di diritto del Lavoro e di relazioni industriali.*

DO: *Diario Oficial.*

DOCE: *Diario Oficial de la Comunidad Europea.*

DOUE: *Diario Oficial de la Unión Europea.*

D.P.L.: *Diritto e Pratica del Lavoro.*

D.R.I.: *Diritto delle Relazioni Industriali.*

Dr. s.: *Droit social.*

EEE: *Espacio Económico Europeo.*

EIRR: *European Industrial Relations Review.*

ET: *Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.*

ESTATUTO S.E.: *Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.*

Eur. Law Journ.: *European Law Journal.*

Foro it.: *Foro italiano*

I.J.C.L.L.I.R.: *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations.*

I.L.R.R.: *Industrial and Labour Relations Review.*

Ind. Law Journ.: *The Industrial Law Journal.*

Int. and Comp. Law Quar.: *International and Comparative Law Quarterly.*

Int. Law. Journ.: *The International Law Journal.*

Int. Lawyer: *The International Lawyer.*

I.L.R.: *Industrial Labour Review.*

I.L.R.R.: *Industrial and Labour Relations Review.*

I.R.S.: *Industrial Relations Services.*

LISOS: *Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.*

LOLS: *Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.*

LPL: *Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.*

Abreviaturas

LSA: *Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Europea domiciliada en España.*

MLR: *The Modern Law Review.*

OIT: *Organización Internacional del Trabajo.*

Quad. di Rass. Sind.: *Quaderni di Rassegna Sindacale.*

R.D.: *Real Decreto.*

RdS: *Revista de Derecho de Sociedades.*

RDS: *Revista de Derecho Social.*

REDT: *Revista Española de Derecho del Trabajo.*

REGLAMENTO S.E.: *Reglamento 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea.*

Rev. comm.: *Revue trimestrielle de droit commerciale et de droit économique.*

Rev. trim. dr. com.: *Revue trimestrielle de droit commerciale*

R.I.D.L.: *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro.*

R.I.D.P.C.: *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario.*

Riv. dir. com.: *Rivista di diritto commerciale.*

Riv. dir. eur.: *Rivista di diritto europeo.*

Riv. dir. int.: *Rivista di diritto internazionale.*

Riv. dir. int. priv. proc.: *Rivista di diritto internazionale privato processuale.*

Riv. dir. lav.: *Rivista di diritto del lavoro.*

Riv. giur. lav.: *Rivista giuridica del lavoro.*

Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.: *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale.*

Riv. not.: *Rivista notarile.*

Riv. soc.: *Rivista delle società.*

R.D.M.: *Revista de Derecho Mercantil.*

RGLPS: *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale.*

RL: *Revista Relaciones Laborales.*

R.M.C.: *Revue du Marché Común.*

RMTAS: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.*

R.M.U.E.: *Revue du marché unique et de l'Union Européenne.*

RPS: *Revista de Política Social.*

RSU: *Rappresentanza Sindicale Unitaria.*

RTDE: *Reveu trimestrielle de droit européenne.*

SE: *Societas Europaea, Sociedad Anónima Europea.*

STC: *Sentencia.*

Abreviaturas

S.T.C.T.: *Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.*

STSS: *Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social).*

T.C.: *Tribunal Constitucional.*

T.C.E.: *Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.*

T.C. S.: *Sentencia del Tribunal Constitucional.*

TJCE: *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.*

TUC: *Trade Union Congress.*

UE: *Unión Europea.*

Nota del autor: En “negrita” el lector podrá encontrar a lo largo de toda esta obra la primera referencia a aquellos términos y expresiones que se relacionan en el **ÍNDICE POR MATERIAS** incluido al final de la Tesis doctoral, así como el texto de aquellas novedades, aportaciones y concreciones introducidas en la Ley española de implicación (Ley 31/2006) respecto de la Directiva S.E. (Directiva 2001/86/CE) y que aparecen contenidas en la Parte III de esta Tesis. Finalmente, figuran también en negrita algunas expresiones o ideas cuya importancia o significación se pretende destacar al lector.

-INTRODUCCIÓN Y OBJETIVO DE LA TESIS
DOCTORAL-

Una vez superado el examen correspondiente para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados (D.E.A.) en el área de conocimiento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se planteaba la necesidad de realizar la oportuna Tesis doctoral con la finalidad de obtener el título de Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia, conforme a la legislación vigente. Tal Tesis doctoral, con el título de “*La implicación de los trabajadores en la Societas Europaea*” se realiza por este doctorando bajo la dirección del Dr. D. Juan Manuel Ramírez Martínez, Catedrático del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.

Lógicamente, el primer aspecto a considerar en este momento sería el de tratar de dar una adecuada justificación de la necesidad y conveniencia del tema escogido como objeto de análisis y estudio en un proyecto de investigación propio de la envergadura que conlleva la realización de una Tesis doctoral. La elección no ha sido meramente aleatoria, sino que la decisión de abordar una investigación sobre la problemática indicada parte inicialmente del interés que en este doctorando ha suscitado siempre el denominado “Derecho Colectivo del Trabajo” y, más específicamente, la cuestión referida a la participación de los trabajadores, interés que se puso ya anteriormente de manifiesto en la elección del tema que en su momento se escogió para la realización del trabajo de investigación necesario para el reconocimiento de la condición de “suficiencia investigadora”, el cual llevaba por título “*La participación de los trabajadores en la empresa: consideraciones en torno a las nociones de participación, representación y democracia industrial*”.

Partiendo de dicho trabajo de investigación, y tras las oportunas deliberaciones efectuadas durante el curso académico 2003-2004 con D. Juan Manuel Ramírez, se tomó posteriormente, en el año 2005, la decisión final de centrar la realización de la Tesis doctoral sobre una temática de gran interés y actualidad, y que planteaba, por las razones que después se indicarán, la necesidad de realizar un análisis exhaustivo y detallado sobre el concreto régimen de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (“*Societas Europaea*”, SE), trasladando de esta forma el siempre candente tema de la participación de los trabajadores en la empresa al ámbito del Derecho Comunitario y de la Unión Europea. Asimismo, con la finalidad de delimitar de manera clara y precisa el objeto de la investigación se tomó también la decisión de situar el estudio correspondiente en el específico ámbito de la Sociedad Anónima Europea (centrando el mismo, lógicamente, en la Directiva 2001/86 y en la Ley española 31/2006), dejando fuera el análisis de la implicación del personal en el contexto de la Sociedad Cooperativa Europea.

Y es que la importancia que la nueva figura empresarial, la Sociedad Anónima Europea, conlleva es innegable: el intenso proceso de unificación económica en el seno de la Unión Europea ha dado lugar, con el paso del tiempo, al desbordamiento del territorio estatal como ámbito natural de actuación económica de las empresas, de manera que la creación de una economía de escala en el ámbito europeo ha comportado, lógicamente, la conformación de redes empresariales de dimensión europea. Sin embargo, las dificultades de orden jurídico societario para practicar fusiones entre empresas de distintos Estados miembros, para realizar la transferencia internacional del domicilio social, así como para constituir y determinar el régimen de grupos de empresas de dimensión transfronteriza, se

han venido resolviendo generalmente por vías complejas e indirectas, como la multiplicación de sociedades creadas de acuerdo con las leyes de diversos Estados miembros, creación de holdings, intercambio de participaciones, tomas de control y utilización de distintas técnicas no societarias, siendo estos procedimientos a menudo demasiado complicados y en ocasiones escasamente transparentes¹.

En este contexto, la normativa comunitaria que en los últimos años se ha establecido a través del Reglamento y Directiva correspondiente para las Sociedades Anónimas Europeas (cuya necesaria transposición al derecho interno español ha sido ya, en fecha relativamente reciente, realizada) se orienta, básicamente, hacia el objetivo de resolver los problemas prácticos que conlleva la realización de las mencionadas operaciones transfronterizas dentro del ámbito comunitario.

Así, ahora las empresas podrán tener a su disposición, junto a los tradicionales instrumentos de Derecho nacional e internacional privado, una opción específica -un instrumento comunitario-, dirigida prioritariamente a permitir una mayor facilidad para realizar las citadas operaciones transnacionales y a conseguir una organización y funcionamiento comunitario de la empresa con forma de SE, tratando además de encauzar en ella la siempre difícil cuestión de la “*implicación de los trabajadores*”.

Es precisamente este último tema, el estudio y análisis detallado de la difícil cuestión de la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, la que va a ser objeto de estudio y análisis en la Tesis doctoral que ahora se anticipa.

Y es que tras más de 30 años de debate en el seno de las instituciones comunitarias, el 8 de Octubre de 2001, el Consejo de la Unión Europea aprueba el Reglamento CE 2157/2001, por el que se establece el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)², así como la Directiva 2001/86/CE, por la que se completa el Reglamento en lo que respecta a la implicación de los trabajadores³. Estamos, por tanto, ante la culminación de uno de los proyectos más deseados de la Comunidad Europea: El Estatuto de la *Societas Europaea*, aprobado por el citado Reglamento 2157/2001, de 8 de Octubre de 2001, que por fin ha visto la luz tras décadas de debates, bloqueos y vicisitudes varias.

Como bien señala GARRIDO PÉREZ⁴, la causa de tan dilatada tardanza en la consensuación del Estatuto de la Sociedad Europea no sería tanto la creación de una nueva figura que, en cierto modo, permitía satisfacer los deseos de las empresas europeas de adaptar su estructura a la dimensión progresiva transnacional de sus actividades, sino las reticencias surgidas en el proceso hacia un aspecto que en la intencionalidad comunitaria aparece como indisociable a la creación de esta nueva figura societaria: el sistema de intervención de los trabajadores en la Sociedad Europea. Como es sabido, la cuestión de la participación de los trabajadores complicó y retrasó considerablemente la conversión en

¹ Al respecto, vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: “El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 217, enero-febrero 2002, pp. 7-9.

² DO L 294, de 10 de noviembre de 2001, p. 1.

³ DO L 294, de 10 de noviembre de 2001, p. 22.

⁴ E. GARRIDO PÉREZ: “Las modalidades de implicación de los trabajadores en la sociedad europea”, *RDS*, nº 17, 2002, p. 1.

realidad del viejo proyecto europeo de creación de una Sociedad Europea, que conoció diversas propuestas normativas, y aunque no fue el único obstáculo del proceso, si que fue el de más delicado tratamiento.

En efecto, a lo largo de los más de 30 años que ocupó su discusión, las diferencias entre los sistemas de representación y participación de los trabajadores en los órganos de decisión de las sociedades de los Estados miembros constituían un considerable obstáculo a la acción normativa comunitaria. Sin embargo, el interés que se fue manifestando en los últimos años por la constitución de Sociedades Europeas ha servido paradójicamente para relanzar el aspecto referente a la intervención de los trabajadores en las mismas. La superación de los obstáculos señalados a través de la adopción de soluciones finalmente consensuadas, y el acuerdo conseguido en el Consejo Europeo de Niza, de 7-9 de diciembre de 2000⁵, permitieron finalmente la aprobación del Reglamento que regula dicho Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, y de la citada Directiva comunitaria que lo completa indisociablemente en materia de implicación de los trabajadores, pues como llegaría a afirmarse, “*la dimensión social es un elemento inevitable de la sociedad europea*”⁶.

A tenor de lo expuesto, la adopción de un sistema de “implicación” de los trabajadores en la nueva Sociedad Europea es obligatoria para que pueda constituirse la propia sociedad, y es anterior o previa a esa constitución⁷. Sin embargo, la búsqueda del consenso necesario para adoptar la ordenación comunitaria sobre el Estatuto de la SE incluyendo la cuestión de la intervención del personal en esta nueva figura societaria y la necesidad de articular puntos de equilibrio entre los defensores y detractores de esta problemática han dado lugar a que el Reglamento y la Directiva complementaria constituyan una versión en cierto modo a la baja de lo previsto inicialmente en este tema⁸.

Como podemos observar ya en una aproximación inicial, deja de utilizarse el término “*participación*”, como concepto genérico que admitiría varias formas o modalidades, y con distintos grados de intensidad para darle efectividad, por otro más sutil y abierto: “*implicación*”. Ya no se habla del derecho a participar de los trabajadores sino del derecho de implicarse en las cuestiones y decisiones que afecten a la vida de las Sociedades Europeas, garantizándose tal implicación a través de la Directiva 2.001/86 (Directiva S.E.)⁹.

⁵ Véase Conclusiones de la Presidencia, punto 24.

⁶ M. MOREAU: L'implication des travailleurs dans la société européenne, *Droit Social*, núm. 11, 2001, p. 972.

⁷ La expresión “*implicación de los trabajadores*” fue adoptada para designar de forma unitaria los derechos de los trabajadores en materia de información, consulta y participación en los órganos de decisión europea, así como cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores puedan influir en las decisiones que se adopten en la empresa. Artículo 2.h) de la Directiva 2001/86/CE.

⁸ Frente a las propuestas iniciales de la Comisión de 1970–1975, la solución última que depara la Directiva aprobada es ciertamente “minimalista y pragmática”: se aleja del fundamento que proporciona el viejo principio ideológico de la democratización de las relaciones industriales y se limita a poner en práctica la llamada dimensión social de Europa. Cfr. M. E. CASAS BAAMONDE: “La implicación de los trabajadores en la S.A. Europea”, *Relaciones Laborales*, nº 17, mayo–junio 2003, op. cit. p. 1.085.

⁹ Obsérvese al respecto la nitidez de las definiciones contenidas en el art. 2 de la Directiva S.E., contraponiendo de nuevo a modo de niveles diferenciados, la información, la consulta y la participación.

Ahora bien, a pesar de ello hay que reconocer que la Directiva S.E. garantiza una cierta intervención de los trabajadores en las nuevas sociedades de dimensión europea, sin dejarla absolutamente a la libertad estatutaria ni a la decisión de los Estados miembros, cuya ausencia hace inviable su constitución. Y es que no son sólo las sociedades sino también los Estados miembros los que están obligados a instrumentalizar este derecho de los trabajadores: si, por un lado, las sociedades que quieran constituirse en Sociedad Europea al amparo del Reglamento S.E. sólo podrán registrarse cuando hubieran adoptado previamente un acuerdo o decisión sobre implicación de los trabajadores en virtud de lo dispuesto en la Directiva 2.001/86, por otro lado, los Estados miembros también se verían constreñidos por la necesidad de garantizar tal implicación, al condicionarse la propia entrada en vigor del Reglamento mismo hasta el momento en que todos ellos pudieran incorporar en su Derecho nacional las disposiciones de la Directiva 2.001/86, disponiéndose además en ésta, como término final para su transposición, el 8 de octubre de 2004 (fecha ésta que, sin embargo, no sería cumplida por diversos Estados comunitarios, entre ellos España).

Aquí radica el objetivo fundamental de la Tesis doctoral que se proyecta: no sólo se procederá al estudio y análisis de la normativa comunitaria referida (Reglamento, y sobre todo, Directiva S.E.) en materia de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, sino que la labor de investigación se dirigirá también, oportunamente, al examen detallado de la normativa interna mediante la cual se procede a la transposición al Derecho español de tan controvertida problemática planteada por el Derecho comunitario, la Ley 31/2006 de 18 de octubre, de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea¹⁰, en una labor que, en su faceta temporal, tendrá un marcado carácter evolutivo y secuencial, como podrá observarse.

Y es que la Tesis se plantea desde una marcada perspectiva evolutiva, que permite ir acercándose progresivamente a la centralidad del objeto de estudio e investigación pretendido. Es por ello por lo que la Primera Parte de la misma pretende situarse sobre la temática general de la “*participación de los trabajadores en la empresa*”, comenzándose en el Capítulo I por la delimitación conceptual de esta noción, por el análisis de los diversos mecanismos de participación, y por el comentario de los diversos modelos que para la representación de los trabajadores en la empresa existen en algunos de los más significativos Estados europeos. En relación a este último aspecto, se consideró casi desde el primer momento que era conveniente analizar en la Tesis, con un mínimo detenimiento, tales modelos, pues precisamente ha sido la señalada tradicional pluralidad y diversidad de sistemas de participación y representación de los trabajadores en la UE la que durante muchísimo tiempo obstaculizó la consecución final de un Estatuto sobre la Sociedad Anónima Europea. Además, se entendía que era adecuado ofrecer al posible lector de la Tesis doctoral este breve análisis por otro motivo adicional: dado que la SE frecuentemente se constituirá entre Sociedades de países diferentes, que pueden tener, y de hecho tienen, modelos de participación y representación muy distintos, esta pluralidad y diversidad condicionará, en gran medida, la soluciones que se adopten, de acuerdo con la Directiva S.E. y las correspondientes Leyes nacionales de transposición de la misma, para hacer frente a la necesaria implicación que los trabajadores han de tener en la Sociedad Europea, implicación si la cual ninguna de estas Sociedades puede ser registrada.

¹⁰ BOE, jueves 19 de octubre de 2006, núm. 250, pp. 36302 y ss.

La elaboración de un Capítulo inicial, en la Primera Parte de la Tesis Doctoral, en la que se encuadrarse temáticamente el contexto general en el que el objeto de nuestra investigación (“*la implicación de los trabajadores en la Societas Europaea*”) se ubica, esto es, el de la “participación de los trabajadores en la empresa”, adquiere su justificación en el siguiente planteamiento: Si bien es cierto que la Directiva S.E. sustituye, como hemos indicado, el término tradicional de “participación” por el ahora novedoso de “*implicación*” (apareciendo la “participación”, en el sentido de “participación orgánica”, como una de las posibles vías a través de las cuales se puede canalizar la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea), la cuestión de la implicación de los trabajadores en la SE adquiere su significación dentro de un contexto mayor, como es el de la tradicional “*participación de los trabajadores en la empresa*”, una de las cuestiones históricamente más candentes no sólo en el Derecho Colectivo del Trabajo Español y en el de los países europeos de nuestro entorno, sino también en el propio Derecho Social Comunitario.

Partiendo de este Capítulo I, en el capítulo siguiente de la Primera Parte de la Tesis se abordará con cierto grado de detalle los proyectos diversos que se han sucedido históricamente a la hora de configurar un Estatuto de Sociedad Europea, y que permiten arrojar luz sobre los condicionantes históricos que impidieron el que la nueva forma societaria de dimensión europea que la Societas Europaea supone pudiera ver la luz con anterioridad, así como obtener una explicación conveniente a las soluciones que en la regulación finalmente consensuada por los Estados de la Unión Europea fueron adoptadas para desbloquear el atasco que el proceso vivía (Capítulo II)¹¹.

¹¹ Durante el desarrollo de esta obra se planteó la posibilidad de ubicar este Capítulo en la Parte II de la Tesis Doctoral, constituyendo el Capítulo inicial de la misma. Ciertamente, adoptando un estricto criterio “*ratione materiae*” hubiera sido lógico, e incluso quizás conveniente, dicho cambio de ubicación, pero finalmente ha prevalecido en la decisión de mantener este Capítulo en la Parte I de la Tesis su adecuado ajuste a la filosofía sobre la que esta Parte Primera se asienta.

La Parte I de la Tesis Doctoral, como hemos señalado, pretende proyectarse sobre la problemática de la “participación de los trabajadores en la empresa”, con la finalidad de situar al lector en el contexto general dentro del cual se ubica el objeto central de estudio de nuestra investigación: “*La implicación de los trabajadores en la Societas Europaea*”. Pero, además, esta Primera Parte intenta ofrecer también una visión secuencial y evolutiva de los diversos intentos que desde las instituciones comunitarias se han sucedido con la finalidad de armonizar, o cuando menos aproximar, las legislaciones de los diversos Estados Miembros en materia de participación de los trabajadores en la empresa, y es aquí, precisamente, donde el mantenimiento del citado Capítulo II (“*SOCIETAS EUROPAEA: LA ODISEA DE UN COMPLICADO PROCESO DE GESTACIÓN HISTÓRICA*”) en su actual ubicación adquiere todo su sentido: justamente, desde una perspectiva histórica, los primeros intentos y trabajos en el seno de la entonces CEE para conseguir dicha finalidad se centraron en la posibilidad de constituir una Sociedad Anónima Europea, y ello mediante la Propuesta de Reglamento de 1970, modificada en 1975 (es más, aún antes, pueden también destacarse unos primerísimos antecedentes ya en la década de los años 60 del siglo XX, con el denominado “Proyecto Sanders de un Estatuto de Sociedad Anónima Europea”, así como con otras iniciativas que desde diversas instancias se sucedieron en dicha década, y que son objeto de estudio en esta Tesis).

La fracasada Propuesta de Vª Directiva, sobre estructura y órganos de la Sociedad Anónima Europea, aparecería posteriormente (1972, con modificación en 1983), razón por la cual el tratamiento de dicha Propuesta se realiza en el Capítulo siguiente (Capítulo III) de la Parte Primera de la Tesis Doctoral.

Finalmente, y siguiendo este criterio evolutivo, la figura del Comité de Empresa Europeo se ubica en el último Capítulo de dicha Primera Parte (Capítulo IV), dado que hasta 1994 no vería la luz la Directiva correspondiente, relativa al establecimiento de un Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria.

A continuación, se abordará el tratamiento ofrecido a la cuestión de la participación de los trabajadores en dos importantes instrumentos normativos de carácter comunitario, que guardan relación con la Directiva S.E., como son los siguientes:

1º) La Propuesta de Vª Directiva, sobre estructura y órganos de la Sociedad Anónima (Capítulo III): una Propuesta de Directiva que ha quedado en vía muerta actualmente y que, desde una filosofía distinta a la que caracterizaría después a la Directiva S.E., aunque contando con una innegable vinculación temática con ésta, pretendía la armonización de las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de sociedades. La Propuesta de Vª Directiva obedecía a la realización de una labor de armonización de la legislación interna de cada país de la Unión Europea en materia de sociedades en pos de la realización, entre otros objetivos, del mercado interior.

2º) La Directiva C.E.U., relativa al establecimiento de un comité de empresa europeo, o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria¹²: Directiva que se erige en el primer acto normativo vinculante, de naturaleza supranacional, emanado de las instituciones comunitarias con el fin de asegurar a los trabajadores de empresas multinacionales el respeto a un adecuado sistema de relaciones industriales, marcado por la lógica de la colaboración. Un mínimo análisis de la Directiva C.E.U. y de la correspondiente Ley española de transposición, Ley 10/1997, permitirá comprender posteriormente al lector más fácilmente las soluciones adoptadas por la normativa tanto nacional como comunitaria sobre el tema de la “*implicación*” en la SE, dado que ésta es, en cierto modo, deudora de aquella.

Por tanto, dada la gran influencia que posteriormente la Directiva S.E. recibiría de esta Directiva C.E.U., se impone en la Tesis un cierto detenimiento sobre la misma, así como sobre la Ley 10/1997, por la que se procede a la transposición de dicha Directiva C.E.U. al ordenamiento jurídico español (Capítulo IV), aunque ello no constituya el objeto central de nuestro estudio¹³.

Una vez realizado todo este análisis inicial en la Parte Primera de la Tesis doctoral, la Parte Segunda se centrará ya en el estudio de “*la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea*”, dedicándose un primer Capítulo al tratamiento de los aspectos generales contenidos en el Estatuto de la misma, configurado tanto por el Reglamento como por la Directiva S.E. (Capítulo I), y otro Capítulo posterior al tratamiento específico de la propia Directiva S.E. (Capítulo II), norma de importancia capital, ya que es en ella en la que se aborda directamente dicha implicación de los trabajadores en la SE, introduciéndose a continuación, en esta Parte Segunda de la Tesis doctoral y para cada uno de los aspectos de la misma que sucesivamente se van comentando, la concreta regulación y

¹² DOCE n. L 254 de 30 de septiembre de 1994, pp. 64 y ss.

¹³ La Ley 31/2006, por la que se procede a la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2001/86., es claro ejemplo de la relación y conexión existente entre ambas materias, la de los Comités de Empresa Europeos y la de la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea y, especialmente, de las influencias que, en el tratamiento de esta última cuestión, la normativa sobre la S.E. ha recibido de la normativa C.E.U. De hecho, en la elaboración de la Ley española de implicación se tuvo en cuenta de manera expresa la propia estructura con la que se configuró la Ley 10/1997. De este modo, ambas Leyes, la Ley 10/1997 y la Ley 31/2006, tienen una estructura muy similar.

aportación realizada por nuestra norma nacional de transposición, la Ley española de implicación. De este modo, se irá analizando de manera detallada y compaginada el régimen jurídico que caracteriza a la implicación en ambas normas, la comunitaria y la nacional, así como los diversos aspectos problemáticos que dicho régimen plantea.

Así, se abordarán en la Tesis aspectos claves del régimen de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas, contenidos tanto en la Directiva 2001/86 como en la Ley 31/2006, como son los relativos al análisis sistemático y relacionado del “proceso negociador” establecido en cada una de ambas normas (Capítulo III), y se procederá al análisis, igualmente sistemático, de las denominadas “normas subsidiarias o de referencia”, abordándose el estudio del régimen jurídico contenido para las mismas tanto en la Directiva como en la transposición posteriormente efectuada en la Ley española de implicación (Capítulo IV). Finalmente, todo el estudio efectuado en esta Parte Segunda de la Tesis termina con un último capítulo dedicado a diversas disposiciones contenidas en ambas normas, así como a las medidas establecidas para garantizar precisamente el cumplimiento de la normativa referida a la implicación en la Sociedad Europea (Capítulo V).

Por último, la Parte Tercera de la Tesis doctoral pretende constituirse en un último apartado de “*síntesis y conclusiones*”, dedicado también a cada una de ambas importantes normas, Directiva S.E. (Capítulo I) y Ley española de implicación (Capítulo II), con el que se trataría no sólo de situar adecuadamente la regulación contenida en ellas, sino también, y sobre todo, destacar las principales aportaciones, novedades y concreciones que ofrece la propia Ley 31/2006 respecto a la Directiva 2001/86, así como las luces y sombras que en su regulación la primera de ellas ofrece.

En conclusión: con la elaboración de esta Tesis doctoral se vuelve a abordar la siempre candente cuestión de la participación (ahora “implicación”) de los trabajadores en las empresas (de hecho, con el fin de situar adecuadamente la temática objeto de análisis en esta Tesis, se ha creído conveniente dedicar toda una primera parte introductoria a la problemática general de la “participación y representación de los trabajadores en la empresa” y a los antecedentes históricos de la figura de la Societas Europaea), pues la proliferación de empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, empresas de estructura compleja, multinacionales etc..., ha vuelto a reactualizar y a dar una nueva importancia a la temática de la participación de los trabajadores en la empresa, recobrando esta problemática (con la aparición de la normativa comunitaria comentada en estas páginas) la importancia que en cierto modo había perdido, dándole una nueva dimensión y permitiendo sacarla de la cierta languidez y decadencia en la que tiempo atrás había caído.

Y es que si en la Comunidad Europea se habían sucedido diversos proyectos relativos a la implicación desde el año 1970 que, por diferentes motivos, no terminaban de culminar, con la reciente aparición de cuatro Directivas, relativas respectivamente a la constitución de un Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria¹⁴, a la implicación de las ya citadas Sociedad Anónima Europea y Sociedad Cooperativa Europea¹⁵, sin dejar de mencionar la Directiva comunitaria por la que se

¹⁴ Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre de 1994. DO L nº 254, de 30 de septiembre de 2004.

¹⁵ Directiva 2003/72/CE, de 22 de julio de 2003. DOUE L nº 207/25, de 18 de agosto de 2003.

establece un marco general de información y consulta de los trabajadores¹⁶, nos encontramos en un momento crucial en relación a la temática que se aborda, de ahí la justificación, oportunidad e incluso, me atrevería a decir que necesidad, de elaborar una Tesis Doctoral que analice exhaustivamente la cuestión de la implicación.

La situación actual nos ofrece, en definitiva, una magnífica oportunidad para efectuar no sólo el estudio detallado de la normativa comunitaria referida a la *Societas Europaea*, si no también, en un proceso temporalmente secuencial, analizar la posterior transposición de la misma a nuestro derecho, como se ha indicado en páginas precedentes; objetivo éste que, en mi modesto parecer, determina la conveniencia y necesidad de la realización de un proyecto de investigación del calado que supone una Tesis doctoral que intentará ofrecer las novedades y claves de este proceso al lector especializado y sensibilizado con este tema.

¹⁶ Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo de 2002. DOCE, L n° 80/29, de 23 de marzo de 2003.

-PARTE PRIMERA-

***LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA
EMPRESA***

PARTE PRIMERA: LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA.

CAPÍTULO I.- “LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA: DELIMITACIÓN TEMÁTICA Y CONCEPTUAL. MODALIDADES Y SISTEMAS DE PARTICIPACIÓN EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA”:

1.1. PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y DEMOCRACIA INDUSTRIAL. PLANTEAMIENTO INICIAL Y DELIMITACIÓN TEMÁTICA: 1.1.1.*Consideraciones en torno a las nociones de “participación” y “democracia industrial”;* 1.1.2.*La participación de los trabajadores en la empresa como noción limitativa de los poderes del empresario;* 1.1.3.*¿Participación <<versus>> representación? Modalidades de participación.*

1.2. TIPOLOGÍA DE LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN FUNCIÓN DE SU INTENSIDAD: 1.2.1.*La información;* 1.2.2.*La consulta;* 1.2.3.*La codecisión y la negociación;* 1.2.4.*La codeterminación o cogestión.*

1.3. PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN DIFERENTES PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA: 1.3.1.*Situación y contexto general de las instituciones de participación de los trabajadores en la empresa dentro de la Unión Europea;* 1.3.2.*Alemania;* 1.3.3.*Holanda;* 1.3.4.*Italia;* 1.3.5.*Francia;* 1.3.6.*Bélgica;* 1.3.7.*Gran Bretaña.*

1.4. SOBRE EL MODELO DE PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RELACIONES LABORALES: 1.4.1.*Evolución histórica;* 1.4.2.*El modelo español: un “canal dual” de representación.*

CAPÍTULO II.- “SOCIETAS EUROPAEA”: LA ODISEA DE UN COMPLICADO PROCESO DE GESTACIÓN HISTÓRICA.

2.1. INTRODUCCIÓN.

2.2. LOS INICIOS (1949-1970).

2.3. LAS PROPUESTAS DE LA PRIMERA GENERACIÓN (1970-1975).

2.4. LA SEGUNDA GENERACIÓN DE PROPUESTAS (1989-1991).

2.5. EL DESBLOQUEO DEL PROCESO: “LOS ÚLTIMOS PASOS” (1994-2001).

CAPÍTULO III.- “LA PROPUESTA DE Vª DIRECTIVA SOBRE ESTRUCTURA Y ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA”.

3.1. INTRODUCCIÓN.

3.2. LA PROPUESTA DE Vª DIRECTIVA, DE 9 DE OCTUBRE DE 1972.

3.3. LA PROPUESTA MODIFICADA DE 1983.

CAPÍTULO IV.- “LA FIGURA DEL COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO”.

4.1. INTRODUCCIÓN.

4.2. LA DIRECTIVA DEL CONSEJO, DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1994, RELATIVA A LA CONSTITUCIÓN DE UN COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO O AL ESTABLECIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO DE INFORMACIÓN Y CONSULTA A LOS TRABAJADORES EN LAS EMPRESAS O GRUPOS DE EMPRESAS DE DIMENSIÓN COMUNITARIA.

4.3. LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA C.E.U. AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LA LEY 10/ 1997, DE 24 DE ABRIL.

CAPÍTULO I.- “LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA: DELIMITACIÓN TEMÁTICA Y CONCEPTUAL. MODALIDADES Y SISTEMAS DE PARTICIPACIÓN EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA”.

1.1. PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y DEMOCRACIA INDUSTRIAL: PLANTEAMIENTO INICIAL Y DELIMITACIÓN TEMÁTICA

1.1.1. Consideraciones en torno a las nociones de “participación” y “democracia industrial”.

La “participación de los trabajadores en la empresa” constituye una expresión ambivalente cuya terminología y significación no son unívocas; es más, podríamos decir que contiene una gran dosis de ambigüedad conceptual e ideológica¹, y suele utilizarse como una especie de etiqueta estándar susceptible de ser aplicada a una amplísima gama de modelos e instrumentos que pueden ir desde la más básica forma de organización obrera en la empresa hasta la más refinada forma de autogestión².

¹ “La expresión participación de los trabajadores en la empresa es controvertida y ambigua, habiendo sido utilizada abusivamente con fines ideológicos. Ciertas formas, es innecesario aclararlo, se sustentan por aquellos que se oponen vehementemente a otras formas”. Cfr. R. BLANPAIN: “Introductory remarks on a comparative overview”, en <<Workers’ participation: influence on management decision-making in the private sector>>, Bulletin of Comparative Labour Law Relations, 23/1992, op. cit. p. 1.

² Son diversas las clasificaciones que, siguiendo diversos criterios, se han realizado sobre las formas de participación de los trabajadores en la empresa. Así, el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sintetizaba las principales formas de participación de los trabajadores dividiéndolas en las siguientes: convenios colectivos de empresa; instituciones representativas, con derechos de información, consulta y aprobación; y la participación en los órganos de decisión de las sociedades (participación interno-institucional). Al respecto, vid. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Participación de los trabajadores y estructura de las empresas en la Comunidad Europea*, Madrid, 1976, pp. 37 y ss. Por otro lado, siguiendo a Monereo Pérez, desde una perspectiva esencialmente funcional, que atiende a la extensión e intensidad de la participación asumida por los representantes de los trabajadores se puede hablar -según un criterio de intensidad ascendente- de derechos de información, consulta -opinión, examen conjunto, derecho de oposición o veto, de codeterminación interna- institucional (cogestión, en sentido lato) o externa negocial, y por último, la autogestión. Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ: *Los Derechos de información de los representantes de los*

Esta heterogeneidad característica de las formas de participación de los trabajadores pone de manifiesto que la participación es posible en muchos y diferentes contextos, y que la forma, intensidad y repercusiones de la misma son el resultado de una compleja adaptación a las presiones del entorno y a las necesidades internas y externas de todas las partes interesadas³.

Partiendo así de una consideración amplia e inicial podemos entender que la participación en la empresa hace referencia a una variedad de formas con las que se pretende conseguir y facilitar la cooperación de los trabajadores, ya sea a través de representantes o bien de forma directa, para que éstos no sean ajenos a la adopción de las decisiones y al ejercicio del poder en la misma, instrumentando su presencia activa a través de órganos situados en el nivel económico de dirección de la empresa o en el de la gestión de los centros de trabajo⁴.

La nota común a todas las formas de participación de los trabajadores es la afirmación de partida de que, tanto de la actividad económico-productiva como de la organización del trabajo en la empresa, se generan intereses para ambas partes de la relación laboral, por lo que se hace necesario para su satisfacción articular mecanismos que hagan posible una cooperación de la parte trabajadora con la dirección empresarial; ésta es la razón por la que los instrumentos de participación han sido considerados tradicionalmente como la expresión de unos principios que suponen una alternativa al conflicto socio-laboral y que pretenden cristalizar, en formas organizativas diversas, una concepción más solidaria de las relaciones

trabajadores, Civitas, 1992, p. 80. La O.I.T. ha llevado a cabo también una labor en este ámbito sistematizando los diversos métodos de participación colectiva en las decisiones, debiéndose en este caso partir de la premisa de que sobre la noción de participación en las decisiones de las empresas no existe una definición internacionalmente convenida, al menos en términos absolutos, pues puede ser interpretada de manera diferente según el sistema social y época a considerar, señalando las siguientes: 1º) La gestión obrera y sistemas conexos. 2º) Participación de los trabajadores en los órganos directivos y en los consejos de supervisión de las empresas. 3º) Organismos reglamentarios para la colaboración dentro de las empresas entre los trabajadores y la dirección (consejo o comité de empresa). 4º) Participación colectiva sobre base voluntaria (mecanismos establecidos en virtud de convenios nacionales; comités mixtos). 5º) Participación mediante la acción sindical (sea organización sindical en la empresa, sea mediante convenios colectivos de empresa). Vid. O.I.T.: *La participación de los trabajadores en las decisiones que se adoptan en las empresas*, Ginebra, 1969.

³ La participación, como cualquier otra forma de relación organizada, institucional y social, existe dentro de un contexto y se ve influida por éste. Aunque la diversidad de las fuerzas en juego dificulta cualquier generalización al respecto, sí que podemos, al menos, precisar cuatro variables que, con diferente presencia e intensidad, según el caso, influyen sobre la participación: 1) Condiciones generales del mercado: contexto económico en el que actúan las empresas y que afecta a la naturaleza del producto, al mercado de trabajo, y a la demografía de la mano de obra; 2) Naturaleza de la tecnología: la tecnología tiene importantes implicaciones en el proceso productivo, en la organización del trabajo y en el tipo de relaciones posibles dentro de la empresa; 3) Estructura, importancia y carácter de las organizaciones sociales adecuadas: en particular, los sindicatos y las organizaciones empresariales y otras asociaciones internas y externas a la industria; 4) Acuerdos institucionales: incluyéndose en este apartado tanto las políticas del sector público de diferentes clases (legislativas, administrativas, etc...) y especialmente la estructura de las relaciones industriales. Un desarrollo de cada una de estas variables puede encontrarse en AA.VV.: *Análisis de la participación: un balance de los estudios de la Fundación en materia de participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa*, Fundación Europea sobre la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo, 1988, pp. 7 y ss.

⁴ De manera más simple, en el ámbito de la Comunidad Europea, la participación de los trabajadores ha sido definida en términos generales como “el conjunto de medios que disponen los trabajadores para influir en las decisiones que adopta la empresa para la que trabajan, por lo que la participación de los trabajadores es una realidad política, jurídica y social en la Comunidad”. Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Participación de los trabajadores y estructura de las empresas en la Comunidad Europea*, p. 37.

sociales y de la empresa, orientada a generar una comunidad de intereses entre las dos partes de la relación laboral⁵.

En los países occidentales, los sistemas de relaciones laborales tienden hacia lo que se ha venido en conceptualizar como “**democracia industrial**”: tal noción está tradicionalmente vinculada a la idea de conseguir la influencia de los trabajadores en las decisiones de la dirección empresarial, con la finalidad de que, en el proceso conducente a la adopción de las mismas, se tengan en cuenta los intereses y opiniones de aquellos, lo que lógicamente comportará una alteración, en mayor o menor medida, de las formas de ejercicio de la autoridad en la empresa y el reforzamiento consiguiente del poder de los trabajadores⁶.

Si hablamos de “democracia industrial” hemos de partir del hecho de que el proceso de traslación al ámbito de las relaciones laborales del principio democrático converge directamente con la exigencia de articular fórmulas de participación y representación que permitan a los trabajadores hacer presentes sus intereses y acceder al poder de la empresa; es por ello que la participación de los trabajadores en la empresa, desarrollada a través de fórmulas más o menos autónomas o más o menos institucionalizadas, se ha ido concretando como una consecuencia casi necesaria de la adopción y consolidación de un modelo democrático de relaciones industriales, de variable intensidad según el caso. En concreto, la traslación al ámbito laboral de las exigencias impuestas por el modelo político de la democracia implica el establecimiento de cauces adecuados que permitan el acceso de los ciudadanos a la participación en los centros de decisión no sólo ya política y social, sino también económica y empresarial.

De este modo, la empresa, en cuanto ámbito en el que se conjugan los fenómenos de poder económico y se distribuyen las respectivas posiciones de los sujetos implicados en las relaciones de producción, se convierte en objetivo de la participación: el acceso a sus centros

⁵ Para un estudio evolutivo de la cuestión de la participación de los trabajadores en la empresa en la bibliografía internacional, vid.: R. TANNEMBAUM y W. H. SCHMIDT: “How to Choose a Leadership Pattern”, *Harvard Business Review*, Marzo-Abril 1958; H. A. CLEGG: *A New Approach to Industrial Democracy*, Oxford, 1960; R. LIKERT: *The Human Organization*, New York, 1967; C. J. LAMMERS: “Power and Participation in Decision Making in Formal Organizations”, *American Journal of Sociology*, 73 (2), 1967; P. HERSEY y K. BLANCHARD: *Management of Organizational Behaviour-Utilizing Human Resources*, New York, 1972; K. OKADA: *Toward Industrial Democracy-Management Workers in Modern Japan*, Cambridge, 1975; D. GUEST y D. FACHETT: *Worker Participation-Individual Control and Performance*, London, 1977; M. POOLE: “Managers, Industrial Democracy and Control”, en M. POOLE y R. MANSFIELD (eds.): <<*Managerial Roles in Industrial Relations*>>, Hampshire, 1980; J. SCHREGLE: “Comparative Industrial Relations-Pitfall and Potentials”, *International Labor Review*, 120 (1), 1981; M. POOLE: *Towards a new industrial democracy? Workers’ Participation in Industry*, Routledge & Kegan Paul, 1986; G. BAGLIONI: *Democracia impossibile? I modelli collaborativi nell’impresa: il difficile cammino della partecipazione tra democrazia ed efficienza*, Società Editrice Il Mulino, 1995; R. BLANPAIN: “Involvement of employees in the European Union”, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, núm. 42, 2002.

⁶ Aunque de una manera más precisa, podríamos calificar al mismo, como acertadamente señala Baylos Grau de “*contrapoder*” de los trabajadores: “lo que está en juego, bajo el debate sobre la participación en la empresa es la distribución efectiva de las relaciones de poder en la misma (...) una relación por tanto que enfrenta poder y contrapoder en la empresa”. “La democracia industrial suministra un *countervailing power*, un contrapeso en el poder desequilibrado entre trabajador y empresario que se sustancia en la construcción de un contrapoder cualificado...”. Cfr. A. BAYLOS GRAU: “Control obrero, democracia industrial y participación”, en A. BAYLOS y J. APARICIO: <<*Autoridad y democracia en la empresa*>>, Editorial Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie 1º de mayo, Madrid, 1992, p. 169.

de poder sustantiva, en gran medida, la idea política de la democracia industrial, que se articula en instrumentos y formas participativas de diversa naturaleza.

Por tanto, a tenor de lo expuesto, acercarnos a la noción de democracia industrial implica necesariamente tratar la íntima conexión existente entre tres conceptos claramente vinculados entre sí, como son los de democracia política, democracia económica y democracia industrial⁷, que aparecen imbricados en un orden de carácter gradual y sucesivo, siendo por ello que ha llegado a decirse que la democracia industrial no es sino el resultado de la “aplicación de los principios de autogobierno democrático al ámbito de la economía”⁸.

Y es que las propias exigencias que el sistema democrático plantea no sólo deben tener su reflejo en el estricto ámbito político, sino que deberían ser tenidas en cuenta a la hora de adoptar decisiones económicas en general, y habrían de tomarse también como un referente que guiara las relaciones existentes en el marco de la empresa en particular, pues “una transformación efectivamente democrática de la sociedad exige profundizar en la configuración de una verdadera democracia social, lo que implicaría permitir a los trabajadores asumir o controlar las decisiones que les conciernen, comenzando por las relativas a la producción y empresa”⁹. A su vez debe considerarse que, para configurar un modelo de relaciones laborales determinado, habrá que partir no solamente del estudio de la estructura económica dominante sino también del carácter de la estructura política en la que el mismo se inserta: de este modo, en el seno del sistema de producción capitalista los modelos de relaciones laborales se dotarían de unos u otros elementos caracterizadores en función no sólo del grado de desarrollo de la estructura económica, sino también del tipo de estado vigente.

No cabe duda de que la traslación de los principios democráticos de igualdad y participación a la esfera de las decisiones económicas, en la búsqueda de la consecución de una “**democracia económica**”, goza de un parámetro indiscutible de naturaleza política¹⁰: las opciones económicas se operan a través de un conjunto de decisiones, tanto políticas como estrictamente económicas, y se adoptan en instancias donde la propia empresa no está presente pero que directamente la determinan¹¹. En este contexto, la democracia industrial aparecería

⁷ Para un estudio detallado de este tema puede consultarse a M. PEDRAZZOLLI: *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giufre Editore, 1985; G. BAGLIONI: *Democrazia Impossibile? Il cammino e i problema della partecipazione nell'impresa*, Società Editrice Il Mulino, 1995; J. RIVERO LAMAS: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Lección inaugural del curso académico, Zaragoza, 1986.

⁸ O.I.T.: *La participación de trabajadores en las decisiones que se adoptan en las empresas*, p. 147.

⁹ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: “Un modelo democrático de relaciones laborales”, en AA.VV.: <<*Ideologías jurídicas y relación de trabajo*>>, Sevilla, 1978, p. 41.

¹⁰ La fortuna de la expresión “*democracia económica*” se halla en que expresa emblemáticamente el hecho de que la participación pueda ser jugada en dos terrenos, el de la lógica política y el terreno de la realidad económica, realidad que se proyectaría sobre el concreto ámbito de la empresa. De hecho, “esta expresión ha sido usualmente utilizada para referirse a una ordenación del sistema económico y social idealmente más justa; un sistema económico que, con las adecuadas adaptaciones institucionales, se oriente a la realización de una justa, o al menos más justa, distribución del trabajo, de la renta y de la riqueza”. Cfr. M. NUTI: “*Democrazia económica: mercato, politica e partecipazione*”, en AA.VV.: *Il progetto <<Democrazia Economica>>*, Roma, Cespe Papers, 1991, núm. 3.

¹¹ G. GARCÍA BECEDAS: *Democracia y relaciones laborales*, Akal/Universidad, Madrid, 1982, op. cit. pp. 49-50.

como una especie de la llamada “democracia económica” (las relaciones entre ambas serían, por tanto, las existentes entre género-especie)¹²: mientras que la segunda plantearía la exigencia de aplicar los principios de igualdad y participación a la organización y a los procesos decisorios en el ámbito de la economía y de la creación y distribución de la riqueza, la primera no iría referida a todo el dominio de lo económico sino sólo al concreto ámbito empresarial, siendo así calificada por encontrarse en el sustrato del trabajo asalariado y desenvolverse en la industria, una vez que ésta deviene históricamente en sector básico del sistema productivo¹³.

Alrededor de la democracia industrial gira, de acuerdo con lo dicho, una espesa problemática de diversos órdenes, económico, político, social y cultural, no siendo un mero problema de “ingeniería institucional”¹⁴. La misma entraña algo más que una simple parcelación del poder en la empresa, reservando las decisiones atinentes a la esfera económica al empresario y las relativas a la esfera social a la clase trabajadora; comporta algo más que un paternalista o pedagógico objetivo de hacer participar a los trabajadores en cierta gestión de la empresa¹⁵. La empresa es, desde luego, el lugar natural en el que se inicia y consolida el proceso de fomento del poder de intervención y control de los trabajadores pero, como señala VALDÉS DAL-RÉ, “es necesario extender dicho poder más allá del ámbito de la empresa,

¹² De manera más precisa, y siguiendo a Baglioni, podemos señalar la existencia de tres concepciones diferentes de la “democracia económica” que parten, respectivamente, de la distinción entre democracia económica por medio del mercado, democracia económica por medio de la política económica, y democracia económica por medio de formas e instrumentos participativos, apareciendo la democracia industrial como esencial de esta última. Según la primera concepción *-democracia económica realizable mediante el mercado-*, propia de la tradición liberal, el propio funcionamiento del mercado serviría de estímulo para la democracia económica, al disponer los ciudadanos, a través del mismo, de libertad de elección sobre su ocupación, su consumo, el destino de su ahorro, y sus inversiones e iniciativas emprendedoras. Pero, el mero funcionamiento del mercado es incapaz de promover situaciones de óptima concurrencia, evidenciando situaciones de desigualdad, no sólo económica, entre los individuos, los operadores económicos y los agentes sociales. Partiendo de las limitaciones de la primera concepción, la segunda *-democracia económica por medio de la política económica-* conllevaría, tanto en la teoría como en la práctica, la intervención de los poderes públicos, como expresión del ordenamiento democrático, en los procesos económicos y también sociales. La política económica serviría para ayudar al funcionamiento del mercado, corregir sus posibles desviaciones e integrar en el mismo, de una manera más adecuada, a los diferentes actores que en él concurren, y conlleva para ello el deber de empleo de bienes públicos, de redistribución de recursos, de estabilización y de desarrollo económico. Por último, la tercera concepción *-democracia económica a través de formas e instrumentos participativos-* expresa la intención y la esperanza de acrecentar el grado de corrección del funcionamiento de mercado y de ampliar el ámbito de la democracia económica debido a la política económica desde fuera de la esfera político-institucional, mediante la iniciativa de grupos y organizaciones sociales a través de una marcada diversidad de formas y acciones participativas, siendo la empresa uno de los principales terrenos de actuación. De este modo, “la democracia económica participativa aparece como una parte de la democracia económica, siendo la empresa uno de los principales ámbitos en los que puede ser realizada, como de hecho ha ocurrido frecuentemente, si bien, contempla también formas y experiencias participativas diversas que van más allá de los confines de la empresa” (...) “la democracia industrial, aunque no es el único, se configura como uno de los principales componentes -quizás el más significativo- de la democracia económica participativa”. Cfr. G. BAGLIONI: *Democrazia Impossibile? Il cammino e i problema della partecipazione nell'impresa*, pp. 38 y ss.

¹³ L. E. DE LA VILLA y M. C. PALOMEQUE: *Introducción a la economía del trabajo*, Debate, 1980, op. cit. p. 26.

¹⁴ Cfr. G. AMATO: *Potere e responsabilità del sindacato*, Mondoperaio, 1979, núm. 1, p. 76.

¹⁵ Cfr. G. GIUGNI: “Il sindacato nella gestione della trasformazione economica: interventi legislativi e controllo sociale”, *Quaderni di Rass. Sind.*, 1977, núm. 62-63, p. 90.

enriqueciendo la idea y la práctica de la democracia industrial con contenidos más complejos en el marco económico general, siendo prueba de esta necesidad el hecho de que para el movimiento sindical europeo la participación de los trabajadores en la empresa no supone otra cosa que un capítulo inescindible del discurso más amplio sobre la democracia económica¹⁶, que a su vez se configura como ámbito en el que deben reflejarse los principios de la democracia política.

1.1.2. La participación de los trabajadores en la empresa como noción limitativa de los poderes del empresario.

Una vez contextualizada la democracia industrial como “especie” de la democracia económica no debe obviarse el carácter “dual” que aquella presenta, carácter que ha venido a marcar la insuficiencia de las diversas posturas que en torno a la determinación de su concepto habían aparecido, superando así sus limitativos planteamientos¹⁷. La democracia industrial debe de situarse tanto en relación con las decisiones económicas que la empresa adopta como ir referida a la estructura que el poder conserva en la empresa y, consiguientemente, a la posición que el trabajador ocupa en la misma, ya que en relación con este último aspecto, una de las notas que sirven para conformar un determinado modelo de relaciones laborales es la determinación de la posición que en él queda reservada para cada uno de los actores del mismo (a saber, el Estado y otras personas públicas, las organizaciones profesionales, los empleadores y los trabajadores en su papel singular), posición que se relaciona directamente con el poder de decisión que cada uno de ellos pueda ejercer.

En definitiva, el rasgo que de manera inequívoca va a caracterizar un modelo de relaciones laborales frente a otro va a ser el de la particular distribución del poder de decisión entre los diferentes interlocutores sociales. Por ello, la democracia industrial no puede agotarse con la mera negociación y control de las decisiones patronales de contenido económico, sino que ha de ser completada con la revisión de la estructura de poder que en la propia empresa se mantiene, de manera que para su adecuada comprensión, la noción aparecería dividida en dos dimensiones: una *externa*, relativa a la participación de los trabajadores en la política de decisiones de la empresa, y otra *interna*, determinada por la posición que el trabajador considerado individualmente viene a ocupar dentro de la misma.

Detengámonos brevemente en esta segunda dimensión, en la estructura de poder existente en el ámbito de la empresa y, derivada de dicha estructura, en la posición que el trabajador ocupa en la organización empresarial.

Como sabemos, el reconocimiento y garantía de la libertad de empresa aparece consagrado, en aquellos países que poseen una economía de mercado, como el fundamento constitucional de los poderes que le son reconocidos en el ámbito laboral al empresario. Así, en nuestro ordenamiento jurídico, la “libertad de empresa en el marco de una economía de

¹⁶ F. VALDÉS DAL-RÉ: “Democracia industrial en Europa: balance de un debate”, en AA.VV.: <<Estudios de Derecho del Trabajo en homenaje al profesor Gaspar Bayón Chacón>>, Tecnos, Madrid, 1980, pp. 492.

¹⁷ Sobre tales posturas, vid. G. GARCÍA BECEDAS: *Democracia y relaciones laborales*, pp. 51 y ss.

mercado” aparece garantizada expresamente en el artículo 38 de la Constitución Española de 1978, siendo esta libertad la que permitirá que una o varias personas (o también un ente público) puedan dedicarse a la producción de bienes o servicios para terceros, dedicando a esta finalidad capital y trabajo, asumiendo por ello el titular de la organización creada un riesgo, una responsabilidad derivada de tal explotación.

En este sentido, lo que verdaderamente cualifica al empresario como titular de dicha organización económica es un “derecho subjetivo” que, como vemos, tiene su anclaje en un derecho que está reconocido constitucionalmente y en cuyo tratamiento hay dos aspectos a considerar¹⁸:

1) Por una parte, estamos ante un derecho del ciudadano protegido con las garantías establecidas en el artículo 53.1 de la Constitución Española, y que consiste en la posibilidad de crear y mantener empresas en producción ostentando la titularidad de un capital que es invertido para dicho fin, generándose por ello una situación de poder que excede el mero dominio de las cosas, llegándose a proyectar sobre personas concretas.

2) Por otra, este derecho implica la potestad de llevar a cabo una ordenación de carácter económico sobre la organización empresarial, de la que se derivará la facultad del titular de la empresa de decidir sobre los objetivos y estrategias de la política económica de la misma, sobre las inversiones, sobre la contratación, despidos y organización del trabajo, y sobre todo cuanto afecta a la planificación de la producción y al desarrollo futuro de la empresa en general. De este modo, la faceta laboral de la dirección de la empresa se manifiesta a través del poder organizador y directivo del empresario sobre el personal en los ámbitos anteriormente citados.

Estos poderes de organización y dirección (*management rights or management prerogatives*) se ejercitan sobre una compleja organización productiva, compuesta tanto de medios materiales como personales, que recibe la denominación de “empresa”, y en la que, bien a través de un centro de decisiones o bien por medio de diversas instancias coordinadas en niveles diferenciados, se planifica, programa, gestiona y decide sobre el desarrollo de dicha organización, con la finalidad señalada de situar bienes o servicios en el mercado, asumiendo para ello un riesgo de explotación.

Ha sido la tradicional identificación entre “empresa y empresario” la que ha proporcionado durante largo tiempo una cierta legitimidad a dichos poderes¹⁹, hasta el punto de que una parte de éstos, la referida a los poderes de gestión sobre el capital ha sido tradicionalmente considerada como una parte casi intocable, parte en la que sólo de una manera excepcional podía incidir la regulación heterónoma laboral²⁰. Tal identificación se

¹⁸ J. RIVERO LAMAS: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, p. 24.

¹⁹ A. POLO: “Empresa y sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues”, en <<*Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*>>, T.I., Madrid, 1971, p. 345.

²⁰ “Sin embargo en los sistemas de relaciones industriales propios de las formaciones sociales desarrolladas se ha acabado incidiendo en el ejercicio de tales prerrogativas exclusivas de la dirección a través del reconocimiento jurídico de mecanismos de control público y sindical de la actividad económica y empresarial (en este punto la contribución de la autonomía colectiva negocial ha sido de vital importancia en las dos últimas décadas, toda vez que en el ámbito de la negociación colectiva se han reconocido derechos de información y consulta en sus variadas formas sobre puntos considerados intangibles de los poderes empresariales, tales como la elección tecnológica y sus consecuencias socio-laborales, política de inversiones, estrategia empresarial en materia de

hacía derivar del hecho de ser el empresario el que en beneficio de la empresa arriesga sus propios bienes, lo que justificaba además su derecho al beneficio derivado de aquel ejercicio: así, la titularidad de la empresa atribuía a su titular un poder jurídico sobre el grupo social, los elementos y la actividad de la empresa.

Como consecuencia de esta identificación “empresario/empresa”, el capitalismo fue creando poco a poco un derecho a su medida que le permitiera legitimar el poder económico del empresario sobre la organización empresarial, primero, y sobre el conjunto de la empresa, después. Para conseguirlo, este derecho consolidaría al principio las prerrogativas que el derecho de propiedad conlleva sobre los medios de producción y luego, más tarde, sobre la base de la libertad contractual, conseguiría a favor del empresario el dominio absoluto sobre la empresa, dominio que se extendería también sobre los productos elaborados, sobre los precios y sobre las condiciones de trabajo, y que conllevaría la ostentación de un haz de poderes dirigidos a la gestión económica de la propia empresa y a estipular contratos en su nombre con terceros, poderes reservados únicamente a quienes ponen su capital personal en el negocio.

En definitiva, como organización económica y como grupo social, la empresa generaba una situación de poder, un poder de organización y dirección que se atribuía exclusivamente al titular de los medios de producción. De este modo, como señalaba RADBRUCH, la libertad de ser propietario se tornaba en manos del económicamente más fuerte no sólo en una libertad para disponer de cosas sino también en libertad sobre y para disponer de hombres, “ya que quien manda sobre los medios de producción, es decir, sobre las posibilidades de trabajo, tiene también en su mano la palanca de mando sobre los trabajadores”²¹. A su vez, la dependencia del trabajador en la empresa se iría configurando paulatinamente como una característica esencial que individualizaba y tipificaba el contrato de trabajo.

Pero no debe olvidarse que dicha dependencia laboral se encuentra inmersa en una relación jurídica de poder, productora de una serie de efectos jurídicos que van más allá de los puramente obligacionales. Y es que hay que destacar que la empresa no sólo comprende una realidad económica sino que también comprende una realidad social²², pues se configura como un centro de imputación de intereses y de relaciones jurídicas diversas, que obviamente afectan al titular de la misma, pero también a los terceros con los que aquél entabla relaciones internas y externas para la consecución del objetivo empresarial y a la propia masa de bienes que constituye su sustrato material. Esta consideración ha sido la que ha provocado históricamente la intervención de los poderes públicos, llevando éstos a cabo un proceso de ordenación económica y jurídica con el fin de establecer límites al poder empresarial y garantizar una cierta función social de la propiedad sobre la empresa, para así poder tutelar los intereses generales de la economía, de los trabajadores, de los ciudadanos y de los consumidores en general.

contrataciones y subcontrataciones...”). Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ: *Derechos de información de los representantes de los trabajadores*, p. 85. Vid. pp. 85 y 86.

²¹ G. RADBRUCH: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Traducción de W. Roces, 3ª edición, México 1965, pp. 160-161.

²² La organización de la empresa debe reconsiderarse como un hecho social relevante también en el plano del interés público, como así señala Romagnoli, por lo que tratar el tema de los límites del poder empresarial exige pasar de una visión exclusivamente “iusprivatista” a otra que recoja la realidad de la dimensión colectiva y política de la empresa. Cfr. U. ROMAGNOLI: “Autoridad y democracia en la empresa: Teorías jurídico positivas”, *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, núm. 1-2 (1975-1976), p. 199.

Y es que todo poder debe tener sus límites, pues un poder ilimitado contradice al Derecho, y en este sentido, las prerrogativas empresariales para organizar y dirigir la empresa (los aludidos “*managements rights*”) no pueden ser una excepción. Por ello, el proceso de evolución y progreso del Derecho del Trabajo ha venido determinado justamente por los sucesivos empeños por delimitar la situación de dependencia del trabajador y someter a un estatuto jurídico diversificado el contenido y régimen de ejercicio de los poderes empresariales.

En dicho proceso, el Estado y los sindicatos se vieron moralmente obligados a intervenir, limitando el poder económico de la empresa y eliminando así un rasgo esencial del “capitalismo clásico” como era la inmunidad de la empresa privada en el ordenamiento jurídico, con el fin de consolidar un régimen jurídico tendente a procurar una mayor justicia, libertad y dignidad personal de los trabajadores no sólo en los centros de trabajo sino también en la sociedad. Por tanto, “garantizar a los trabajadores la dignidad personal en su medio profesional, crear las condiciones objetivas para que se puedan considerar hombres libres, limitar los poderes de organización y dirección en las empresas y establecer unos cauces para que los trabajadores pudieran asumir una actitud participativa son fines perseguidos por los mecanismos de control del poder en la empresa, aunque lógicamente los correctivos a este poder no pueden ser nunca de tal naturaleza que anulen su ejercicio, rompan la unidad de dirección o lleguen a bloquear la adopción de las decisiones necesarias; la intervención de los poderes sociales en el ámbito empresarial ha de ser de tal calibre que permita la existencia de un cierto equilibrio con el poder del empresario de manera que en su articulación y funcionamiento cada uno de ellos se mantenga dentro de sus correspondientes límites”²³.

Es dentro de este proceso de limitación de los poderes empresariales donde la temática de la participación de los trabajadores en la empresa encuentra un sentido fundamental: todo sistema de participación real y efectiva de los trabajadores introduce límites al ejercicio de los poderes del empresario y, por tanto, al poder de dirección y organización de la empresa, por lo que instrumentos clave de la democracia industrial como son los derechos de información y consulta tienden a influir en las decisiones del empresario e implicarán una relativa participación de los trabajadores en el poder, cuestionando, al menos en cierta medida, el que la gestión de la empresa se atribuya a aquél con carácter exclusivo y excluyente. Es por esta razón por la que antes hemos señalado que el rasgo que de manera inequívoca caracterizaría un modelo de relaciones laborales determinado frente a otro es, precisamente, el de la particular distribución del poder de decisión entre los distintos interlocutores sociales existentes en el mismo²⁴.

Pero debe destacarse que la democracia industrial debe ser contemplada desde una doble óptica, la óptica interdependiente del poder y de las libertades:

- En relación con el “*poder*”, queda claro, como hemos comentado, que la expresión *participación de los trabajadores en la empresa* guarda una íntima y evidente conexión con la estructura de poder existente en la empresa y con su necesaria revisión, siendo el principal problema a considerar, a tenor de lo expuesto, el de la distribución de ese poder y la

²³ Cfr. J. RIVERO LAMAS: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, p. 16.

²⁴ G. GARCÍA BECEDAS: “*Democracia y Relaciones Laborales*”, en prólogo de Luis Enrique de la Villa, p. 11.

consecuente orientación de las políticas de la empresa en el marco de la democracia económica general.

- En relación con las “*libertades*”, se trataría de garantizar la implantación de una ciudadanía política y social mediante la “transposición de los valores de la democracia política al interior de las empresas”; transposición que configuraría una democracia social y participativa que legitimaría las estructuras de gobierno de las empresas, reuniéndose así los ámbitos políticos y económicos de la formación social, pero que, a su vez, implicaría la exigencia de una propia ciudadanía específica, distinta de la ciudadanía de la sociedad política aunque ideológicamente vinculada con ésta, y que se podría llamar “*ciudadanía de empresa*”²⁵.

La configuración de una auténtica y verdadera democracia social implica, por tanto, permitir a los trabajadores asumir o controlar las decisiones que les conciernen, comenzando por las decisiones relativas a la producción y a la empresa²⁶; exigencia que, en la práctica, se traduce en la necesidad de arbitrar cauces y mecanismos a través de los cuales los trabajadores y/o sus representantes puedan tener influencia en el proceso de toma de decisiones que les pudieran afectar en la empresa o centro de trabajo, lugares en donde el “*management*” no puede ser la única fuente de poder.

Además, hay que considerar que la toma de decisiones en la empresa está condicionada hoy día por otro factor adicional, el de un reparto del poder que guarda relación con la división del trabajo²⁷: las necesidades de información, la discusión de alternativas, la explicación de órdenes que no son rutinarias, etc..., son cada vez y con más frecuencia una tendencia general en las actuales relaciones laborales, lo que afecta lógicamente también a las concretas circunstancias con que el poder es ejercido en la empresa²⁸. No hay que olvidar que la nueva configuración de las relaciones laborales, condicionada por la introducción de cambios tecnológicos continuos y constantes que inevitablemente afectan a la organización del trabajo y por las situaciones periódicas de crisis económica, determina una visión o concepción de la empresa marcada por exigencias de un mayor pluralismo y democracia, e implican la necesidad de contar con la concurrencia de otros poderes, lo que obviamente llega a afectar a las prerrogativas de dirección del empresario y a su forma de ejercicio.

²⁵ Cfr. A. JEAMMAUD: “Los derechos de información y participación de la empresa. La ciudadanía en la empresa”, en J. APARICIO y A. BAYLOS: << *Autoridad y democracia en la empresa* >>, p. 179.

²⁶ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: “*Un modelo democrático de relaciones laborales*”, en AA. VV: << *Ideologías jurídicas y relación de trabajo* >>, Sevilla (Universidad) 1978, p. 41.

²⁷ “Allí donde antes uno o pocos podían tomar todas las decisiones, hoy participan en cada una de éstas muchas personas en calidad de órganos informativos, de preparación y ejecución”. R. DAHRENDORF: *Sociología de la industria y de la empresa*, traducción de C. Gerhard de la 2ª edición alemana, México, 1965, op. cit. pp. 91-92.

²⁸ “Sin embargo, la jerarquía que nace de la división del trabajo se hace hoy más compleja aún por la existencia de representaciones del personal sean o no de origen sindical (comités de empresa-delegados sindicales, en general), así como por los grupos de trabajadores que participan en los órganos de cogestión existentes en algunos países (...). “También han venido proliferando en la última década fórmulas para democratizar los puestos de trabajo, aliviando así la rígida estructura jerárquica de la organización del trabajo en la industria en la empresa: las experiencias de los *grupos autónomos* y de los *grupos semiautónomos* caracterizados por un grado más o menos elevado de autoorganización, así como los más recientes *círculos de calidad* que han adquirido predicamento en EEUU y Japón son exponentes de que se producen cambios en la dependencia técnica de los trabajadores, resultando de las nuevas modalidades de organización del trabajo, que exige menos sujeción y más cooperación”. Cfr. J. RIVERO LAMAS: *Limitación de los poderes empresariales y Democracia Industrial*, pp. 43 y 46.

La introducción en las estructuras de las empresas de mecanismos capaces de generar un mayor equilibrio entre capital y trabajo aparece, cada vez más, como fenómeno necesario para llevar a cabo una redefinición de los intereses en juego en el ámbito empresarial.

Las experiencias en marcha sobre participación en la gestión ponen de manifiesto la existencia de dos principales funciones que suponen un progreso incuestionable: por un lado, ofrecer a los trabajadores un cauce de información a través del cual poder contemplar los problemas de la empresa con mayor conocimiento y responsabilidad y, por otro lado, contribuir a evitar o hacer menos dolorosas para los trabajadores, con su posible presencia en los órganos de administración o control de la empresa, la adopción de medidas que implican un coste social relevante para ellos. La introducción y fomento de los instrumentos de participación conllevaría, por tanto, “una concepción más flexible de las relaciones sociales y de los medios para modificar una estructura determinada del poder, adaptándolas a expectativas y aspiraciones que no cesan de afirmarse, así como a las capacidades cada vez más amplias de los trabajadores, de quienes los emplean y de sus representantes respectivos”²⁹.

La negociación colectiva constituye un instrumento de uso posible para conseguir una mayor cota de democracia industrial, ya que su objetivo no es sino intentar modificar las estructuras de autoridad en la empresa mediante el reforzamiento del poder de los trabajadores, abriendo cauces de influencia en aquellos niveles en los que se adopten decisiones que los afecten, por lo que a través de ella se puede llevar a cabo una progresiva delimitación de los poderes y de las funciones directivas en las diferentes esferas en que se manifiesta el poder empresarial. Pero, hoy día, sin obviar la importancia de la negociación colectiva en este proceso, deben impulsarse también otros medios de participación de los trabajadores que sean efectivos a la hora de avanzar en la consecución de esa democracia industrial: en esta línea se sitúa el impulso que ha cobrado el desarrollo de los derechos de información y consulta dentro de la empresa, así como la decisión conjunta para la adopción de decisiones que puedan suponer un perjuicio en la situación de los trabajadores, mecanismos a los que nos referiremos en el epígrafe siguiente de este Capítulo³⁰, y que obedecen a un tratamiento de la participación de los trabajadores en función de la intensidad que las diversas fórmulas participativas conllevan en el proceso de adopción de decisiones en la empresa.

La opción a favor de la potenciación de tales mecanismos ha sido fundamental, en las últimas décadas, en el proceso de transformación consistente en el paso y evolución de un modelo de conflictividad permanente a la transformación del conflicto en un medio de participación, llevándose a cabo un control sobre las situaciones de poder y abriendo nuevos cauces a la colaboración del personal con la dirección de las empresas.

En este sentido, la propia organización moderna del trabajo y las nuevas teorías de gestión empresarial vienen a operar también una revisión de la estructuras de poder existentes en la empresa: una gran parte de los poderes de decisión y de información, que hace décadas eran una prerrogativa casi exclusiva de la dirección de la empresa y, en todo caso, del personal de nivel intermedio, queda ahora más redistribuida entre los diferentes grupos que integran la empresa y se ejercen por conducto de ellos, surgiendo así un “modelo de decisión mixto”; un modelo en el cual la dirección o nivel superior de la empresa fija las grandes orientaciones

²⁹ OIT: *Participación de los trabajadores...*, p. 35.

³⁰ *Vid. supra.*

estratégicas y el proyecto de empresa, y a los grupos de trabajadores se les concede un gran margen de intervención y de negociación, asumiendo, entre ambos, el personal de nivel medio una nueva función consistente en animar los grupos de trabajo, aconsejarlos en su acción, y servir de enlace entre ellos y la dirección empresarial. De este modo, las tradicionales funciones de control de éstos últimos se transforman ahora, en muchos casos, en funciones de “facilitación”, con el fin de ayudar a tales grupos o equipos de trabajo que se constituyen en el seno de la empresa a idear innovaciones y a presentarlas a la dirección empresarial.

Las nuevas tendencias de gestión empresarial y las formas de e-comercio, que exigen una mayor rapidez en el tratamiento de la información y una mayor agilidad organizativa provocan, asimismo, un cambio en la jerarquía existente en la empresa, pues ocasionan una simplificación de formas y niveles jerárquicos, cuestionando la tradicional forma de organización de la empresa, lo cual acaba teniendo su reflejo, de manera directa o indirecta, en las propias estructuras de poder existentes en la misma. De este modo, los dirigentes pierden el monopolio exclusivo del poder, al menos en la manera en como éste era entendido tradicionalmente, y una jerarquía basada en la competencia sustituye a una jerarquía basada exclusivamente en la autoridad, por lo que, en mayor o menor medida, la gestión pasa a ser un asunto en el que todos deben estar involucrados.

1.1.3. ¿Participación <<versus>> representación? Modalidades de participación.

Pero los esquemas de funcionamiento de los órganos de participación de los trabajadores en la empresa no se han limitado a una consideración puramente aséptica del proceso dirigido al acceso y control de la gestión empresarial, con la limitación que ello conllevaría para los poderes del empresario. Por el contrario, la instrumentación del mecanismo representativo permitía introducir también un componente reivindicativo en la configuración de la actividad participativa, necesariamente influenciada por la relación conflictual de base existente en la empresa; de esta forma, control y participación, de un lado, y desarrollo del conflicto, de otro, han determinado históricamente una dualidad de contenidos en el desarrollo de la función representativa en la que, en muchas ocasiones, la urgencia de los objetivos del segundo han relativizado la atención al primero.

Aunque normalmente los órganos de representación de los trabajadores han detentado funciones participativas hemos de indicar que, al menos teóricamente, la aparición de órganos de representación de los trabajadores en la empresa no va siempre necesariamente unida a la existencia de mecanismos de participación en la gestión de las empresas³¹.

Es por ello que consideramos oportunas en este momento determinar las diferencias que puedan existir entre los conceptos de **participación** y de **representación de los trabajadores en la empresa**, a efectos de una mejor identificación de los mismos. La base de

³¹ En tal sentido, pueden destacarse casos que ejemplifican lo dicho, como sucede con los delegados de personal franceses, en donde el órgano de representación tiene funciones estrictamente reivindicativas. Y, al contrario, la participación puede efectuarse a través de órganos, como los Consejos de Administración o Vigilancia en las sociedades anónimas, que no son órganos de representación del personal, ni siquiera órganos de la empresa, sino órganos de la misma sociedad. Por otro lado, no debe olvidarse que la negociación colectiva aparece también como forma de participación en la gestión de las empresas, siendo considerada especialmente en los países anglosajones como el mejor medio para contribuir en la consecución de la democracia industrial.

tal diferenciación se encontraría en el siguiente planteamiento: mientras que en la noción de representación late la idea de la contraposición de intereses de los trabajadores con los del empresario, en la de participación late la idea de cooperación y colaboración entre ellos.

Más allá de la confluencia de algunos objetivos comunes, es obvio que empresarios y trabajadores, como consecuencia de la posición ocupada en el proceso productivo, han asumido históricamente posturas contrapuestas en buena parte de las relaciones de carácter laboral. El mecanismo representativo no es el que crea esa contraposición o conflicto pero sí es cierto que contribuye a expresarlo y a canalizarlo en múltiples aspectos, ya que es a los representantes de los trabajadores en la empresa a quienes corresponde por definición la promoción y defensa de los intereses propios de dicha colectividad frente a la otra parte, la empresarial, cuyos intereses son en buena medida no sólo diferentes sino a veces opuestos.

Frente a la representación, la noción de participación es más reciente y expresa motivaciones distintas e incluso contrapuestas: su punto de partida lo encontramos en la negativa a que la gestión de la empresa se realice sin permitir que los trabajadores puedan asumir ciertas facultades (que serán mayores o menores en función del tipo o instrumento de participación ante el que en cada caso concreto pudiéramos encontrarnos) en relación a las decisiones que se tomen. Se trata, por tanto, de que los trabajadores participen en la gestión de la empresa, sin quedar reducidos a meros ejecutores materiales de las decisiones que el empresario adopte.

Existe, como podemos observar, una relativa contradicción entre ambos conceptos. De esta manera, representación y participación han llegado a configurarse como dos polos de diferente significado en las relaciones laborales pero, eso sí, con posibilidades de aplicación simultánea, lo que permite la aparición de realizaciones diferentes en las que están presentes uno y otro concepto en mayor o menor medida, inclinándonos, según el caso, hacia posiciones en las que prima una mayor conflictividad o hacia posiciones en las que prevalece una mayor colaboración, ya que pese a esta contradicción relativa, la misma no impide la coexistencia ni incluso la conexión entre ambos conceptos. De este modo, puede hablarse de una **representación participativa**, si a las típicas instituciones representativas se le atribuyen funciones de colaboración con el empresario, y de **participación conflictiva**, cuando la aceptación de esas funciones de colaboración con el empresario se hace sin intención de renunciar a la defensa unilateral de intereses de la parte trabajadora, a veces incluso desde una actitud de enfrentamiento y conflicto.

En relación con esta última, ha sido tradicional la distinción que se ha efectuado entre **participación institucional** y **participación conflictual**. La participación institucional descansa inicialmente sobre la base de una propuesta integradora del conflicto, con la finalidad de mantener inalterada la estructura de poder y decisión en la empresa, siendo por ello que el movimiento sindical ha tradicionalmente opuesto a la participación institucional un modelo de participación conflictiva que, basado en la noción de control obrero externo, se asienta sobre la base de la negociación colectiva y del ejercicio adecuado de las medidas de conflicto, rechazándose toda forma de intervención de los trabajadores en la gestión institucional de la empresa que condujese a la participación en las responsabilidades del empresario.

Sin embargo, con el paso del tiempo se abriría dentro del sindicalismo europeo una postura más realista y menos radical del problema, aceptándose la relación y complementariedad de las diferentes formas de organización y acción sindical en la empresa,

superando así la tradicional confrontación existente. De esta manera, la temática actualmente se plantea en términos de “consecución de un cierto reparto de poder” en el ámbito empresarial, y de la disponibilidad y capacidad de los trabajadores para ejercer una parte del mismo, para lo cual pueden ser muy útiles las diversas fórmulas institucionales que permiten la presencia de los trabajadores en los órganos de la empresa.

En cualquier caso, la diferencia fundamental entre uno y otro mecanismo participativo residiría en que en la “participación conflictiva” la falta de acuerdo en un proceso negociador va normalmente acompañada de la presión de la huelga, mientras que la falta de acuerdo en un mecanismo de “participación institucional” (de información, de consulta o de codecisión) concluye normalmente en un arbitraje³²: por tanto, recurso a la huelga, sección sindical de empresa y participación contractual serían la esencia de la primera, en tanto que arbitraje, consejos de carácter no sindical y participación orgánica lo serían de la segunda³³.

Una vez distinguidos los conceptos de participación institucional y participación conflictiva es conveniente hacer un inciso para referirnos a dos términos claramente conectados entre sí, y que a veces suelen ser utilizados indistintamente, pero que deben ser matizados para un uso más preciso de los mismos: se trata de diferenciar los conceptos de “**implicación**” y de “**participación**” en sentido propio, o en otras palabras, y como señala BAGLIONI, distinguir entre “*sentirse parte*” y “*ser parte*” de la empresa³⁴.

La “implicación de los trabajadores” (*employee involvement*) parte de una idea en virtud de la cual los dirigentes de la empresa percibirían las ventajas que se derivan de otorgar su “*consentimiento*” a los dirigidos para que éstos puedan involucrarse y comprometerse con la empresa, mientras que la “participación de los trabajadores” tendría su origen en el “*derecho*” de los dirigidos de ejercitar un cierto control sobre aquellos que disponen de la autoridad en la empresa.

El primer término, implicación, con el que se traduce en castellano el inglés “*involvement*” o el italiano “*coinvolgimento*” y, en algunos casos, el menos específico “*commitment*”, evoca, de hecho, una situación de cierta adhesión a los objetivos de la empresa, de identificación de los intereses y perspectivas de los trabajadores con quienes detentan la propiedad del capital y, en última instancia, de construcción de una comunidad de empresa armoniosa que pretendería ser inmune a los conflictos internos y estar cohesionada frente a los competidores externos. “Implicación” aparece de este modo como el término que mejor refleja una de las tendencias actuales en las nuevas relaciones entre empresa y trabajador, en contraste con el término “control”, que caracterizaría las relaciones del pasado, siendo incluso utilizado por muchos dirigentes empresariales en la actualidad para ilustrar la esencia de su propia

³² Cfr. T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS: *Derecho Sindical*, 2ª Edición, Valencia, 1992, op. cit. p. 183.

³³ Ahora bien ha de tenerse en cuenta, sino quiere caerse en un considerable error, que ambos sistemas no son excluyentes: “en los sistemas nacionales donde ha operado una participación institucional, señaladamente el germánico, también se concluyen convenios colectivos, es decir, también se produce una cierta participación contractual, que aparentemente sería incompatible con un esquema simplista de la materia”. Cfr. G. GARCÍA BECEDAS: *Democracia y Relaciones Laborales*, op. cit. p. 74.

³⁴ M. AMBROSINI: *L'impresa della partecipazione. La ricerca della collaborazione dei lavoratori tra politiche aziendali e istituzione sociale*, FrancoAngelli, Milano, 1996, op. cit. p. 22.

filosofía participativa frente a la del personal, y con la que se expresaría el deseo de conseguir un grado positivo de adhesión a los objetivos de la empresa así como obtener la cooperación del trabajador como individuo motivado. De este modo, la implicación se aproximaría, siguiendo a BAGLIONI, a la llamada “participación integrativa”³⁵.

Aunque no siempre se ha explicitado suficientemente, la implicación en muchas ocasiones, no siempre, suele ser activada desde la dirección de la empresa, siendo ésta quien define y delimita los ámbitos en los cuales la implicación puede tener lugar, gestionando su funcionamiento, por lo que, en estos casos, se tiende a preconizar una relación de desequilibrio entre las partes en juego, con un papel activo y hegemónico de la dirección empresarial y un papel sustancialmente subalterno, aunque con diverso grado de influencia, por parte de los trabajadores y sus representantes; si bien, la dirección de la empresa deberá tratar de incorporar a sus criterios de toma de decisiones la preocupación por no comprometer esta implicación de los trabajadores, asegurando para ello un cierto grado de estabilidad laboral. Parece por otro lado posible que, junto con la implicación, puedan darse en estas situaciones nuevas o viejas formas de paternalismo en la relación empresario-trabajador: a través de medidas de “*welfare empresarial*” y de asunción de una responsabilidad social sobre los trabajadores se pretendería conseguir la legitimidad de la autoridad directiva, la aceptación de la jerarquía empresarial y, especialmente, el mantenimiento de la lealtad del empleado en la posición subalterna en la que se encuentra, considerada como natural e inmodificable.

Hoy en día, el impulso actual a la implicación representa un desafío para la cultura sindical tradicional, que había combatido históricamente la idea de “empresa-comunidad” y que había contribuido de manera decisiva a la construcción de ese paradigma occidental que percibía a la empresa como contraparte antagónica del proletariado, considerándola como un ente económico que se asentaba sobre una relación formal basada en el contrato y sobre una clara distinción de roles en su seno para cada una de las dos partes que en la misma se confrontaban. Sin embargo, en el actual marco de relaciones laborales, las tendencias se orientan hacia la superación de la rigidez que determinaba dicho paradigma, reforzando para ello los factores de convergencia y encuentro entre empresa-trabajador, y se induce, cada vez más, a distinguir, por un lado, entre sistemas muy estructurados, formales, y frecuentemente antagonistas y, por otro, sistemas basados en un mayor diálogo y cooperación entre las partes, en donde se dan a veces ciertas situaciones en las que la separación tradicional de roles no es tan nítida.

Respecto al término “implicación”, el significado asumido por la “participación” presenta una pluralidad de formas e instrumentos de diversa intensidad y se puede sostener, en términos generales, que conecta con la idea de democracia industrial, la cual, como sabemos, reivindica un papel activo de los trabajadores en la determinación de las condiciones de empleo y el reconocimiento, en mayor o menor medida, de su capacidad de intervención en la toma de decisiones en la empresa con el fin de que, en el proceso conducente a la adopción de las mismas, aquellos puedan ser tenidos en cuenta, limitándose de ese modo el poder empresarial a través de representaciones sindicales o unitarias. Se parte de que, en principio,

³⁵ Baglioni distingue así entre tres modelos de participación: una participación “*antagonista*”, considerada hoy en declive, y que tiende claramente a la modificación de la asimetría existente en la relación de trabajo asalariado; una participación “*colaborativa*”, que apunta a la mejora de las condiciones de los trabajadores sin modificar las reglas institucionales del capitalismo; y, por último, una participación “*integrativa*”, que se propone interesar e involucrar a los empleados en la marcha de la empresa e implicarlos en su destino. Al respecto, vid. BAGLIONI, *Democrazia impossibile?...*, pp. 18 y ss.

los intereses de cada una de las dos posiciones son distintos y para su composición se recurre normalmente a procedimientos de negociación. Desde este planteamiento, la participación en sentido estricto no implica necesariamente la cooperación entre las dos partes existentes en el ámbito de la empresa ni tampoco el reconocimiento de intereses comunes, siendo esta contraposición la que justificaba en el pasado que desde instancias sindicales se teorizase especialmente sobre una participación antagonista o conflictual como mecanismo casi ineludible para llevar adelante intereses contradictorios.

Pero no es menos cierto que las tendencias participativas actuales, aunque rehúsan frecuentemente la idea de una armonización totalmente estable de los intereses de trabajadores y empresarios, valoran cada vez más la posibilidad de una convergencia sobre intereses comunes, incluyendo una plena legitimación de la contraparte, y se saldan con una importante reducción de la radicalidad del conflicto, produciéndose de este modo una transición de la participación entendida como “control” a una participación entendida como “cooperación” con la empresa, que se acercaría a la idea de implicación antes comentada³⁶.

Volviendo de nuevo a la participación institucional, hemos de indicar que ésta puede consistir, a su vez, en una **participación interna** en los órganos societarios o en una **participación externa** a través de órganos de representación exclusiva de los trabajadores. De este modo, las “instituciones” en las que se encarna la democracia industrial son fundamentalmente de dos tipos: órganos mixtos en el caso interno, u órganos unilaterales en el externo³⁷.

La participación interna va referida a la presencia de representantes de los trabajadores en las estructura del poder económico establecido, presencia que tiene lugar en un órgano de gobierno de la empresa constituida en forma social, ya sea en el propio Consejo de Administración que integra en tales supuestos a los socios capitalistas y a los representantes de los trabajadores, o en un órgano diferente de carácter mixto para el control del gobierno de la empresa, en el que los primeros se sientan y deciden como colegio junto a los representantes de los trabajadores. Por tanto, en este caso, la participación se canaliza por medio de un órgano específico interno de la propia empresa, en el que se van a instalar de manera permanente representantes de ambas partes de la relación laboral, por lo que los representantes de los trabajadores se incorporan de este modo a los organismos de decisión típicos de la empresa: o bien, al tradicional órgano rector de la sociedad mercantil, o bien, se crea un organismo específico de control de las decisiones y de la gestión empresarial, a través de un “Consejo de Vigilancia”, de composición paritaria frecuentemente, del que formarían parte los representantes de los trabajadores.

Esta participación interna ha sido tradicionalmente una participación no sindical, de ahí la reticencia de los sindicatos a su generalización e intensificación. Posteriormente, la “entrada” de los sindicatos en la empresa, con excepciones irreductibles, iría modificando las valoraciones clásicas que, poco a poco, devienen anacrónicas³⁸, aunque sigan persistiendo recelos tradicionales.

³⁶ M. AMBROSINI: *L'impresa della partecipazione...*, p.25.

³⁷ O sea, lo que M. Pedrazzoli, en *Democrazia industriale e subordinazione...*, cit. p, 183, denomina como “colegios” en el primer caso y “coaliciones” en el segundo.

³⁸ Cfr. L. E. DE LA VILLA: *La participación de los trabajadores en la empresa*, Instituto de Estudios

En cambio, en la participación externa, los derechos de información, consulta o decisión y las distintas formas de control son atribuidas bien a un órgano colectivo de los trabajadores que ostenta la representación de todo el personal, o bien a las asociaciones sindicales o a sus secciones constituidas en las empresas, que en los sistemas de “canal único” pueden asumir, junto al ejercicio de funciones sindicales, también otras de carácter propiamente participativo; si bien, hay sistemas de relaciones laborales en los que coexisten los dos canales de representación³⁹, sistemas de “canal dual”, produciéndose entonces un reparto de funciones que no siempre respeta la atribución exclusiva de esferas funcionales propias de cada uno.

En la participación externa, el órgano colectivo de los trabajadores define autónomamente cuáles son los intereses de los trabajadores por tutelar y cómo actuar para satisfacerlos, y los expresa externamente confrontándolos con los propios intereses del empresario, normalmente contrapuestos⁴⁰. Es por este motivo por el que, al reflejar de una manera más fiel que en la participación interna la relación de poder/contrapoder existente en la empresa y, por tanto, la real desigualdad de la distribución de los espacios de poder existentes en la misma, esta modalidad de participación externa se ha asociado normalmente a una “participación subalterna de tipo consultivo o informativo”⁴¹.

Los representantes electivos están más vinculados a una participación en la gestión desde el prisma de una colaboración que contempla los problemas y la situación particular de la empresa, mientras que los representantes sindicales tienen unas perspectivas en su actuación que rebasan los límites de la empresa, ya que los objetivos de la negociación colectiva se abordan en un contexto más general y frecuentemente más conflictivo, muy diferente, en la mayoría de los casos, de la negociación sobre temas concretos y de signo cooperativo que suelen llevar a cabo los órganos electivos de participación⁴².

Económicos, 1980, pp. 22-23. En este sentido, y frente a la participación externa, Baylos Grau indica, refiriéndose a la participación interna, que “aquí se difumina en la unicidad del órgano la relación bipolar (poder/contrapoder) que queda tan al descubierto en la fórmula anterior (participación externa). Pero como en el caso precedente, la pura estructuración de la participación a través de un órgano mixto no determina necesariamente el nivel de intensidad del control ejercido”. Cfr. A. BAYLOS GRAU: *Control obrero, democracia industrial y participación*, p. 72.

³⁹ Se ha puesto de manifiesto que el doble canal es la fórmula preferida en todos aquellos países en los que se aplican modelos de representación, porque la diferente base de legitimación de tales canales “contribuye a garantizar la autonomía de ejercicio y la recíproca complementariedad a las dos formas de tutela de los intereses de los trabajadores”. Cfr. M. D'ANTONA: “Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese” (Il Diritto del Lavoro), vol. XXII de la <<Enciclopedia Giuridica>>, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1990, p. 5.

⁴⁰ Sin embargo, como señala Baylos Grau “la unilateralidad de esta estructuración orgánica no significa necesariamente una polarización conflictiva de la dinámica de gestión de poder de la empresa. En ciertos aspectos esta definición autónoma de los intereses representados de los trabajadores en la empresa puede desembocar en una cierta colaboración con la dirección, en una práctica de las relaciones en la empresa predominantemente consensual”. Cfr. A. BAYLOS GRAU: *Control obrero, democracia industrial y participación*, op. cit. p. 72.

⁴¹ F. RODRIGUEZ SAÑUDO: “La participación de los trabajadores en la empresa”, *RPS*, 121, 1979, op. cit., p. 420.

⁴² Como en ocasiones se ha señalado, con cierto matiz crítico, “ante todo, los delegados de personal no defienden más que los intereses del centro de trabajo, mientras que los sindicatos se esfuerzan por mejorar en su conjunto la condición de la clase obrera”. Cfr. P. DURAND y R. JAUSSAUD: *Traité de Droit de Travail*, Dalloz, Paris, vol. I, 1947, p. 457.

Por lo demás, todas estas formas de participación no son excluyentes y en la práctica, en muchas experiencias nacionales, existe una articulación más o menos fuerte entre las vías internas y las externas⁴³.

Desde otra perspectiva, suele también distinguirse entre **participación directa** y **participación indirecta**. La participación directa es “una llamada al trabajador y a su equipo de trabajo”, puesto que el trabajador contribuye a la elaboración de las decisiones que toma la dirección e influye sobre las mismas, o bien asume unas funciones antes reservadas a la dirección⁴⁴. Aquí, por tanto, son los trabajadores individuales los que participan en el poder empresarial para organizar el trabajo, si bien, de ordinario, elaborando decisiones en equipo. La participación directa descansa en una relación sin mediaciones entre el trabajador y la empresa, no siendo para ello un obstáculo su integración en las estructuras jerárquicas y/o funcionales existentes. En ocasiones, se forman grupos de trabajadores que pueden compartir sus capacidades, cualificación, experiencias e iniciativas en la organización del trabajo. Esta nueva forma de trabajo en equipo se diversifica en su estructuración y en sus finalidades, dando lugar a la formación de grupos a los que genéricamente se les reconoce al carácter de “comités de participación”.

Así, sobre la base de los ya tradicionales “círculos de calidad” (*Quality Circle*) se han ido experimentando nuevas agrupaciones o equipos de trabajadores con una finalidad parecida: de esta manera, han ido constituyéndose en muchas empresas los denominados “sistemas de sugerencias” (*Suggestion System*); la participación es aún superior en otras formas de participación que han ido surgiendo, y en las cuales la implicación en la gestión del trabajador supone un mayor compromiso, como son las constituidas por los “equipos con

⁴³ Una parte importante de la doctrina española, entre los que puede destacarse a los profesores Rodríguez-Sañudo y Ojeda Avilés, ha puesto de relieve el relativismo de esta distinción entre formas internas y externas de participación sobre todo desde la óptica de su pureza. La participación externa puede estar tan integrada como la interna. Los sindicatos son hoy, en cierta medida, elementos de integración de la clase obrera, utilizados concientemente por la burguesía como instrumentos de apoyo frente a las coaliciones, las huelgas salvajes, los conflictos no absorbibles y el espontaneismo obrero. A su vez, la participación interna puede llegar a ser tan bronca como la ejercida por los delegados sindicales. En algunos casos, Consejos y Comités de empresa, han sido los protagonistas de situaciones en las que los sindicatos no podían o no querían intervenir.

⁴⁴ La participación directa ofrece, como señala Bolle de Bal, toda una serie de “funciones y disfunciones”, especialmente si la comparamos con otros mecanismos de participación indirecta de los trabajadores en la empresa. Desde la posición del empresario, una estrategia basada en la participación directa de los trabajadores cumple cinco funciones principales: *ideológica* (humanización del trabajo, integración del trabajador), *económica* (eficacia de la gestión directiva), *psicológica* (motivación, reducción de stress), *organizacional* (desburocratización, modernidad, flexibilidad) y *sociológica* (regulación social, cooperación, control); mientras que, de otro lado, también podría conllevar para éste algunas disfunciones en las mismas cinco dimensiones: *ideológica* (crítica a la autoridad directiva o a la producción capitalista), *económica* (coste), *psicológica* (tensiones, frustraciones), *organizacional* (lentitud, desorganización), y *sociológica* (frustración de mandos intermedios, oposición). Para el trabajador, la participación directa también, de manera favorable, puede cumplir cuatro principales funciones: *ideológica* (reconocimiento, realización, promoción), *económica* (participación en beneficios, incentivos), *organizacional* (descentralización, delegación) y *sociológica* (integración). De otra parte, asimismo también podría en ocasiones originar ciertas disfunciones en cuatro dimensiones: *ideológica* (manipulación, aumento de la influencia directiva), *económica* (coste de tiempo y energía), *psicológica* (responsabilidades, pérdida de libertad) y *sociológica* (alienación). Cfr. M. BOLLE DE BAL: “Participation: It’s Contradictions, Paradoxes and Promises”, *International Handbook of Participation in Organization*, Vol. I, Oxford University Press, 1989, p. 14.

propósitos específicos” (*Special Purpose Teams*), que incluyen el diseño, la introducción de nuevos métodos y tecnologías e, incluso, la mejora de las relaciones con los clientes y proveedores; y, sobre todo, en los “equipos de autogestión” (*Self Managing Teams*), que se concretan en la formación de grupos de empleados con una formación polivalente y amplia autonomía para organizar su trabajo. En efecto, la constitución de equipos o grupos de trabajo diferentes, altamente motivados y estimulados, y que, a ser posible, se beneficien con los resultados obtenidos, parece comprobarse en los últimos tiempos como el mejor método para suscitar nuevas ideas y someterlas a prueba, así como para implicar a los trabajadores en los objetivos de la empresa.

Con respecto a estas nuevas fórmulas de participación directa que en los últimos años han venido configurándose en muchas empresas, el elemento más representativo es quizá la multiplicación de los “*grupos autónomos*”⁴⁵, algunos de los cuales llegan a ser muy populares, como los grupos responsables de un producto o servicio; los grupos destinados a la concepción y desarrollo de ideas, productos, mercados e inversiones nuevas y los encargados de presentarlos a los dirigentes, o los grupos responsables de la dirección ejecutiva y de la gestión ordinaria de los programas de formación, salud, competitividad, etc... Se trata, en general, de grupos que suelen actuar al margen de los límites coactivos que suelen imponer las costumbres y prácticas laborales tradicionales e independientemente de toda autoridad o jerarquía exterior; es más, muchas veces tienen atribuidas facultades de autocontrol y autodisciplina, siendo el propio grupo en su totalidad quien pone en práctica tales facultades y quien, dentro del ámbito de su competencia, posee libertad para innovar, improvisar y actuar. Por ello, cabe citar entre las características usuales de tales grupos las de su usual movilidad y polivalencia, siendo equipos que tienen una composición y geometría variables, ya que la empresa actual está en constante evolución y tienen que adaptarse a cambios que son continuos y constantes, y también por que tienen que solventar problemas que son muy variados y variables.

Los trabajadores que integran tales equipos suelen disponer de muy diversas experiencias, cualificaciones y capacidades, a menudo polivalentes, y proceden de sectores, categorías y grupos profesionales, así como servicios y niveles jerárquicos diferentes, incorporándose a ellos temporalmente, pasando de un equipo a otro o, a veces, formando parte simultáneamente de más de uno de ellos. Es más, los propios equipos suelen ser fugaces y su duración depende de los problemas que en cada caso se hayan de abordar.

La multiplicación de estos grupos de trabajadores, que son casi autónomos en la organización de su trabajo y que son responsables de todas las fases de fabricación del producto o de la prestación del servicio (planes de producción, suministro, calidad, mantenimiento, asuntos administrativos etc..., participando en ellas cada trabajador como experto), es una tendencia constatada ya hace tiempo en la empresa europea y que, fundada en

⁴⁵ Aunque la generalización de la figura de los “*grupos de trabajo autónomos*” se ha producido en las últimas décadas, años 80 y 90 especialmente, siendo USA y Japón los que más han desarrollado esta práctica, situada en un contexto histórico, la aparición de tales grupos de trabajo “está conectada con ciertos patrones de trabajo descritos en las minas británicas del carbón así como en las fábricas textiles de la India por el *Tavistock Institute of Human Relations* en los años 50. En los 60, grupos de trabajo autónomos empiezan a ser ensayados como vía para estimular la democratización y participación de la vida laboral en Noruega (...). Asimismo, la organización en grupos de trabajo surge como una esperanza para ofrecer una respuesta adecuada a la alienación causada por el Scientific Management y por los principios que rigen el diseño del trabajo. Posteriormente, los grupos de trabajo han sido asociados con el Quality of Working Life-movement”. Cfr. R. SCHMIDT: “Autonomous Work Groups”, *Concise Encyclopaedia of the Social Science*, Walter de Gruyter, 1992, p. 157.

el concepto de grupo, se inspira en modelos surgidos inicialmente en Japón y Norteamérica, dando lugar a una cierta atomización de la empresa.

En general, los sistemas comentados son sistemas que vienen a favorecer la mejora permanente de la empresa, la gestión de las propias competencias respecto a clientes y proveedores, e incrementan la calidad de la producción, a la vez que conllevan una revalorización de la consideración del factor humano en la empresa (complementados con políticas de recursos humanos que reconozcan la capacidad e iniciativa del trabajador y el desarrollo de carreras profesionales dentro de la organización, mediante planes de formación continua y de promoción interna). Son, en definitiva, sistemas que cualifican al factor trabajo, lo cual conlleva una mejora de la empleabilidad futura del trabajador en el mercado laboral, y sitúan a los RR.HH. en el centro de las decisiones sobre la organización productiva, dando entrada a cada elemento del grupo o equipo de trabajo en la gestión y adopción de las decisiones productivas⁴⁶.

Por lo que se refiere a la participación indirecta, en esta modalidad de participación son los trabajadores elegidos en el seno de los órganos de participación, o los representantes sindicales, los que actúan las funciones participativas, ya sea integrándose en los órganos de gestión de la sociedad o constituyendo órganos específicos de representación unitaria del personal o de representación de los trabajadores sindicados. Se está de acuerdo en que las formas indirectas tienen un carácter más general y no influyen sobre las motivaciones de los trabajadores, sino que se dirigen a preservar sus intereses por medio de la fijación de condiciones de trabajo, “controlando” en alguna medida las decisiones de la titularidad de la empresa susceptibles de afectar a aquellos. Suponen, en consecuencia, una participación instrumentando formas de colaboración, pero sin negar la diversidad de intereses en conflicto, conflicto que es susceptible de composición en ciertas condiciones y mediante instituciones adecuadas⁴⁷.

Desde una perspectiva evolutiva hay que destacar que, históricamente, la representación unitaria de los trabajadores es la primera representación reconocida en los diferentes países de la Europa Continental. La delegación del personal encargada de hablar con la dirección surge, primero, espontáneamente, y luego, su reconocimiento como

⁴⁶ Sobre la importancia que una adecuada y eficaz política de RR.HH. en la empresa puede suponer en la promoción de una participación “cooperativa” en la organización del trabajo, vid. J. P. LANDA ZAPIRAÍN: “Las nuevas formas de participación en la empresa”, en AA.VV.: <<*Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*>>, XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Salamanca, 2006.

⁴⁷ Igualmente, podemos referirnos brevemente a las ventajas e inconvenientes que, frente a las fórmulas de participación directa, la participación indirecta suele ofrecer a empresarios y trabajadores. Para el empleador, la participación indirecta cumple diferentes funciones: incremento de las relaciones sociales, integración, paz social -con los beneficios económicos a ella asociados-, y negociación de cambios tecnológicos u organizacionales; pero obviamente, hay también algunas posibles disfunciones a considerar: coste (tiempo y energía), tensión social, burocratización, desconfianza de inversores externos, y desafío a la autoridad directiva y a los privilegios empresariales. Desde el punto de vista del trabajador, la participación cumple igualmente funciones indirectas: reconocimiento y promoción colectivas, así como protección de intereses tanto materiales (económicos) como no materiales (estatutarios, sociológicos). Hay sólo una posible disfunción que puede ocasionar: su exclusión del “juego a dos bandas” (entre el empresario y el órgano representativo o sindical correspondiente), y del que se podría derivar un creciente sentimiento de doble alineación. Cfr. M. BOLLE DE BAL: *Participation: It’s Contradictions, Paradoxes and Promises*, p. 15.

organismo permanente vendrá propiciado por los propios empresarios como alternativa a la acción sindical en la empresa⁴⁸.

Y es que, desde la óptica sindical, el proceso de interesamiento por la empresa no corrió paralelo a la constitución de los órganos representativos, vinculados a los esquemas tradicionales de la representación. Suficientemente conocidas son las razones que han venido explicando el retraso de la intervención del sindicato en la empresa: la negación de la empresa como expresión de la estructura antagónica de las relaciones de producción⁴⁹; el recelo ante el efecto integrador y de aceptación que supone el reconocimiento de la realidad empresarial; la valoración política del movimiento obrero canalizado a través de los partidos políticos; la consideración del trabajador más bien como “consumidor” que necesita una producción externa a la empresa; el rechazo a la adopción de los esquemas generados por el propio sistema socioeconómico; y el inicial escaso nivel de tecnificación industrial conduciendo a una vertebración sindical por oficios justificaban las razones de dicho retraso.

Por tanto, sindicato y empresa aparecieron como dos realidades sustancialmente separadas, y ello debido a una serie de factores entre los que destaca la tradicional opción organizativa de los sindicatos, colocados como estructura externa a la empresa, opción que tiene su explicación, además de por los motivos vinculados al momento de su aparición en la historia, por el hecho de estar conectada con una determinada concepción del sindicato en la línea de un sindicalismo de clase.

Durante mucho tiempo la empresa sería considerada por el sindicato como un territorio vedado para desarrollar una genuina acción de tutela, abierta siempre a peligros de corporativismo y colaboración leal con el empresario, siendo tal planteamiento consecuente con la concepción y composición del conflicto socio-industrial en sus términos iniciales: “tanto la organización sindical como las líneas maestras de su orientación son efectivamente

⁴⁸ La primera experiencia relevante de participación en la empresa se puede situar en Alemania, con la constitución de comités de trabajadores en 1891, que se elegían democráticamente entre éstos, y a los que el empresario debía oír en materia de organización de trabajo. A este primer intento siguió una Ley de 5 de Diciembre de 1916, que constituía comités de trabajadores en todas las empresas de más de 50 trabajadores. Luego, sería la Constitución de la República de Weimar (31-7-1919) la que dedicaría un extenso precepto (art. 165) al tema, que serviría de base para la adopción de la Ley sobre Consejo de Empresa de 1920 (*Betriebsrätgesetz*), la cual inicia una línea de colaboración en la empresa de signo comunitario que acentuaría la legislación posterior a la II Guerra Mundial sobre la cogestión y el consejo de empresa (el paréntesis del nacional-sindicalismo desmontó, desvirtuándolos, los avances conseguidos para introducir un cierto grado de democracia interna en la empresa). También en las primeras décadas del siglo se crearon en otros países organismos similares: así, Francia estableció por Ley en 1908 los Consejeros Consultores de Trabajo, a los que en 1917 se asignaron funciones de conciliación. En Italia, a partir de 1906 se constituyen unas comisiones internas de fábrica, cuyas funciones de control se potenciarían en los consejos obreros creados por los trabajadores de Turín entre 1915 y 1920. En Rusia, la idea del consejo obrero “soviet” fue a partir de 1917 adoptada y, con matices, exportada al mundo desarrollado aunque su precedente se encontraba ya en los Consejos de Delegados Obreros, constituidos en noviembre de 1905 con motivo de la huelga general de San Petersburgo.

⁴⁹ El análisis de la evolución del movimiento obrero demuestra que, en su primera fase, el campo de acción y reivindicación de los trabajadores no era la empresa. El lugar de trabajo aparecía sólo como el lugar de la explotación, pero no era considerado como el ámbito idóneo para combatirla, siendo por ello que las formaciones clásicas de autotutela obrera -los sindicatos-, se organizaron en estructuras externas, que sólo tangencialmente atendían los específicos problemas de fábricas. Cfr. J. CUEVAS LÓPEZ: *Estructura y función de la representación colectiva en la empresa*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1982.

fenómenos nacidos y desarrollados a la sombra y en función del planteamiento del conflicto socio-industrial”⁵⁰.

Otro de los factores de alejamiento entre el sindicato y la empresa fue debido a un modelo organizativo en el que era destacable el predominio de las líneas territoriales u horizontales sobre las verticales o por sectores de producción. Por último, el binomio sindicato-empresa encontraría como factor agravante de su incomunicación el centralismo que caracterizaría al movimiento sindical, con un predominio de las confederaciones, que se sustentaba en la desconfianza en la descentralización como factor de democracia, y cuyo origen no es otro que la debilidad inicial de estos movimientos sindicales.

Todos estos planteamientos hacían que, en muchas ocasiones, el debate sobre la dicotomía representación unitaria/representación sindical, al menos en lo que se refería a la posible coincidencia de ambos en la empresa, se resolviese con la exclusión de la última de las opciones, en una línea de tendencia homogénea que, generalmente, repartía espacios de actuación entre el sindicato, fuera de la empresa, y un órgano “ad-hoc” de representación de los trabajadores, sólo para el interior de la empresa o centro de trabajo⁵¹, lo que explicaría ciertas posturas sindicales del momento, bastante reticentes con la idea de la “participación”, en cuanto que era considerada como una noción sospechosa de favorecer la armonía y la colaboración de las partes en el proceso productivo dentro de la empresa: una corresponsabilidad en las decisiones adoptadas por la dirección y el establecimiento de un ambiente de cooperación a cambio de restricciones de mayor nivel en el ejercicio del poder empresarial, tal y como este era tradicionalmente ejercido⁵².

Pero, como hemos apuntado, la propia evolución del sistema industrial habría de alumbrar el reverso de estos argumentos: descentralización de las estructuras sindicales frente a la complejidad burocrática, descentralización también en el proceso negociador ante la desautorización en la fábrica de los compromisos sindicales asumidos a nivel federal o confederal, y sobre todo, la recuperación del valor de la empresa como ámbito de proyección del sindicato, al ser en ésta donde se desarrolla de forma inmediata el conflicto objeto de intervención, trasforman los planteamientos sindicales originarios⁵³.

⁵⁰ Cfr. J. VIDA SORIA: “La acción sindical en la empresa”, en AA.VV: <<Diálogos sobre la empresa>>, Universidad de Santiago de Compostela, 1972, p. 156.

⁵¹ A esta dinámica contribuía, sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial, el que los proyectos de participación de los trabajadores en la empresa aparecían como “contrapropuestas empresariales planteadas con una finalidad de integración del personal, desde una óptica de colaboración del personal y no de lucha de clases”. Cfr. A. MARTÍN VALVERDE: “Reforma y acción sindical en la empresa”, en AA.VV.: <<Acción sindical y sindicalismo en técnicos y cuadros>>, Ayuso, Madrid, 1976.

⁵² L. E. DE LA VILLA: *La participación de los trabajadores en la empresa*, pp. 23-24.

⁵³ Como señala Sala Franco, este modelo sindical extraempresarial entrará en crisis en la década de los 60 debido a una serie de circunstancias históricas concurrentes: 1º) La desaparición progresiva de la tesis centralizadora de las estructuras sindicales de los sindicatos de ideología marxista. 2º) El proceso de renovación tecnológico y organizativo, al modificar algunos elementos de la relación laboral, tales como salarios, ritmo de producción, clasificación profesional, etc..., exigió una negociación colectiva a nivel de empresa, lo que a su vez demandaba una organización sindical a este nivel como exigencia formal de una instancia sindical negociadora y como exigencia material de un exacto conocimiento de los problemas concretos de una empresa determinada. 3º) Las nuevas exigencias organizativas del sindicato, ya que, por un lado, la gran empresa desbordaba el sindicato territorial y exigía al sindicato de empresa y, por otro lado, la dispersión de los trabajadores en los grandes núcleos urbanos convertía el centro de trabajo en el lugar idóneo para reuniones y asambleas. 4º) Finalmente, la fuente dialéctica existente en los últimos años de la década de los 60 entre base de trabajadores y burocracia

Los cambios operados durante la década de los 60 tanto en el panorama económico como político dan lugar al origen del cambio de posición que la empresa va a experimentar en la estrategia sindical. A raíz de los conflictos sociales y laborales de los últimos años de esta década ocurridos en Francia e Italia se produce una remodelación de los instrumentos de representación de los trabajadores en la empresa, potenciándose la composición sindical de los mismos, al tiempo que, como consecuencia de la conveniencia de una acción sindical operante tanto fuera como dentro de la empresa, se iniciará en muchos casos un declive y crisis de confianza en los comités, que se hace evidente cuando el sindicato descubre que el ámbito de empresa es un espacio privilegiado para la acción sindical y también para la negociación colectiva⁵⁴, lo que llevará en unos casos al desplazamiento o superación de los órganos electivos o también -y ésta fue la experiencia más frecuente- a que los sindicatos penetraran en las representaciones de aquellos órganos de participación.

De este modo, el derecho a la acción sindical en la empresa acaba siendo reconocido, primero, a través de la negociación colectiva y, más tarde, a través de leyes de apoyo al sindicato, de las que la Ley francesa de 17-12-1968 y el Estatuto de los Trabajadores italiano de 20-5-1970 son un claro ejemplo.

En conclusión, nos encontrábamos ante una fase de expansión económica y de renovación técnica y organizativa de las empresas y ello también obligaba a que el sindicato cambiara su tradicional postura antagónica; es más, “un sindicalismo que no quisiera verse abocado a un proceso de crisis interna no podía mantener, no ya una estructura organizativa que ignore a la empresa, sino una organización del poder en su seno centralista y burocrática”⁵⁵.

Una vez consolidada la necesaria actuación del sindicato en la empresa, a mediados de los años 70 se inicia en la doctrina un interesante debate sobre los caracteres que ha de asumir la actividad del sindicato en la empresa y que tiene su origen en la constatación de la ineficacia de un modelo de acción sindical eminentemente reivindicativo-conflictivo o, al menos, de su aplicación pura en un contexto socioeconómico ya completamente distinto de aquél en que se había desarrollado. Al mismo tiempo, por esa época, se retoma un intenso debate sobre la “democracia industrial”, en el que se reflexiona sobre las distintas tipologías de la participación y se recuestionan los planteamientos clásicos del tema⁵⁶. A partir de entonces,

sindical. La penetración del sindicato en la empresa obedecería fundamentalmente a la necesidad de luchar contra el montaje de sistemas de representación obrera espontánea y extrasindicales (Ejemplos típicos de espontaneismo obrero fueron el mayo francés del 68 y el otoño caliente sindical italiano de 1969). Cfr. T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS: *Derecho Sindical*, p. 180.

⁵⁴ M. RODRÍGUEZ PIÑERO: “La representación de los trabajadores en la empresa”, en AA.VV.: <<*Las relaciones laborales en la España de los 80*>>, ACARL, Madrid, 1981, p. 55.

⁵⁵ C. SÁEZ LARA: *Representación y Acción Sindical en la empresa*, Colección Tesis Doctorales, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992, p. 30.

⁵⁶ La coincidencia en el tiempo de una nueva Ley sobre cogestión alemana, de la Ley sueca sobre participación de los trabajadores en las decisiones del trabajo, el Informe Sudreau en Francia y el Informe Bullock en Gran Bretaña, la incorporación a la negociación colectiva italiana de cláusulas de control de las inversiones empresariales, y la aparición de una propuesta de la Comunidad Económica Europea sobre participación son un ejemplo del reverdecimiento del tema de la democracia industrial en la segunda parte de la década de los años 70. Al respecto, vid. F. VALDÉS-DAL RÉ: “Democracia industrial en Europa: balance

dos líneas de tendencia marcarían la nueva vía de actuación del sindicato en la empresa y orientarían tal proceso:

a) La necesidad de que la actuación del sindicato en la empresa no se detenga en el umbral de las consecuencias sociales del ejercicio del poder empresarial sino que, ampliándose al terreno de las relaciones laborales en la empresa, acceda hasta el mismo poder empresarial.

b) El abandono del conflicto como único principio guía del sistema de relaciones industriales en la empresa, lo que determinaría la propuesta de desarrollar una acción en su seno por parte del sindicato, que pasa a asumir una actitud más participativa o consensual⁵⁷.

Centrándonos, por último, en el actual sistema de relaciones laborales, y al hilo de lo anteriormente expuesto, hemos de poner de manifiesto cómo se están produciendo una serie de tendencias y cambios que dan lugar a una nueva configuración de las mismas; quizás la más acusada de estas tendencias es la recuperación del protagonismo de las instancias participativas y de cooperación frente a la idea de conflicto. Se constata, en cierto modo, una nueva “filosofía” de la participación que estaría relacionada con la relación entre cooperación y conflictividad en las relaciones profesionales, en el sentido ya indicado: en los países industrializados de economía de mercado se ha producido una evolución hacia relaciones profesionales menos conflictivas y más cooperativas desde los años ochenta “sin que se haya llegado a establecer relaciones en las que esté ausente el aspecto conflictivo inmanente a la estructuración de las relaciones laborales en las formaciones sociales de tipo capitalista”⁵⁸.

Las nuevas prácticas de cooperación no implican que la organización productiva se convierta en un lugar neutral para la actividad política del sindicato. Este proceso no supone una nueva negación teórica del “conflicto”, antes al contrario, éste seguirá estando, con intensidad variable, en la base de las relaciones laborales y seguirá siendo el motor que inspire el progreso y desarrollo social⁵⁹. Pero, en su desarrollo futuro, las relaciones laborales deberían ser más libres y participativas, promocionándose áreas de decisión conjunta por parte de los sujetos de la relación de trabajo, asumiendo éstos un mayor protagonismo, protagonismo que vendría exigido por el hecho de ser precisamente quienes pueden conocer mejor las circunstancias económicas y productivas en cada caso en concreto⁶⁰.

de un debate”, en AA.VV.: << *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*>>, Tecnos, Madrid, 1980, pp. 487-489.

⁵⁷ Como señalan Durán López y Sáez Lara, “la cooperación, la colaboración, ganarán terreno a costa del conflicto, del antagonismo, de la confrontación. El sistema tenderá a ser más cooperativo, por tanto, por la nueva dosificación del papel a jugar por el conflicto y del papel a jugar por la cooperación”. Un comentario de esta tendencia de las nuevas relaciones laborales puede encontrarse en F. DURÁN LÓPEZ y C. SÁEZ LARA: *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Civitas, 1997, pp. 13 y ss.

⁵⁸ J. L. MONEREO PÉREZ: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, p. 128.

⁵⁹ Conflicto y participación son dos aspectos de una realidad diferente. De lo que se trata es de una adaptación más del marco institucional a la existencia permanente “de una dialéctica intrínseca a los procesos de control sobre las relaciones de trabajo: conflicto y pacto son dos aspectos contradictorios pero ineludibles de las relaciones industriales”. Cfr. R. HYMAN: *Relaciones industriales*, Madrid 1981, pp. 205 ss.

⁶⁰ Para un análisis de las nuevas tendencias en el ámbito de la participación de los trabajadores en la empresa y la evolución del tema en las dos últimas décadas, por orden de aparición, entre otros, vid. AA.VV.: *Análisis de la participación. Un balance de los estudios de la Fundación en materia de participación de los*

El nuevo paradigma industrial, caracterizado por el cambio tecnológico continuo y constante, se muestra poco compatible con las actitudes y los comportamientos conflictivos que caracterizaban muchos de los modelos antiguos. Cambian las relaciones entre empleador y empleado: se piensa menos en el asalariado como un adversario y se le percibe cada vez más como un colaborador capaz de resolver un problema específico en un momento u otro. Ante el dilema propio -aumentar la participación de los trabajadores, aceptando una limitación de su poder autoritario en la empresa, pero con la contrapartida de una mayor eficacia, o reducir la participación para aumentar su autoridad en la organización pero aceptando una disminución de la eficacia-, los dirigentes de la empresa actual no tienen excesivo margen de iniciativa. El diálogo, la negociación y la participación son clave hoy día para la asimilación de los cambios tecnológicos y para una mayor competitividad empresarial, dos problemas capitales que no pueden ser en ningún caso obviados en una sociedad globalizada.

Las propias organizaciones sindicales manifiestan una menor tendencia al conflicto porque han encontrado otros medios para la defensa de los intereses de los trabajadores, asumiendo gran parte de las exigencias derivadas de las nuevas realidades económicas y productivas. El nuevo modelo de relaciones industriales ofrece a los sindicatos -cuyo campo tradicional de acción se ha visto invadido, en un primer momento, por los “grupos de trabajo”, con lo que se recortaban aparentemente sus posibilidades de reivindicación e iniciativa- un espacio de actuación inédito, al margen de antiguos enfrentamientos y antagonismos, así como la posibilidad de ocupar un nuevo lugar en la empresa. Asimismo, en contradicción con posturas anteriores que propugnaban la desaparición del sindicalismo, se esboza entre el empresariado una cierta tendencia a considerar a los sindicatos como una baza positiva para la empresa, la economía, el país y, en ciertas condiciones, como interlocutores indispensables en toda negociación, especialmente si se quiere conseguir un alto grado de consenso interno dentro de la empresa y movilizar todas las fuerzas existentes en la consecución de los objetivos empresariales.

trabajadores en las decisiones de la empresa, The European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 1987; D. FRÖHLICH, S. FUCHS y J. KRIEGER: *New information technology and participation in Europe: the potential for social dialogue*, The European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 1989; P. CRESSEY y R. WILLIAMS: *Partecipazione al Cambiamento. Nuove tecnologie e il ruolo del coinvilgimento dei lavoratori*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 1992; AA.VV.: *Implication du lieu de travail dans l'innovation technologique dans la Communauté européenne*, The European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Vol. I y II, 1993; M. POOLE: *Hacia una nueva democracia industrial (la participación de los trabajadores en la industria)*, Madrid, MTAS, 1995; B. K. KELLER: “Rapporteur’s Report: Emerging Models of Worker Participations and Representation”, *British J. Ind. Rel.*, nº 33, 1995; M. AMBROSINI: *L’impresa della partecipazione. La ricerca della collaborazione dei lavoratori tra politiche aziendali e istituzioni sociali*, Franco Angelli, Milano, 1996; F. DURÁN LÓPEZ y C. SÁEZ LÓPEZ: *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Civitas, 1996; D. FROLICH: *Direct Participation and Organisational Change Fashionable but Misunderstood? An analysis of recent research in Europe, Japan, and the USA*, The European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 1996; G. BAGLIONI: “Tendenza e interrogativi in tema di partecipazione”, *I.S.*, 1996; E. PICHOT: “Les diferentes formes de représentation des salariés”, *Liaisons Sociales Europe*, (36) 5-8, 2001; J. P. LANDA ZAPIRAÍN (coord.): *Nuevas formas de participación de los trabajadores en el gobierno de la empresa*, Bomarzo, 2004; J. MERCADER UGUINA: “Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo”, *RMTAS*, núm. 2005; AA.VV.: *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Salamanca, 2006.

Y es que las propias instancias empresariales, debido a estas exigencias, se ven también interesadas en fomentar el marco de colaboración y participación de los trabajadores. Es obvio que, en las actuales condiciones económicas, la productividad y la competitividad requieren una mano de obra cada vez mejor formada que sea capaz de estar preparada para la innovación y mejora de la calidad de los productos y que colabore en la marcha y gestión de la empresa. Esto hace que se observe, en ocasiones, un desplazamiento en la iniciativa de la participación: si en la década de los años 60 y 70 los experimentos y, en no pocas ocasiones, los avances de la empresa surgían la mayor parte de las veces en los propios talleres y oficinas, respaldados por los esfuerzos de unos trabajadores que sentían en algún momento la necesidad de simplificar su trabajo o de aportar una respuesta a un problema de producción empresarial, a partir de la década de los años 80, y durante la década de los 90, muchas de las iniciativas en materia participativa han partido del propio empleador. Se aprecia, de este modo, un declive de la participación tradicional, centrada en las costumbres del trabajo productivo y derivada de la competencia técnica y de la experiencia concreta de los trabajadores, en beneficio de una participación concebida como verdadero estilo de gestión por unos directivos de empresa deseosos de mejorar la eficacia y las relaciones laborales, para así poder alcanzar sus objetivos.

Por tanto, las nuevas fórmulas de organización del trabajo, condicionadas por la continua búsqueda de una mayor eficiencia y productividad, han conllevado el fomento de los propios mecanismos participativos. Se considera que la participación en la empresa contribuye a mejorar claramente la “eficiencia industrial”: la implicación de los trabajadores favorece el que se pueda captar y utilizar de una forma más eficaz sus habilidades y capacidades, así como su adaptación a las nuevas tecnologías, al tiempo que contribuye a mejorar las relaciones obrero-patronales y el clima laboral.

En la actualidad, una organización del trabajo más eficaz exige la extensión de la participación a todos los trabajadores de la empresa, cualesquiera que sean sus funciones y nivel de responsabilidad. Esta exigencia se explica por dos razones: una de ellas es que la capacidad de innovar -decisiva para las empresas de hoy día que deben reaccionar constantemente a un entorno imprevisible y cambiante por la aparición de nuevos competidores, la rapidez del cambio tecnológico, y la inconstancia de las preferencias y gustos de los consumidores- obliga a los dirigentes de la empresa a utilizar todos los recursos de iniciativa y capacidad creadora disponibles; la otra explicación de la necesidad de implicar a todos los trabajadores es que en la industria moderna las nuevas virtudes de la empresa pasan a ser la flexibilidad, la agilidad de reacción, la fluidez, así como la calidad, integración y apertura, lo que impone igualmente una organización más colectiva y más sólidamente basada en la participación.

Este fenómeno exige también, hoy día, una adaptación consecuente de la estrategia sindical, con el fin de promover una mayor apertura a las experiencias de participación y colaboración. Aceptar una auténtica cultura participativa supone e implica la quiebra definitiva del esquema tradicional de confrontación en las relaciones sindicales y demanda una reorientación de la estrategia sindical; implica exigir a la estrategia sindical que también se inmiscuya de manera decidida en prácticas de diálogo y concertación y, en consecuencia, en una potenciación de los mecanismos participativos, frente a los cuales, sin negar su importancia, y sin dejar de seguir existiendo, la reivindicación y el conflicto deberán ceder parte del terreno y de la importancia que en el pasado tales ideas habían tenido para las centrales sindicales a la hora de conseguir sus objetivos. En consecuencia, ello supone aventurarse en la producción de cambios profundos en el sistema de relaciones laborales que

se asienten sobre la base del diálogo, la concertación social y la negociación colectiva, exigiendo este proceso formas de representación más flexibles y menos uniformes que las que tradicionalmente hemos conocido. Y es que, como ya hace años ponía de manifiesto D’ANTONA, hoy en día la empresa “tiene necesidad de la cooperación activa de sus trabajadores y su adhesión a objetivos flexibles (...), elementos que favorecen fórmulas participativas (...) de administración de las relaciones de trabajo y hacen menos deseables la producción de normativas uniformizadoras”⁶¹.

Concluyendo, en los inicios del siglo XXI la organización empresarial moderna demanda menos reglas, así como regulaciones y estructuras jerárquicas menos rígidas (como ocurre en las empresas dedicadas de lleno a las nuevas tecnologías, las cuales se orientan hacia estructuras organizativas más planas e informales). También demanda, quizás, la superación del tradicional modelo “conflictual” de relaciones industriales y su sustitución por otro modelo más “cooperativo”, basado en la integración de variados modelos de participación diversa, que fomente entre los trabajadores de la empresa una motivación propicia a su mayor y mejor implicación y, como consecuencia de ésta, su intervención en el proceso de toma de decisiones sobre diferentes aspectos de la vida de la empresa⁶².

Este discurso (que pretende cambiar gradualmente un sistema de relaciones industriales eminentemente “conflictual” por otro más “cooperativo”) ha sido incluso asumido recientemente por algunos de nuestros sindicatos españoles (como CC.OO.) que, sin renunciar a la defensa de estándares sociales básicos y sin llegar aún a replantearse en serio la tradicional oposición a su “implicación” en los órganos societarios, si que, al menos, están reconsiderando la validez de fórmulas participativas de carácter más cooperativo, especialmente con ocasión de la introducción en la gestión y en el proceso de toma de decisiones en la empresa del discurso relativo a la responsabilidad social de la empresa⁶³, y los consiguientes beneficios que, derivados de ella, se producen “sobre la ética de las organizaciones y en la implicación de los trabajadores en la vida y desarrollo de la vida societaria”⁶⁴.

⁶¹ Cfr. M. D’ANTONA: “Partecipazione, codeterminazione, contrattazione”, *RGLPS*, nº 2, 1992, pp. 137 y 138.

⁶² Por lo menos, como señala Landa Zapiraín, en aquellos temas en los que los trabajadores son más capaces de controlar (participación en la organización de la producción y en la gestión de la acción social, en particular, la mutualista, cultural, preventiva y formativa). Cfr. J. P. LANDA ZAPIRAÍN: *Las nuevas formas de participación en la empresa*, p. 285.

⁶³ Entre las iniciativas de la Comisión Europea sobre la promoción de la llamada “Responsabilidad Social en la Empresa” se encuentra el Libro Verde <<*Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*>>, COM (2001), 366 final. Este Libro Verde refiere la citada responsabilidad a las materias de “formación, condiciones laborales o relaciones entre los trabajadores y la dirección” (p. 7), “salud, seguridad y gestión del cambio” (p. 8), y señala la conveniencia de buscar la “participación y la implicación de todos los afectados mediante una información y consulta abiertas” (p. 10). Asimismo, también debe citarse la posterior Comunicación titulada <<*Corporate Social Responsibility: a business contribution to sustainable development*>>, de 2/7/2002, COM (2002), 347 final, en la que la propia Comisión promueve una idea de “Responsabilidad Social Corporativa” que implique un compromiso continuo por parte de la empresa para actuar clara y responsablemente, de manera que la misma contribuya al desarrollo económico a la vez que a un medio ambiente más limpio y a la mejor de la calidad de vida, tanto de su fuerza de trabajo como de la sociedad en sentido amplio.

⁶⁴ Cfr. J. P. LANDA ZAPIRAÍN: *Las nuevas formas de participación en la empresa*, op. cit. p. 287.

Precisamente, el debate suscitado en torno a las bondades de la denominada “**Responsabilidad Social Corporativa**” (en inglés, *Corporate Social Responsibility, CSR*)⁶⁵, puede precisamente estar produciendo el colateral efecto positivo de avanzar en el diseño de una estrategia europea de defensa de la participación como elemento social europeo y, finalmente, consolidar la participación cooperativa como modelo de referencia de las empresas europeas.

En definitiva, de una forma u otra, de lo que no parece que haya dudas es de que la temática de la participación ha vuelto a recobrar su sentido, un sentido actual, quizás diferente, y que viene exigido por su utilización como instrumento adecuado para conseguir dos objetivos básicos como son los de la productividad y la mejora de las relaciones laborales; unas relaciones caracterizadas por una mayor implicación de los trabajadores en las decisiones empresariales son necesarias hoy día para un mejor aprovechamiento del factor “trabajo” y, como antes hemos indicado, son esenciales en la realidad actual si la empresa pretende mejorar en productividad, calidad, innovación e, incluso, en la propia responsabilidad social con el entorno en el que se desenvuelve la organización.

Si en décadas anteriores la temática de la participación de los trabajadores en la empresa parecía haber entrado en una cierta languidez y decadencia, el nuevo paradigma que están configurando las actuales relaciones industriales está sirviendo para que ésta recupere la relevancia y centralidad que se merece, y justifica volver de nuevo a su análisis y estudio en el contexto actual, ya que como bien señalaba hace más de veinte años RIVERO LAMAS - afirmación que nunca debería de perder su sentido y que sigue teniendo hoy una iluminadora significación-, “no se puede renunciar a la utopía de una empresa más transparente y eficaz en la que el poder se exprese a través de la participación de dirigentes y dirigidos; aunque sólo sea posible conseguir en cada etapa una parte del proyecto y la realidad pueda quebrar la ilusión”⁶⁶.

⁶⁵ Brevemente, sobre este tema de la *Corporate Social Responsibility* y siguiendo a Landa Zapiraín, podemos indicar que la CSR supone la adopción voluntaria por cada empresa individual -normalmente, a través de la técnica del “code of conduct”- y de manera explícita, de unos estándares de condiciones laborales que serán respetados allá donde tengan sus establecimientos, a veces incluso extendiendo la exigibilidad de estándares (y “patterns” de comportamiento) a las empresas contratistas y proveedoras, y también a su política de inversión financiera. Aún más, y en la medida en que la verdadera CSR engloba también la idea de “corporate citizenship”, ésta comprende igualmente el compromiso de la empresa con el entorno local en el que desenvuelve (local involvement). Cfr. J. P. LANDA ZAPIRAÍN: *Las nuevas formas de participación en la empresa*, op, cit, p. 305.

⁶⁶ J. RIVERO LAMAS: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, op. cit. p. 141.

1. 2. TIPOLOGÍA DE LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN FUNCIÓN DE SU INTENSIDAD.

La participación puede ser examinada desde una perspectiva funcional. Esta perspectiva nos remite a la intensidad que, en el proceso de toma de decisiones en la empresa, revisten las distintas tipologías que la misma puede asumir, debiendo distinguirse al respecto entre información, consulta, codecisión, codeterminación y cogestión⁶⁷.

Estas formas de participación pueden ser utilizadas en algunos casos como solución alternativa, pero en otros casos, más frecuentes históricamente, pueden ser instituidas y utilizadas de forma simultánea, por lo que suele observarse que aquellos tipos que revisten una menor intensidad vienen también previstos y comprendidos en aquellos otros que conllevan otra mayor.

Además, a dichas formas les puede ser atribuido, de hecho, un orden sucesivo que atiende al grado de creciente intensidad que cada una de las mismas supone en la participación de los trabajadores en la adopción de las decisiones empresariales. Así, se suele designar como “*democracia industrial fuerte*” (o incluso “participación” strictu sensu) las formas o tipos que implican un grado mayor de participación en tales decisiones, y que comprenden la codeterminación y la cogestión, y, consecuentemente, se puede considerar como “*democracia industrial no fuerte*” al resto de las formas antes indicadas.

Por otro lado, ha sido tradicional diferenciar entre “*formas de la democracia industrial*” y “*negociación colectiva*”, desde una óptica que asimilaba las primeras al ámbito de la colaboración y la segunda al del conflicto, por lo que desde esta perspectiva parecerían estar caracterizadas por diferencias intrínsecas derivadas de una filosofía distinta: las primeras desde la filosofía de la “integración”, la segunda desde la filosofía de la “polarización”. Sin embargo, junto a este dato, debe comentarse que estas figuras no siempre tienen límites precisos y bien diferenciados; incluso la negociación colectiva ha sido colocada *tout court* entre las propias formas de participación, siendo un mecanismo de adopción de decisiones conjuntas (codecisión). Además, no debe obviarse como en el actual estado de relaciones industriales se tiende a establecer no una contraposición sino una complementación y combinación entre las ópticas de la “lucha” y de la “colaboración”, distinguiéndose entre áreas abiertas a la cooperación y áreas de mayor conflictividad, por lo que, en este sentido, ambas filosofías pueden considerarse como componentes de una “democracia industrial pluralista”⁶⁸.

⁶⁷ No nos referiremos en este capítulo a las denominadas experiencias de “autogestión” o de “socialización” del sistema económico y de las empresas, las cuales no entran en el campo de atención de este trabajo ya que se refieren a experiencias geográficamente distantes de las que aquí interesan, como son los históricos experimentos de autogestión yugoslava o de socialización de los medios de producción al modo del Estado soviético, ni a las diversas variables de las mismas exportadas.

⁶⁸ Cfr. J. L. MONEREO: “*Los derechos de información...*”, op. cit, p. 124.

La negociación colectiva aparece, de hecho, compatible con todas las formas de democracia industrial, si bien las relaciones con cada una de ellas son bastante heterogéneas por la diversidad de situaciones que pueden manifestarse, y son de diferente intensidad.

Así, la negociación colectiva se combina plenamente con los derechos de información y consulta⁶⁹, ya que entre las funciones atribuidas a éstas se encuentra la de poder contribuir al desarrollo y a la afirmación de la práctica negocial. También puede considerarse bastante próxima a la codecisión⁷⁰, ya que ésta supone un grado relativamente modesto de participación en la esfera de decisiones, no suponiendo una implicación directa en los órganos de dirección de la empresa, como sí que lo supone la codeterminación⁷¹. La una y la otra, negociación y codecisión, pueden desarrollar funciones con numerosos aspectos similares e incluso coincidentes, especialmente cuando la negociación se desarrolla expresamente en la empresa o ámbito de trabajo, por lo que, desde este punto de vista, la propia negociación puede considerarse como un mecanismo de “*codecisión externa negocial*”, una codecisión contemplada tradicionalmente desde la óptica del predominio de intereses divergentes. Finalmente, respecto a la codeterminación, también la codeterminación ha convivido en el pasado, y sigue conviviendo en el presente, con la negociación colectiva, sobre todo si ésta viene estipulada a un nivel superior al de la empresa, si bien parece cierto que no es perfectamente compatible con todo tipo de manifestación de negociación; los dos instrumentos suelen aparecer comúnmente diferenciados tanto por sus actores, como por sus mecanismos de actuación, funciones y objetivos.

Por otro lado, debe recordarse que la propia existencia en la empresa de órganos de representación sindical y/o unitaria aparece, como veremos, como una parte de la estructura democrática industrial, ya que constituyen los canales o vías adecuadas para que otros tipos o instrumentos de participación de los trabajadores en la toma de decisiones de la empresa puedan desarrollarse, presididos en principio por la idea de contraposición de intereses entre trabajadores y empresarios, sin perjuicio de otras formas de participación colectiva en las decisiones de las empresas en las que, de modo predominante, late la idea de colaboración entre empresarios y trabajadores. En idéntico sentido, y desde una filosofía más integradora y menos conflictual, debe ser considerada la representación de los trabajadores, para aquellos Estados comunitarios que la tienen prevista, en los órganos de administración social, ya sea en el Consejo de Administración, en los sistemas monistas, o en el Consejo de Vigilancia, en los que optan por una estructura dualista.

Analicemos, brevemente, los diversos tipos o formas de participación en la empresa desde el punto de vista de su creciente intensidad, comenzando por el más bajo de todos ellos.

⁶⁹ Vid. 1.2.1 y 1.2.2.

⁷⁰ Vid. 1.2.3.

⁷¹ Vid. 1.2.4.

1.2.1. La información.

En el nivel menos intenso⁷², la participación adoptará la forma de derecho de “**información**” en la medida en que el empresario esté obligado a suministrar a los trabajadores un conjunto de datos sobre la realidad de la empresa, lo que consecuentemente facilitará la actividad de los representantes de los trabajadores en defensa de los intereses de éstos⁷³. Por tanto, la participación en la gestión tomará la forma de información cuando la dirección de la empresa tenga atribuido el deber de suministrar o facilitar a los trabajadores, generalmente por medio de sus representantes, un conjunto de hechos, datos o noticias relativas a la empresa, pudiendo, por tanto, ser definida como “deber de comunicación que funciona en una sola dirección y que no supone para los trabajadores más que el derecho a la recepción de la misma”⁷⁴.

Pero este deber activo que el empresario asume se traduce, a efectos prácticos, en un deber de prestación que se corresponde con el derecho pasivo a ser informado del que son titulares los trabajadores y que va a tener por ello una consecuencia fundamental: contribuir a la limitación del poder empresarial (información es poder) en la medida en que el monopolio de la información deja de estar reservado exclusivamente al poder empresarial, por lo que la “información” se consagrará de esta manera como un instrumento efectivo de democracia industrial y de expresión de ciudadanía en la empresa.

Originariamente, esta información que el empresario se obligaba a proporcionar a los trabajadores revestía solo un carácter parcial, voluntario, y con una relativa virtualidad controladora, presentándose en la realidad de la empresa como un grado elemental y débil de democratización de la misma dirigida, en un primer momento, no tanto a limitar la autonomía e integridad del poder empresarial sino, en un cometido más modesto, a hacer efectiva la transparencia sobre la situación y desarrollo de la actividad empresarial y sobre las medidas a adoptar en su gestión.

Sin embargo, el proceso evolutivo ha sido evidente: la situación actual se ve afectada por cambios continuos, por constantes mutaciones tecnológicas, y por una concurrencia internacional exacerbada que ha planteado a los representantes de los trabajadores la necesidad de modificar su acción y estrategia, participando en la gestión económica y social de la empresa y mostrando un claro interés en disponer de más incisivas fuentes de información

⁷² “La información, por esencial que pueda ser, ocupa no obstante el último lugar entre los instrumentos que permiten a los trabajadores influir sobre las decisiones patronales. Recordemos como estos instrumentos podían ser clasificados en orden de importancia creciente, de la siguiente forma: 1) información; 2) dictámenes y consulta; 3) cogestión; 4) autogestión”. R. BLANPAIN: “La transmisión de información”, en OCDE: <<*La participación de los trabajadores*>>, Seminario patronal internacional, 1975, cit. p. 216. Asimismo, en “Informazione e consultazione nell’impresa: Ricognizione comparativa”, *Giornale di Diritto dei Lavoro e di relazioni industriali*, 1983, n°17.

⁷³ En sentido parecido, la Directiva n°. 2001/14, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea define el término “información” en su artículo 2.f) como: “*la transmisión de datos por el empresario a los representantes de los trabajadores para que puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo*”.

⁷⁴ F. RODRÍGUEZ SAÑUDO: “La participación de los trabajadores en la empresa”, *RPS*, 121, 1979, cit., p. 421.

sobre su gestión, no sólo para obtener una mayor eficacia en la acción reivindicativa y en la negociación, sino también para la cooperación desde la defensa de los intereses que le son propios. De esta manera, los derechos de información pueden operar como medio instrumental, tanto en el marco de la “participación institucional” (bien interna, bien externa a los órganos de dirección de la empresa), como en el ámbito de la llamada “participación conflictiva”, o sea, en el marco de la actividad sindical en la empresa.

En relación con este último aspecto, no cabe duda de que la información se ha configurado en la actualidad como un deber legal que aparece como medio imprescindible para favorecer, entre otras cosas, la negociación colectiva⁷⁵, contribuyendo al ejercicio responsable de la actividad sindical en la empresa y a un control continuado de su gestión, presentándose como “mecanismo capaz de asegurar la autonomía sindical en cuanto implica conocimiento, posesión de datos precisos que permiten el control sobre la empresa”⁷⁶. Esta consideración es la que exige entender al derecho de información en una doble vertiente: “no sólo como instrumento de participación que forma parte de los mecanismos tradicionales de la llamada democracia industrial, sino también como un soporte de la acción sindical en la empresa”⁷⁷. En este sentido, la transmisión de información es considerada como una medida necesaria para facilitar el proceso de negociación colectiva, obviamente en el interés general de que “la negociación se desarrolle sobre la base de una información completa y adecuada”⁷⁸. Pero también aparece como una obligación que legalmente debe asumir el empresario con el fin de promover una mayor colaboración entre las partes, como de hecho se prevé expresamente en países europeos como Alemania, Austria, Bélgica y Holanda.

En cuanto a su ámbito operativo, los derechos de información se pueden desplegar, en general, sobre los distintos sectores de actividad de la empresa (sector económico y financiero, sector tecnológico, sector profesional y sector social): en consecuencia, el deber de información del empresario aparece como condición previa a la adopción de aquellas decisiones que, entre otras materias, afectan al régimen de trabajo y volumen del mismo, los aspectos económicos y financieros, las nuevas contrataciones y las medidas para proteger la salud de los trabajadores y prevenir accidentes, apareciendo como fundamento necesario para llevar a cabo un adecuado control de la gestión empresarial, siendo por ello claro que el ámbito del derecho de información no se agota en si mismo, si no que se configura en un soporte auxiliar, pero válido e imprescindible, para ejercitar consecuentemente otros mecanismos de mayor influencia de los trabajadores en las decisiones empresariales.

⁷⁵ Hay, sin duda, que poner de manifiesto la importancia del instrumento “información” en todo el proceso relativo a la negociación colectiva. En tal sentido puede afirmarse que la obligación de procurar informes con vista a la negociación colectiva no es sino un aspecto del reconocimiento sindical; y es que como bien señala KAHN-FREUND, “difícilmente cabe hablar de negociación cuando a una de las partes se le ocultan datos exclusivamente conocidos por la otra parte que son relevantes para el acuerdo”. En tal sentido, vid. O. KAHN-FREUND: *Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, 1987, p. 162 y ss.

⁷⁶ A. DI GIOIA: “Analisi delle esperienze in Italia e negli atti Paesi. Intervención en el Seminario Sindacato e Società”, *Quad. di Rass. Sind.*, núm. 62-63, 1977, pp. 109-110.

⁷⁷ Vid. J. L. MONEREO PÉREZ: *Los Derechos de Información...*, op. cit, p. 87.

⁷⁸ “Gracias a la información las partes se encuentran en una mejor posición para poder negociar con conocimiento de causa y evitar controversias sobre datos objetivos”. Cfr. OIT: *Recomendación nº 163, sobre promoción de la negociación colectiva*, Ginebra, 1980, p. 29.

Por este motivo, y sobre la base de la comunicabilidad existente entre los diferentes instrumentos que permiten influir en las decisiones relativas a la gestión empresarial y, correlativamente, limitar el poder del empresario, la información asume la característica de “soporte” de otros instrumentos participativos, lo que va a permitir, atendiendo al carácter instrumental de los citados derechos de información y en relación a su contenido, distinguir entre una información para el control, una información para la consulta, y una información para la negociación⁷⁹. Y es que, como señalaba BLANPAIN hace ya cierto tiempo, “la obligación del empresario de comunicar informaciones tiene su origen en condiciones y fines a veces superpuestos, pero siempre diversificados y en contraste, como son la promoción de la negociación colectiva, la promoción de la colaboración entre empresario y trabajador (de acuerdo con una filosofía de integración), o de control por parte de los trabajadores (según una filosofía de polarización)”⁸⁰.

Estas últimas consideraciones obligan también a referirnos a la determinación de los destinatarios de la información: en relación con este tema, hay diferentes posibilidades que vienen comprendidas con el término genérico de “*representantes de los trabajadores*”. A través de sus representantes, los trabajadores tendrían derecho, normalmente, a estar informados sobre la situación y marcha de la empresa, siendo estos “representantes” de diversa naturaleza de acuerdo con las diferentes legislaciones y prácticas nacionales: sindicatos (especialmente para la negociación colectiva y en sistemas orientados eminentemente hacia una participación conflictual)⁸¹, delegados sindicales o comités de empresa (en los casos de sistemas de participación institucional-externa)⁸² y, por último, los representantes de los mismos en el Consejo de Vigilancia o de Administración de la empresa (en sistemas de participación institucional-interna)⁸³.

Y es que el proceso de ampliación de los derechos de información de los representantes de los trabajadores supone la superación de una fase inicial en la que aquellos sólo eran reconocidos, normalmente, a los representantes electivos, excluyendo a los órganos de carácter asociativo sindical, lo que explica que en la actualidad en los sistemas de doble canal los derechos de información de ambos se hayan prácticamente equiparado.

En el caso español, los titulares de los derechos de información son los representantes unitarios del personal y los delegados sindicales, a través de fuentes normativas diversas (lo que no impide que tales derechos puedan extenderse a otros sujetos colectivos y sindicales en

⁷⁹ En tal sentido, y sobre el carácter instrumental del derecho de información, nos remitimos a la sistematización efectuada por J. L. MONEREO PÉREZ: *Los Derechos de información de los trabajadores en la empresa*. Véase aquí, especialmente, pp. 116-126.

⁸⁰ Cfr. R. BLANPAIN: *Informazione e Consultazione nell'impresa. Ricognizione comparativa*. Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, n° 17, 1987, op. cit. p. 47.

⁸¹ Como suele ser el caso de países como Italia, Irlanda o Reino Unido.

⁸² La información es transmitida al Comité de empresa en países como Austria, Bélgica, Holanda, Bélgica, Finlandia, Francia, Alemania, Noruega y Holanda.

⁸³ En este contexto deben ser mencionados los trabajadores y/o sindicalistas que son miembros del Consejo de Vigilancia o del Consejo de Administración en países como Alemania, Austria, Francia, Dinamarca, Noruega, Suecia y Luxemburgo.

virtud de la negociación colectiva), existiendo una identidad entre las informaciones que el empresario debe remitir o dar a conocer a ambos canales de representación⁸⁴:

- Respecto a los representantes unitarios, el derecho a la información les es reconocido en la actualidad, de manera expresa, en el propio Estatuto de los Trabajadores, tras la nueva redacción dada al artículo 64 del mismo por la Ley 38/2007⁸⁵, que viene a reconocerles el derecho a ser informados por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma; definiéndose la “información”, a estos efectos, como “la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen”⁸⁶.

- En relación a la representación sindical, el artículo 10.3.1º de nuestra Ley Orgánica de Libertad Sindical (en adelante, L.O.L.S) equipara los derechos de información de ambos canales de representación (unitaria y sindical), al reconocer a los representantes sindicales el derecho a acceder a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa.

Como conclusión, y sin perjuicio del análisis más detallado que posteriormente se efectuará en relación a la situación existente en algunos de los diferentes Estados de la Unión Europea⁸⁷, podemos ya anticipar que los derechos de información (y consulta) tienen una difusión generalizada en los países miembros de la misma, si bien sus elementos estructurales han solido ser bastante diversos: las materias objeto de información han estado a veces limitadas a los aspectos relativos a las condiciones de trabajo, mientras que en otras ocasiones se han ido extendiendo a cuestiones relevantes de la gestión estratégica y financiera de la empresa. Los tiempos y modalidades de la información, no siempre transmitida con carácter preventivo respecto a las decisiones a adoptar en la empresa o con el mismo grado de articulación y detalle, así como los titulares del derecho (sindicatos a diverso nivel o los varios tipos de representación de los trabajadores en la empresa) configuran un panorama que, al menos a nivel europeo, debe calificarse cuando menos hasta ahora, de “heterogéneo”, si bien, con la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo de 2002⁸⁸, se ha intentado hacer frente a dicha

⁸⁴ Art.10.3.1º de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (L.O.L.S.).

⁸⁵ Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Estado de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores en caso de insolvencia con el empresario. BOE núm. 276, de 17 de noviembre de 2007.

⁸⁶ Información que, como se indica ahora en el propio E.T., “*deberá facilitarse por el empresario al Comité de empresa, sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera, y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores facilitar proceder a su examen adecuado y preparar en su caso, la consulta y el informe*”. Art. 64.6, párrf. primero, E.T. (redacción dada por la Ley 38/2007, que procede a la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2002/14/CE).

⁸⁷ *Vid. supra.*

⁸⁸ DOCE L 80/29, de 23 de marzo de 2002. La Directiva 2002/14/CE tiene por objeto establecer un marco general que fije los requisitos mínimos para el derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo situados en la Comunidad (art. 1), si bien las modalidades prácticas de información y consulta se determinarán y aplicarán de conformidad a la legislación nacional y a las prácticas de las relaciones laborales en cada Estado miembro de modo que se garantice su eficacia (art. 2). Como señala

heterogeneidad, tratando de establecerse dentro de la Unión Europea un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores, Directiva que no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español sino hasta hace muy poco tiempo, con la reciente Ley 38/2007, de 16 de noviembre⁸⁹.

1.2.2. La consulta.

Un segundo grado, en este creciente marco intensivo desde el que estamos abordando la tipología de las diferentes formas de participación de los trabajadores en el proceso de adopción de decisiones en la empresa, lo constituye el instrumento de la “**consulta**”.

La consulta se configura tanto como una facultad de ejercicio activo de los representantes de los trabajadores como un deber a cargo de la dirección de la empresa cuando se actualice el presupuesto de hecho previsto en la norma, que usualmente consistiría en una medida empresarial que conlleva un sacrificio de los trabajadores representados por parte de aquellos que intervienen en el procedimiento de consulta: ese deber empresarial se manifiesta en la exigencia de escuchar y tomar en consideración las opiniones de los representantes de los trabajadores en relación a la materia en concreto que constituye el objeto de dicha consulta, exigencia que se convierte en nota común aplicable a las diferentes formas o especies de diferente intensidad en las que el mecanismo consultivo puede manifestarse. Con la consulta, en muchas ocasiones, se pretendería amortiguar o atenuar, en cierto modo, esos sacrificios o consecuencias negativas que la adopción de la medida o decisión empresarial conllevaría para los trabajadores.

La opinión de los representantes de los trabajadores, manifestada por medio de las formas diversas que el trámite consultivo puede adoptar, debe ser escuchada y atendida de buena fe en el momento de adopción de la decisión correspondiente por parte de la dirección de la empresa, si bien, tal opinión no es generalmente vinculante para el empresario, que conserva su facultad decisoria. Por este motivo, se puede afirmar que el poder de decisión del empresario permanece intacto, no obstante el cumplimiento del trámite consultivo, por lo que puede decirse que “en el procedimiento de consulta, la dirección mantiene su poder de decisión unilateral, con el exclusivo límite de haber escuchado previamente la opinión de los

Ortiz Lallana, en la Directiva 2002/14 “se diseña un modelo de información y consulta que pretende alcanzar objetivos comunes a los Estados Miembros, reconociendo los distintos modelos nacionales de representación, que no tienen que ser sustituidos por otros, sino, en caso necesario, efectuar los retoques necesarios para adaptarse a las disposiciones mínimas aplicables a toda la Comunidad y que no impide a los Estados miembros prever disposiciones más favorables para los trabajadores”. La citada Directiva es de aplicación, a elección de los Estados Miembros, a las empresas que empleen en un Estado miembro al menos a 50 trabajadores o a los centros de trabajo que empleen en un Estado miembro al menos a 20 trabajadores, siendo los propios Estados los que determinarán el modo de calcular el número de trabajadores empleados (art. 3.1). Vid. C. ORTIZ LALLANA: “La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario”, en AA.VV.: <<Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales>>, XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Salamanca, 2006, pp. 89 y ss.

⁸⁹ BOE núm. 276, 17 de noviembre de 2007.

representantes de los trabajadores, en orden a tener en cuenta de forma no vinculante, los intereses de que son portadores”⁹⁰.

Ésta es la situación que suele acontecer en la mayoría de los sistemas legales europeos, sistemas en los que el procedimiento o trámite de consulta, en sí mismo, es normalmente vinculante pero la opinión que en el curso del mismo manifiestan los representantes de los trabajadores no vincula generalmente al empresario⁹¹.

Como dato de partida hay que indicar que la consulta requiere y presupone una información previa, en la medida en que la misma aparece como una exigencia necesaria para obtener un resultado satisfactorio y efectivo en aquella, pues sólo quien dispone de una información suficiente y veraz está en condiciones de expresar una opinión relevante, por lo que tal información previa se configura como una garantía de eficacia de cara al ejercicio de las correspondientes facultades de consulta, especialmente en un contexto, el de la empresa, en el que la información aparece como accesorio imprescindible del poder y no cabe duda que, ante todo, las relaciones industriales son relaciones de poder. En este contexto, y desde una perspectiva europea, hemos de destacar que los derechos de información y consulta han acabado por convertirse en un elemento consistente que caracteriza los sistemas de relaciones industriales de numerosos países europeos en la actualidad: la información y la consulta son instrumentos que, con mayor o menos extensión según cada caso concreto, se encuentran presentes prácticamente en todos los países de la Unión Europea, bien por previsión legal o bien por vía convencional.

Tal interacción información-consulta viene a subrayar el carácter instrumental que las facultades de información operan respecto a otros mecanismos participativos así como la correlativa “comunicabilidad” existente entre los mismos, como con anterioridad se ha puesto de manifiesto⁹²; ahora bien, el derecho de consulta no puede en ningún caso ser equiparado a las meras facultades informativas (aunque éstas aparezcan como presupuesto de aquél), pues el objeto del derecho de consulta es más extensivo y trascendente. Mientras que el derecho de información, en sentido estricto, tiene por objeto meros hechos, datos, noticias, proyectos, etc..., el objeto del derecho de consulta sobrepasa la emisión de meras informaciones, extendiéndose y proyectándose al ámbito de la opinión o valoración de hechos determinados, lo que implica una actitud más compleja y activa para los representantes de los trabajadores⁹³, pudiendo en la práctica expresarse externamente mediante formas de diversa índole: informe-dictamen, consultas conjuntas (o exámenes conjuntos), audiencia previa, etc... En cualquier caso, los dos derechos, información y consulta, se configuran como derechos externos y previos al propio proceso de toma de decisiones en la empresa y, como tales, no implican para los trabajadores ni para sus representantes ninguna responsabilidad directa sobre las mismas.

⁹⁰ Vid. J. L. MONEREO PÉREZ: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, p. 102.

⁹¹ Al respecto, la Directiva 2001/14 relativa a los derechos de información y consulta de los trabajadores, define el término “consulta” en su artículo 2.g) como: “*el intercambio de opiniones y la apertura de un período de diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario*”, definición que parece menos incisiva que la contenida en la Directiva 2001/86, en su artículo 2. j).

⁹² *Vid. infra.*

⁹³ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, op. cit. p. 99.

En relación con el ámbito de proyección del derecho de consulta hay que indicar que no existe una total determinación de las materias objeto de la misma⁹⁴, si bien el objeto de la consulta suele ser, usualmente, menos amplio que el de la información⁹⁵, aunque podemos indicar que, normalmente, la consulta tiene por objeto materias que entran en el marco de las “prerrogativas de dirección” y en las que se manifiesta un interés común o mutuo, a diferencia de lo que ocurrirá con la negociación colectiva, que suele atender a cuestiones de carácter más conflictivo⁹⁶, apareciendo ésta última como “un específico mecanismo de codecisión, o de adopción de decisiones conjuntas, desde intereses divergentes⁹⁷”, si bien en la práctica, dada la existencia de diversos instrumentos que se posicionan, como veremos, en una situación intermedia entre ambas, las diferencias no son a veces claras, lo que pone de relieve, como dice BLANPAIN, que la consulta (especialmente al contrario que la información) aparezca como mecanismo “menos claro y mucho más ambiguo”⁹⁸.

En cuanto a quiénes pueden ser los destinatarios del derecho de consulta, sobre este asunto no podemos decir que exista en realidad ninguna diferencia significativa de lo ya expuesto para la información. Si acaso, comentar que, en general, la consulta tiene lugar, de manera preferente, pero no exclusiva, allí donde se constituyen comités de empresa u otros órganos de parecida naturaleza que representan los intereses de los trabajadores en la empresa, si bien es obvio que también los sindicatos pueden desempeñar una función consultiva⁹⁹.

⁹⁴ Desde una consideración general, entre las materias que pueden ser objeto de consulta destacan, entre otras, las relativas a “despidos colectivos, cierre de establecimiento, modificaciones productivas estructurales, introducción de nuevas tecnologías, cambios en el sistema sociotécnico, formación y políticas de personal”. Cfr. BAGLIONI: *Democrazia impossibile?...*, op. cit. p.156. La Directiva 2002/14 establece como materias que abarcará la consulta las siguientes: “la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa, así como sobre las eventuales medidas preventivas previstas” (art. 4.2.b) y “sobre las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo...” (art. 4.2.c).

⁹⁵ Cfr. R. BLANPAIN: *Informazione e consultazione nell' impresa: Ricognizione Comparativa*, op. cit. p. 62.

⁹⁶ La Recomendación sobre la colaboración en el ámbito de la empresa (núm. 94) adoptada en 1952 por la Conferencia Internacional del Trabajo, reconoce tal distinción al promover el fomento de las medidas adecuadas para la colaboración y consulta en el ámbito empresarial entre trabajadores y empleadores “sobre cuestiones de interés común que no estén comprendidas dentro del campo de acción de los organismos de negociación colectiva” (OIT, *La participación de los trabajadores...*, op. cit, p. 15).

⁹⁷ J. L. MONEREO PÉREZ: *Los derechos de información de los trabajadores en la empresa*, op. cit. p. 102. En tal sentido, Marsch indica que “la distinción teórica entre la consulta y la negociación depende de la afirmación de que la consulta es una noción no competitiva y de naturaleza integrativa, mientras que la negociación es una noción competitiva y tiende a la búsqueda de un compromiso temporal e insatisfactorio”. Vid. *Concise Encyclopaedia of Industrial Relations*, Oxford, p. 170. Siguiendo a Hepple, Blanpain señala que “la consultazione si riferisce a materie che rientrano nell'area delle prerogative manageriali, mentre la negoziazione si riferisce a materie che rientrano nell' ambito della regolamentazione congiunta tra management e sindacati”. Vid. R. BLANPAIN: “Informazione e consultazione nell'impresa: Ricognizione comparativa”, *Giornale di Diritto dei Lavoro e di relazioni industriali*, 1983, n°17, p. 44; aunque, en última instancia, el criterio diferenciador que atiende a la naturaleza de los “intereses concernidos” sólo puede gozar de un carácter “relativo”, pues en la práctica el mecanismo consultivo también se proyecta sobre materias conflictivas, en las que concurren intereses contrapuestos, pero en las que, eso sí, existe un mutuo interés en su resolución, tratándose normalmente de materias que escapan al proceso negocial.

⁹⁸ R. BLANPAIN: *Informazione e consultazione nell' impresa: Ricognizione Comparativa*, op. cit. en p. 44.

⁹⁹ Cfr. R. BLANPAIN: *Informazione e consultazione nell' impresa...*, op. cit. p. 61.

En concreto, centrándonos en el caso español, el Estatuto de los Trabajadores (en adelante E.T.) prevé una participación externa a los órganos decisorios empresariales a través de los representantes unitarios del personal (Delegados de personal y Comités de Empresa). Respecto a estos representantes unitarios, el derecho de consulta les es reconocido en la actualidad, también de manera expresa, en el propio E.T., que tras la nueva redacción dada al artículo 64 del mismo por la Ley 38/2007 viene a reconocerles expresamente “el derecho a ser consultados por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma”; definiéndose la “consulta”, a estos efectos, como “el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo”¹⁰⁰.

La Ley Orgánica de Libertad Sindical (L.O.L.S.) también prevé una participación externa a los órganos decisorios empresariales a través de los delegados sindicales, participación que se concreta (entre otras facultades y atendiendo a lo que ahora nos interesa) en un derecho de consulta referente a la adopción empresarial de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general, y a los afiliados a su sindicato en particular, especialmente en los casos de despidos y sanciones de estos últimos (art. 10.3.3 L.O.L.S.)¹⁰¹.

El presupuesto normativo de aplicación de este último precepto consiste en la adopción de cualquier medida de carácter colectivo que incida en los intereses de los trabajadores de la empresa en general y, excepcionalmente, en la medida individual consistente en despidos y sanciones individuales de los trabajadores afiliados a la organización sindical correspondiente. Esta última competencia del delegado sindical, de intervención en las decisiones empresariales disciplinarias que recaen individualmente en un afiliado al sindicato, plantea algún que otro problema; el principal de ellos quizá referido al concreto ámbito subjetivo en que dicha facultad se reconoce, pues no parece quedar muy claro porqué ésta se reconoce sólo en relación a los “afiliados” a su sindicato en particular y no respecto a los demás trabajadores de la empresa, especialmente en un modelo de representaciones sindicales como el nuestro en el que, desde su primera configuración (en el A.M.I.), aquél aparece considerado como institución de representación de los trabajadores y no exclusivamente de los afiliados al sindicato en cuestión. La justificación podría encontrarse en la necesidad de llevar a cabo un reforzamiento de la protección de la afiliación sindical, mediante el control sindical previo a la medida sancionadora, sobre la base de que tales trabajadores de la empresa afiliados al sindicato se encuentran posiblemente expuestos a un mayor riesgo de actuaciones discriminatorias por parte del empresario.

¹⁰⁰ Además, y en relación a la consulta, más adelante el E.T. señala lo siguiente: “La consulta deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa, en un momento y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con el objeto, en su caso de llegar a un acuerdo (...). En todo caso, la consulta deberá permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o ejecutar las decisiones”. Art. 64.6, párrf. segundo, E.T. (redacción dada por la Ley 38/2007).

¹⁰¹ Cfr. T. SALA FRANCO: “La representación de los trabajadores en la empresa”, *Relaciones Laborales*, 1990-I., p. 159.

Sin embargo, dentro de este panorama general es necesario introducir cierta matización en este punto: la equiparación de los derechos entre delegados sindicales y comités de empresa no es total y absoluta en el ordenamiento laboral español; aunque el artículo 10.3.1º de nuestra L.O.L.S. sí que, como dijimos, equipara plenamente los derechos de “información pasiva” de ambos canales de representación, otra cosa ocurre en relación a la facultad que ahora nos ocupa, la de información activa o de consulta, y es aquí donde dicha equiparación no es, en principio, total, ya que respecto a tales derechos de información activa o de consulta la Ley Orgánica atribuye a los Delegados Sindicales el derecho a asistir a las reuniones de los comités de empresa con voz sí, pero sin voto (art. 10.3.2 L.O.L.S.).

Ahora bien, también es cierto que, como acabamos de señalar, la propia L.O.L.S. (art. 10.3.3) les reconoce el derecho a “ser oídos” por la empresa, y ello con carácter previo a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los intereses de los trabajadores en general, y a los afiliados a su sindicato en particular (especialmente en el caso de despidos y sanciones de estos últimos). Esta circunstancia, unida a la equiparación también efectuada en otros preceptos estatutarios, tras la reforma correspondiente de 1994, culminada con la aprobación en 1995 del Texto Refundido del E.T.¹⁰², implica que, en la actualidad, en diversas actuaciones importantes ahora previstas por el propio Estatuto de los Trabajadores¹⁰³, los delegados sindicales, allí donde existan y a diferencia de lo que antes ocurría, tendrán derecho a más que “una mera presencia pasiva en el comité de empresa decidor”¹⁰⁴.

Por otro lado, hay algo importante que debemos finalmente tener en consideración en relación a la consulta: y es que, en ocasiones, en el mecanismo de la consulta se trazan variaciones diversas, tanto en atención a los contenidos sometidos a consulta con los órganos de representación de los trabajadores en la empresa, como a la extensión del propio derecho¹⁰⁵. Aunque no se limita simplemente a ello, la consulta adopta usualmente un papel instrumental respecto a la negociación colectiva, constituyéndose en ocasiones en la antesala que inicia el proceso de negociación propiamente dicho¹⁰⁶, lo cual viene a subrayar el carácter flexible que manifiestan las fronteras entre uno y otro instrumento, siendo frecuente en la actualidad la combinación entre consulta y negociación, de manera que una consulta conjunta (“*joint consultation*”) aparece como un instrumento auxiliar de una regulación conjunta (“*joint regulation*”), llegando incluso a formar parte, como ha ocurrido frecuentemente en Japón, de la propia esencia del sistema de relaciones laborales “desempeñando en unos casos una función complementaria de la negociación formal y un papel supletorio de la misma cuando aquella no se alcanza”¹⁰⁷.

¹⁰² Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

¹⁰³ Por ejemplo, las previstas en el art. 41.4 (modificaciones sustanciales de carácter colectivo), en el art. 47.1 (suspensiones de contratos por causas económicas técnicas organizativas o de producción), y en el art. 51.4 (despidos colectivos).

¹⁰⁴ La situación contraria, existente antes de la reforma de 1994, era reconocida por Sala Franco. Cfr. T. SALA FRANCO: *La representación de los trabajadores en la empresa*, p. 156.

¹⁰⁵ F. RODRÍGUEZ SAÑUDO: *La participación de los trabajadores en la empresa*, cit., pp. 421-422.

¹⁰⁶ “En la praxis de las relaciones profesionales la consulta suele aparecer como una primera fase de la negociación, de carácter más flexible”. Cfr. O. KAHN-FREUND: *Trabajo y Derecho*, op. cit. p. 181.

¹⁰⁷ Vid. M. BIAGI: *Representación de los trabajadores y democracia en la empresa*, traducción española, Prólogo de M. RODRÍGUEZ PIÑERO, MTSS, Madrid 1992, pp. 190-191.

Últimamente, este mecanismo aparece utilizado de manera incisiva como instrumento auxiliar de la negociación colectiva y no debe ser descartado en el futuro si los empresarios siguen utilizando y fomentando estrategias de RR.HH. dirigidas a mantener un alto nivel de confianza y a obtener y conseguir el consentimiento y la involucración por parte de los trabajadores, y no un mero cumplimiento pasivo por parte de los mismos de las decisiones patronales¹⁰⁸.

En definitiva, como puede observarse, uno de los principales “handicaps” que el instrumento consultivo plantea es su difícil delimitación y consiguiente diferenciación respecto de otros instrumentos de participación de los trabajadores en las decisiones relativas a la gestión empresarial, pues a veces los contornos de las diferentes formas participativas son acusadamente imprecisos en la propia dinámica de las relaciones laborales, existiendo situaciones intermedias entre la consulta y otros instrumentos de participación. Se trata de ciertas figuras que se podrán considerar incluidas dentro de la tipología de la consulta, pero sólo si atendemos a un significado amplio y no estricto del término.

Así, entre la consulta y la negociación podríamos situar el instrumento de la “consulta-negociación”, mientras que entre las figuras de la consulta y el específico derecho de veto o aprobación tendríamos la figura de la “consulta-veto relativo”:

a) En relación a la primera, la “**consulta-negociación**”, hay que señalar que se trata de un mecanismo situado en una posición intermedia entre la consulta en sentido estricto y la negociación colectiva, y que debe ser encuadrado dentro del marco de un procedimiento negociador cada vez más participativo y menos conflictivo alejado, al menos relativamente, del método típico tradicional de la negociación colectiva.

Nos encontramos, pues, ante una fórmula que sobrepasa el concepto de consulta, entendida ésta como la mera opinión o informe emitido por las instancias representativas de los trabajadores como paso previo al inicio de un procedimiento negociador, y suele venir contemplada en instrumentos jurídicos internacionales. Así, podemos referirnos en concreto a la llamada “*consulta con vistas a llegar a un acuerdo*”, que aparece prevista en ciertas Directivas sociales comunitarias¹⁰⁹. Se trata ésta de una fórmula intermedia, ya que obliga a

¹⁰⁸ Son diversos los motivos que pueden aducirse a la hora de explicar el resurgimiento de la “*joint consultation*”; entre ellos, pueden destacarse el interés empresarial dirigido a incrementar la productividad y la competitividad, la promoción del compromiso empresarial con los trabajadores para favorecer el cambio, y las mutaciones en los valores sociales respecto a la legitimidad de la participación de los trabajadores. Vid. M. MARCHINGTON y R. ARMSTRONG: “The nature of the new joint consultation”, *Industrial Relations Journal*, vol. 17 núm. 2, 1983, p. 158. En cualquier caso, podemos señalar que la diferencia entre la “*joint consultation*” y la negociación colectiva (“*collective bargaining*”) suele radicar en que la primera tiene un carácter más colaborativo, no siendo tanto un proceso conflictual como suele ser la segunda. De este modo, la “*joint consultation*” tiende a excluir materias que son objeto de la negociación colectiva para centrarse en materias que no tienen una naturaleza controversial. También se ocupa de cuestiones antes de la toma de decisiones por la dirección de la empresa, o antes de la negociación, pero no implica normalmente intervención alguna en la toma de la decisión propiamente dicha. En este sentido, el proceso de *joint consultation* mantiene el poder del empresario...”. Cfr. D. FARHAM: *Employee relations in context*. 2nd Edition, CIPD, London, UK, 2000, op. cit. p. 13.

¹⁰⁹ Y es que, en realidad, de negociación y no de mera consulta se podría hablar con respecto a los mecanismos previstos en las directivas comunitarias sobre despidos colectivos y sobre transmisión de empresas, desde el momento en que tales actos comunitarios reconocen a los representantes de los trabajadores un propio y verdadero derecho a la negociación: Directivas n. 75/129 (Art. 2) y n. 77/187 (Art. 6.2), sustituidas por las posteriores Directivas n. 98/59 y n. 2001/23 respectivamente. Asimismo, la propia

las partes a iniciar una negociación y conlleva el deber del empresario de escuchar y atender la opinión de los representantes de los trabajadores en las materias objeto de consulta, abriéndose un período de discusión y consultas tendentes a alcanzar un acuerdo en determinadas decisiones, las cuales suelen ir referidas a la gestión de la empresa; ahora bien, todo ello sobre la base de que si bien existe aquí una obligación de negociar, de al menos iniciar una negociación e intentar llegar a un acuerdo, el procedimiento no exige ni obliga a que el mismo tenga que necesariamente alcanzarse. Las Directivas comunitarias no van más allá de exigir un “esfuerzo común de convergencia entre los intereses divergentes en juego”¹¹⁰, al no imponer la consecución del acuerdo, por lo que éste sólo debe intentarse con arreglo al principio de la buena fe. Pero también por esa razón nos encontramos ante una figura que sobrepasa el deber de consulta en sentido estricto, pues no se limita al simple deber del empresario de escuchar y atender la opinión de los trabajadores en las materia objeto de consulta; las directivas comunitarias exigen más, piden que los representantes de las partes al menos hagan el esfuerzo de alcanzar un acuerdo, aunque este finalmente no se consiga, lo que supone que estamos ya ante la presencia de un instrumento que empieza a salir del área de la consulta y empieza a entrar en el área de la negociación¹¹¹.

b) En la segunda, la “**consulta-veto relativo**”, el derecho de veto de los representantes de los trabajadores sólo es relativo por que tiene un carácter inicial y provisional. La dirección de la empresa podrá al final del proceso adoptar unilateralmente la medida objeto de consulta, una vez autorizada la misma por la autoridad administrativa competente; pero, previamente, el empresario está obligado a abrir un período de discusión y consultas con los representantes de los trabajadores como requisito necesario. Transcurrido este período de discusión y consulta, los representantes de los trabajadores pueden rechazar (vetar) la propuesta empresarial, en cuyo caso el empresario podrá adoptarla unilateralmente, pero sólo si consigue la preceptiva autorización de la Administración.

La consulta-veto se configura como un tipo de consulta cualificado, que permite que los trabajadores estén al menos limitadamente asociados a la adopción de la decisión empresarial correspondiente. Ejemplo de esta figura lo encontramos en nuestro derecho en artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a los despidos colectivos: en estos casos, los representantes legales de los trabajadores -que deben ser consultados obligatoriamente- pueden vetar las propuestas de medidas efectuadas por el empresario, ya que tienen la posibilidad de aprobarlas o de rechazarlas. En caso de rechazo de las medidas por parte de los representantes de los trabajadores, estas medidas no podrán ser finalmente adoptadas por el

Directiva 2001/14, sobre información y consulta, contempla este mecanismo de la consulta “con vistas a llegar a un acuerdo” en su artículo 4. e), respecto a las decisiones mencionadas en la letra c) del apartado 2 de la misma: “*decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo, incluidas las previstas por las disposiciones comunitarias mencionadas en el apartado 1 del artículo 9*”, siendo éstas precisamente las Directivas anteriormente citadas, o sea las Directivas 98/59/CE y 2001/23/CE.

¹¹⁰ Cfr. J. L. MONEREO: *Los derechos de información y consulta de...*, p. 107.

¹¹¹ Un ejemplo de este tipo de consulta lo encontramos en el ordenamiento jurídico español en el artículo 41.4 del E.T. (“*Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la adopción de un acuerdo*”), como trámite necesario en el caso de realización de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo que no vinieran fijadas en Convenio Colectivo estatutario, pues la modificación de condiciones establecidas en los Convenios Colectivos estatutarios sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores (respecto a las materias indicadas en los párrafos b), c), d) y f) del art. 41.1 E.T).

empresario de manera unilateral, sino hasta después de que se haya concedido la correspondiente autorización de la Administración Laboral¹¹².

1.2.3. La codecisión y la negociación.

Un grado aún mayor de compromiso e implicación en la participación suponen la “**codecisión**” y la “**negociación**”.

La primera de ellas, la **codecisión**, conlleva que en determinadas materias no decide ya unilateralmente el empresario sino que éste tiene que contar con el acuerdo de los trabajadores o de sus representantes, lo que significa que, en ciertos casos, “el empresario pierde la exclusividad de la decisión que, por definición, corresponde ahora tomarla a ambas partes, situadas jurídicamente en plano de igualdad”¹¹³. De este modo, la decisión no puede ser tomada unilateralmente si no se consigue el necesario acuerdo de las partes implicadas.

En el método de participación en las decisiones por medio de la **negociación**, la decisión es también realmente conjunta: ésta reside en la adopción de un acuerdo que es el fruto de una negociación. Desde este punto de vista, el derecho a la negociación colectiva aparecería como un específico mecanismo de codecisión o adopción de decisiones conjuntas desde una óptica, en este caso, de intereses divergentes; aparte de esto, el único matiz apreciable sería la posibilidad de adoptar decisiones unilateralmente si, tras la negociación de buena fe, el acuerdo no se alcanza. Existe en la negociación un fenómeno de codecisión entre contrapartes sociales, y la propia O.I.T. y el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas se refieren a los “*convenios colectivos de empresa*” como formas de participación, citando a aquella entre las distintas tipologías de la misma¹¹⁴.

En la negociación hay, pues, codecisión pero no hay cogestión, ya que las decisiones que se adoptan entre las partes negociadoras se refieren a cuestiones específicas y no al conjunto de problemas que dependen de la administración de la empresa, como sí que ocurre usualmente en la cogestión¹¹⁵.

¹¹² En el art. 51.4 del E.T., dentro del procedimiento previsto para la realización por parte de la empresa de despidos colectivos, se prevé el trámite previo de consulta con los representantes de los trabajadores, de manera que “durante el período de consultas las partes deberán negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo”. Esto nos situaría ante una figura encuadrable dentro de lo que antes hemos identificado como “*consulta con vistas a llegar a un acuerdo*”. Ahora bien, en la medida en que si el período de consultas termina sin acuerdo, la Autoridad Laboral dictará resolución estimando o desestimando en todo o en parte la solicitud empresarial, la citada consulta acabaría siendo una consulta encuadrable en la comentada figura de la “*consulta-veto (relativo)*” (ello, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley Concursal, Ley 22/2003). Es más, para algunos autores como Kanh-Freund, las consultas que usualmente se realizan en casos de reducciones de plantillas casi aparecen como “una forma especial de negociación colectiva”. Cfr. O. KANH-FREUND: *Trabajo y Derecho*, op. cit, p. 175.

¹¹³ F. RODRÍGUEZ SAÑUDO: *La participación de los trabajadores en la empresa*, cit., p. 422.

¹¹⁴ OIT: *La participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa*, Ginebra, 1981; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Participación de los trabajadores y estructuras de las empresas en la Comunidad Europea*, Madrid, 1976.

¹¹⁵ OIT: *La participación de los trabajadores en las decisiones...*, op. cit. p.15.

La negociación se configura, por tanto, como un “método de determinación conjunta de decisiones (co-decisión), que comporta una contratación entre los representantes de los trabajadores y el empleador, con el objetivo de definir normas y condiciones de trabajo recíprocamente aceptables”¹¹⁶, y, en este sentido, como regla general, el concepto de negociación exige la realización de un esfuerzo para conseguir alcanzar un acuerdo entre las partes negociadoras.

A pesar de la existencia de algunos tipos intermedios entre la consulta y la negociación que anteriormente se pusieron de manifiesto, y de que las diversas formas de participación en función de la intensidad no siempre poseen contornos claramente precisos y perfectamente distinguibles, no cabe duda de que la negociación evidencia diferencias sustanciales con la consulta, instrumento anteriormente estudiado. Como señalaba HEPPLÉ¹¹⁷, mientras que “la consulta se refiere a materias que entran dentro de las prerrogativas del management, la negociación se refiere a materias que entran dentro de la regulación conjunta entre management y representantes de los trabajadores”. Es por ello que, generalmente, la consulta se refiere a cuestiones de común interés por tanto, mientras que la negociación se refiere a problemas sobre los cuales empresario y trabajador tienen una relación conflictual¹¹⁸; por esto puede afirmarse que, desde un punto de vista teórico al menos, la distinción entre consulta y negociación parte de la afirmación de que “la consulta tiene una naturaleza no competitiva e integradora, mientras que la negociación es competitiva y tiende a la consecución de un compromiso temporal y no satisfactorio, con la consecuencia de que la consulta es un instrumento de resolución del conflicto y la negociación, por tanto, de contención”¹¹⁹.

Como podemos observar, la codecisión no se presenta a la realidad como un mecanismo simplemente participativo o de colaboración, ya que comprende en su seno instrumentos y prácticas diferenciadas que, en buena medida, atienden a procedimientos diversos de regulación de las relaciones de trabajo. Por otro lado, los mecanismos y prácticas codecisionales constituyen una continua y difusa área de conflicto y convivencia, de acuerdo y tensión, entre los actores de las relaciones industriales. Tales mecanismos suelen ir precedidos frecuentemente por los dos derechos de información y consulta antes vistos y, formalmente y en concreto, no son asimilables a la codeterminación en sentido estricto, a la que posteriormente haremos referencia.

Así por ejemplo, el método de la negociación ha sido contrapuesto frecuentemente al método participativo, ya que se afirmaba que mientras que el segundo está presidido por la idea de la colaboración entre las partes, en aras de la consecución de objetivos comunes, la negociación presupone, en cambio, una neta separación de los respectivos campos de actuación entre las partes y responde a una antítesis estructural de los respectivos intereses de los mismos. En la negociación, el acercamiento que se consume al alcanzar un acuerdo suele

¹¹⁶ MARSCH: *Concise Encyclopaedia of Industrial Relations*, Oxford, 1979, p. 208.

¹¹⁷ B. HEPPLÉ, en R. BLANPAIN (a cura di): *International Encyclopaedia of Labour Law and Industrial Relations*, Kluwer, Deventer, 1980, nº 42.

¹¹⁸ OIT: *La participación de los trabajadores en las decisiones...*, p. 22.

¹¹⁹ MARSCH: *Concise Encyclopaedia of Industrial Relations*, pp. 207-208.

representar, normalmente, sólo una tregua momentánea y carece frecuentemente de mayores implicaciones y pretensiones pacificadoras.

Ahora bien, debe precisarse que, si bien desde esta óptica la línea de separación entre participación/negociación parecía relativamente clara en el plano conceptual, no lo es tanto hoy, ni mucho menos, en el plano de los hechos.

Como antes hemos indicado, propios y genuinos mecanismos participativos como son la información y la consulta pueden en ocasiones agotarse en sí mismos, pero en otros casos, pueden estar dirigidos, entre otras cosas, a favorecer los propios procesos de negociación, constituyéndose en la antesala de un proceso de negociación que puede finalizar en la estipulación de convenios colectivos o acuerdos en el ámbito de la empresa.

Por otro lado, existe además una cierta tendencia a que la negociación se transforme también en un proceso dinámico permanente, de aproximación consensual a las principales decisiones de la empresa, expandiéndose su utilización más allá de una estricta y clásica orientación conflictiva en la que tradicionalmente se había insertado. Asistimos, por tanto, hoy día a fenómenos de interacción, en virtud de los cuales algunos instrumentos participativos pueden tener un efecto propulsor de la negociación, pero pueden también favorecer un cambio del propio contexto negocial. De hecho, cada vez asistimos con más frecuencia a una actividad contractual de negociación colectiva en la empresa que frecuentemente se ha traducido en un intento de gestión participativa, de dirección conjunta, especialmente en los procesos de reestructuración permanente de las empresas a fin de adaptarlas a las exigencias competitivas y de innovación tecnológica¹²⁰.

Pero, tanto en los sistemas o países que se han decantado por el método de la negociación, como aquellos que, desde una filosofía más colaboradora, se han situado en el ámbito de la participación, mucho depende, en cualquier caso de los sujetos que sean destinatarios de las correspondientes prerrogativas codecisoras:

-En los sistemas de “canal doble”, normalmente ocurre que el organismo investido de las atribuciones “participativas” es, por lo general, el órgano electivo, mientras que la legitimación negociadora suele ser dejada al sindicato o a su instancia representativa, haciéndose, de este modo, una distribución de esferas de competencia claramente ligada a la filosofía que históricamente se ha atribuido a cada uno de los dos canales de representación. Sin embargo, si ésta era la tendencia tradicional en el ámbito europeo, con el paso del tiempo hemos asistido a la tendencia de que el órgano participativo, por así decirlo, tienda a asumir funciones propias del canal sindical, y entre ellas funciones propiamente negociadoras, siendo más infrecuente, pero no imposible, que suceda lo contrario.

Así ocurre, por ejemplo y entre los países que disponen de un canal dual de representación, en Alemania, país en el que al no ser muy tradicional que el canal sindical asumiese competencias negociadoras en la empresa, la función negocial viene absorbida, de hecho, por el *Betriebsrat*, ya sea normalmente a través de “*acuerdos de codeterminación*”, ya sea a través de otros acuerdos “*no contractuales*”, siempre que no se trate de materias reguladas por convenios colectivos de nivel superior.

¹²⁰ J. L. MONEREO: *Los derechos de información...*, p. 124.

También, en el caso francés, donde se ha acabado por asignar formalmente al Comité de Empresa (comité d'entreprise) competencias negociadoras para la estipulación de los denominados acuerdos “*d'interéssement*” y de participación, lo que ha dado un posterior impulso a la difusión de acuerdos “*atípicos*”, a los que la jurisprudencia francesa ha reconocido su carácter vinculante, siendo fuente de obligaciones unilaterales para el empresario respecto a los trabajadores. Si bien esta creciente competencia negociadora del Comité de Empresa suele ser fruto de una natural prolongación dinámica de las actividades de información y consulta, se ha advertido en ocasiones con cierta preocupación que el órgano electivo no siempre es un válido interlocutor negocial, al no disponer a veces de una estrategia global de acción, insistiéndose por ello en la conveniencia de mantener la distinción entre las dos funciones aludidas, favoreciendo, en cualquier caso, una mayor interacción recíproca entre ambos canales de representación.

-Este tema asume una relevancia diferente en los países de “canal único”, como es el caso de Italia y Gran Bretaña en los que, poco a poco y como después comentaremos, la tendencia es la inversa. Asentados sobre una filosofía tradicionalmente basada en el conflicto y en la negociación, los órganos de representación de los trabajadores, generalmente de carácter sindical o controlados en mayor o menor medida por las organizaciones sindicales, van asumiendo también experiencias de participación de diverso signo, por lo que, como podemos observar a tenor de lo dicho, tanto las políticas legislativas como las políticas sindicales paulatinamente van dirigiéndose hacia el establecimiento de una relación de mayor complementariedad y confluencia, tendiendo a superar la antinomia colaboración-control que había caracterizado tradicionalmente el panorama de las relaciones laborales en Europa.

Con todas estas precisiones se puede deducir que la codecisión se suele contextualizar en aquella situación en virtud de la cual los representantes de los trabajadores en la empresa, institucionalizados y/o reconocidos, son expresamente establecidos con la finalidad de tutelar los intereses de los representados y, al mismo tiempo, colaborar con el empresario y el *management*; en la práctica, aquellos garantizan la gestión adecuada de la relación entre ambas partes de las relaciones laborales, teniendo en cuenta las exigencias y derechos de los trabajadores, pero sin obstaculizar el normal desarrollo de la organización de la empresa y de su actividad productiva.

Con tales representantes nos referimos, en definitiva, a una modalidad de participación que se manifiesta, frecuentemente, en la constitución de órganos de representación exclusiva de los trabajadores, de carácter externo a la propia empresa, y que se concreta en figuras como los denominados **Comités de Empresa**, Consejos de Fábrica u órganos de similar naturaleza (*works councils*)¹²¹. Estos órganos usualmente representan a todos los trabajadores de la empresa y no se configuran como órganos sindicales, aunque también en ocasiones, y en la práctica de algunos países comunitarios, pueden ser a veces resultado de designaciones sindicales o, de hecho, contar con el control de las organizaciones sindicales.

Las funciones que suelen ser atribuidas a los Comités de Empresa suelen ser numerosas, de carácter creciente en el tiempo y práctica de los países europeos, y no todas igualmente presentes en cada experiencia concreta. Así, podemos señalar las siguientes: derechos de información y consulta, la práctica de la codecisión sobre materias relativas a condiciones de trabajo, que prevé acuerdo previo o poder de veto de la representación de los

¹²¹ G. BAGLIONI: *Democrazia impossibile?...*, op. cit. p. 159.

trabajadores, atención a problemas de carácter laboral y de previsión social, el control de la aplicación de la normativa laboral, así como la negociación colectiva en el ámbito de la empresa y la gestión de reclamaciones y controversias planteadas por los trabajadores. Además, tales funciones, en los últimos veinte años y en más de un país de la Unión Europea, han experimentado una extensión hacia aspectos relativos a la política de la empresa (prospectiva de mercado, innovación tecnológica, movilidad y ocupación, en principio desde la óptica de la información, y, en algunas ocasiones, de la consulta).

En la caracterización de los Comités de Empresa en el ámbito europeo, tres aspectos vienen comúnmente delineados: son órganos que suelen venir instituidos mediante regulación legislativa o por vía convencional (normalmente a nivel nacional o de sector); en muchas situaciones no han dispuesto tradicionalmente de funciones negociadoras en sentido propio, aunque poco a poco las han ido asumiendo (en otras sí, como en aquellos sistemas nacionales en los que pueden intervenir en la negociación de convenios colectivos de empresa o de ámbito inferior) y, en algunos casos, como en Alemania, no tienen la facultad de promover el ejercicio de la huelga; en definitiva, son órganos que se corresponden con una solución participativa que no prevé en sí misma la presencia y responsabilidad formal de los representantes de los trabajadores en los órganos de decisión de la empresa, si bien hay que subrayar que es compatible, como de hecho ocurre en algunos países comunitarios, con fórmulas de participación institucional interna.

La solución participativa a la que nos referimos en este apartado es, sin lugar a dudas, la más utilizada en los países europeos e incluso puede encontrarse en países que no pertenecen al área occidental¹²². Es una fórmula que tiene orígenes relativamente ya lejanos en el tiempo y que se ha mantenido hasta hoy, a pesar de los diversos cambios acaecidos. Estos datos nos ayudan, de hecho, a comprender como los mecanismos de codecisión no manifiestan en la práctica una fisonomía estable y siempre bien definida: por un lado representan prácticas y resultados que frecuentemente tienen un carácter participativo, pero por otro lado, comprenden muchas situaciones en las cuales las relaciones cotidianas entre empresario/trabajador no tienen un carácter y propensión participativas.

La problemática “participativa” de la codecisión tiene su confirmación en el hecho de que -en ausencia de Comité de Empresa- se dan situaciones en las cuales las relaciones cotidianas entre empresario-trabajador son gestionadas por organismos con otras características, que no manifiestan usualmente una marcada propensión hacia la colaboración, mientras que, en muchos aspectos, desarrollan funciones similares a aquellas atribuidas a los Comités. Esta situación ocurre en algún país relevante de la Unión Europea, como puede ser por ejemplo el caso de Gran Bretaña, en el que la representación de los trabajadores se realiza por medio de un canal único, de naturaleza sindical, a través de delegados “*shop stewards*” que, en términos generales, se diferencian del Comité de Empresa por la menor incidencia en ellos de una definición legislativa o convencional, por ser designados o elegidos por los sindicatos, y por desarrollar la acción de tutela de los trabajadores primordialmente a través de la vía contractual o negocial, realizada fundamentalmente en el ámbito de la propia empresa. Tal representación opera dentro de la considerada estructura monista, que prevé la coincidencia entre trabajadores y representación sindical.

¹²² OIT: *Workers' participation in decisions within undertakings*, Ginebra, 1981, cit., cap. VII.

Esto nos pone en relación con la necesidad de hacer referencia a la ya casi tradicional distinción entre sistemas de “*canal único*” para la representación de los trabajadores en la empresa, y sistemas de “*canal doble*”, en los que hay una estructura dual para la representación de los trabajadores en la empresa, y que prevé la distinción de la representación de los afiliados sindicalmente y la del conjunto de los trabajadores¹²³.

El espectro de los diferentes modelos de representación existentes en el ámbito de la Unión Europea es bastante amplio, siendo el resultado de las diferentes concepciones que sobre la acción colectiva se han ido consolidando en Europa con el paso del tiempo y que han gravitado entre la polaridad del conflicto y de la participación. Son sistemas que, como antes hemos dicho, vienen encuadrados normalmente en dos grandes categorías de formas de representación: a) sistemas de canal doble; b) sistemas de canal único.

Pero, en relación a estos sistemas, hemos de precisar que ésta es una distinción que se encuentra caracterizada por una cierta relatividad, ya sea por la existencia de líneas de convergencia entre los dos sistemas, ya sea por que cada escenario nacional presenta sus propias peculiaridades. Uno de los principales rasgos de diferenciación, que discurre horizontalmente entre ambos sistemas, se atiene a la relación que exista entre organizaciones sindicales y representantes de los trabajadores, relación sobre la que los diferentes ordenamientos nacionales adoptan posiciones muy diversas:

A) ***Sistemas de “canal doble”***: en los sistemas de canal doble, que son la mayoría en el panorama comunitario (Alemania, Austria, Holanda, Francia, España, Bélgica, Grecia, Luxemburgo, Portugal...) la representación de los trabajadores en la empresa es atribuida a un organismo unitario elegido por los propios trabajadores¹²⁴, pero, al mismo tiempo, a los sindicatos le son garantizadas formas autónomas de presencia en la empresa para la tutela de sus afiliados.

La regulación de estos órganos unitarios (Betriebsrat en Alemania, Comité d’entreprise o Délégues de Personnel en Francia, Comité de Empresa y Delegados de Personal en España) se suele hacer normalmente por ley, lo que determina un alto grado de institucionalización de tales órganos. Se trata, por lo general, de reglas abiertas y democráticas, relativas a la determinación del electorado activo y pasivo, y sobre el procedimiento electoral aplicable, fundado en todas partes en dónde están previstos sobre criterios de proporcionalidad.

La función de estos órganos unitarios, elegidos por la generalidad de los trabajadores, ha sido contemplada durante mucho tiempo en contraposición a la actividad sindical propiamente dicha. El hecho de que la legitimidad de los miembros de estos órganos provenga directamente de los trabajadores de la empresa, independientemente de su afiliación sindical, se consideraba tradicionalmente como un potencial peligro para el sindicato-organización. Por otro lado, a estos órganos electos por la generalidad de los trabajadores les era negada

¹²³ Una perspectiva global sobre la situación y competencias de los órganos electivos unitarios en el panorama de la Unión Europea puede encontrarse en G. SUPLIEJ: “Il diritto sindacale nell’impresa: Bilancio e prospettive”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*”, 1991-1, pp. 16 y ss.

¹²⁴ En Francia y en Bélgica están previsto órganos mixtos, en los cuales está presente el *chef d’entreprise*, eventualmente acompañado, en Bélgica, de sus propios representantes.

frecuentemente la capacidad negociadora clásicamente entendida y, sobre todo, el recurso a la acción colectiva.

Sin embargo, las originarias connotaciones de los órganos electivos se han ido diluyendo con el paso del tiempo, produciéndose una creciente compenetración entre tales órganos y las instancias sindicales presentes en la empresa. Esto ha dado lugar, bien como consecuencia de una mayor influencia “de facto” o bien como consecuencia de mecanismos institucionalmente establecidos, a que los sindicatos representativos o reconocidos - especialmente en Francia, España o Bélgica- hayan ido adquiriendo un papel o rol formal en aspectos cruciales de la vida de tales organismos electivos.

Además, esta tendencia se ha consolidado, ya que paralelamente al canal electivo se ha ido reconociendo a las asociaciones sindicales el desarrollo de formas autónomas de representación en la empresa, dirigidas en primer lugar a la tutela de los propios afiliados, sirviendo de instrumento de expresión de la voluntad y de los intereses de la organización sindical en el ámbito de la empresa, pero luego también como cauce de reivindicaciones de carácter más general. De este modo, el reconocimiento del canal sindical¹²⁵, junto al canal unitario electivo ha contribuido, en cierta medida, a equilibrar los riesgos de burocratización y debilitación de la función representativa, cuando ésta es ejercida exclusivamente dentro órganos unitarios electivos.

Las experiencias más significativas al respecto son la francesa y la española, si bien hemos de señalar que ambas se han resentido por la crisis general que adolece la sindicación en general, acompañada de una cierta debilidad sindical a nivel de empresa. En ambos países, la legitimación sindical en la empresa se ha determinado mediante el criterio de la “representatividad”, pero con un desarrollo sensiblemente diferenciado: más selectivo en Francia, más abierto en España; si bien, en ambos casos, se parte de los resultados obtenidos en las elecciones a órganos unitarios a la hora de medir y atribuir dicha representatividad. Este criterio ha servido para relativizar indirectamente tales órganos electivos, ocasionándose eventualmente el riesgo de un uso puramente instrumental de los mismos.

En otros países, el canal sindical es frecuentemente tolerado pero no está reconocido legalmente y, menos aún, protegido. Es el caso de Alemania, donde las organizaciones sindicales históricamente han operado sobre todo a nivel extraempresarial, y la figura del *Vetrauensleute*, una figura cercana a la del delegado sindical, está todavía hoy privado de un reconocimiento positivo, desarrollando funciones relativamente limitadas.

Y es que en Alemania, a pesar de contar con un sistema doble de representación, la importancia recae del lado del órgano unitario. Así, después de los precedentes anteriores a la II Guerra Mundial¹²⁶, los Comités de Empresa (*Betriebsrats*) han sido regulados legalmente; primero en 1952 y, posteriormente, en 1972. Estos Comités constituyen en Alemania la representación general de los trabajadores, si bien con frecuencia sus miembros están afiliados a algún sindicato.

¹²⁵ Reconocimiento que se ha realizado plenamente en Francia, con la Ley Auroux de 28 de octubre de 1982, y en España, con la Ley Orgánica de Libertad Sindical del 2 de agosto de 1985.

¹²⁶ H. G. NUTZINGER: “Codetermination in West Germany: institutions and experiences”, en H. G. NUTZINGER y J. BACKHAUS: <<Codetermination. A Discuss of Different Approaches>>, Berlin, Springer-Verlag, 1989, p. 166.

El Comité -en la lógica propia de una cooperación con la estructura jerárquica- asume junto con el empresario decisiones conjuntas en materia de horario, criterios de remuneración o clasificación profesional. Las decisiones relativas a las condiciones y al ambiente de trabajo vienen tomadas por la dirección empresarial, si bien son objeto de consulta al Comité. En materias relativas a la gestión del personal (formación, promoción, selección, y despidos) la aprobación del Comité es vinculante. Sobre cuestiones relativas a la política de empresa (de estrategia y de innovación tecnológica u organizativa) el Comité dispone del derecho de información¹²⁷.

Dos aspectos deben destacarse en la experiencia alemana: esta institución tiene atribuidos derechos y funciones más amplias que aquellas que les corresponde a la representación de los trabajadores en otros muchos países europeos y, por otro lado, han visto acrecentar su importancia y la relevancia de tales funciones en los últimos veinte años, especialmente en las grandes empresas, ya que con frecuencia desarrollan funciones que van más allá de las que les son asignadas institucionalmente¹²⁸.

B) Sistemas de “canal único”: La técnica de “canal único” para la representación de los trabajadores en la empresa es adoptada en países de la Unión Europea como Gran Bretaña, Suecia, Finlandia, Italia, Dinamarca e Irlanda, en donde la función representativa es atribuida exclusivamente a órganos o figuras emanadas directamente o con una estrecha vinculación con las organizaciones sindicales. Y es que en el sistema de canal único los sindicatos son los únicos, o por lo menos el canal prioritario de comunicación con el empresario, y la negociación suele ser el “modus operandi”.

Así, Gran Bretaña se ha distinguido históricamente por el carácter eminentemente voluntarístico de su sistema de relaciones laborales, marcado por un acentuado pluralismo sindical, preferentemente determinado por “*general unions*” que, mediante cláusulas de reserva, protegen a sus afiliados y les aseguran una serie de beneficios contractuales, lo que puede llegar incluso hasta favorecerles en los procesos de contratación (régimen de “*closed shop*”). Hasta 1999, el reconocimiento sindical por parte de los empresarios en el Reino Unido e Irlanda fue voluntario, excepto en ciertas circunstancias. Sin embargo, el sistema está cambiando últimamente.

El sistema británico siempre ha sido muy descentralizado, gravitando en torno a la figura del “*shop steward*”, que nunca ha sido objeto de protección normativa, no habiéndose configurado formalmente nunca la obligación del empresario de reconocerlo. Esta figura del shop steward, cuyo desarrollo se inicia en la II Guerra Mundial, suele ser frecuentemente autónoma respecto de la estructura sindical externa, con un grado de independencia que está asociado a la dimensión de la empresa. Su propia actividad comercial suele ser informal y de carácter fragmentaria, al margen de negociaciones sindicales de más amplio nivel.

Esta experiencia ha producido un desordenado sistema de relaciones industriales, y ha manifestado una escasa tendencia a la colaboración entre las partes. En Gran Bretaña, la

¹²⁷ K. BARTOLKE y E. KAPPLER: “Institutional Reform: The future of Codetermination”, en H. G. NUTZINGER y J. BACKHAUS: << *Codetermination. A Discuss of Different Approaches*>>, cit. pp. 203-204.

¹²⁸ W. STREECK: “Industrial Relations in West Germany, 1970-1987”, *Labour*, nº 3, 1988, pp. 24 y ss.

aplicación de prácticas de negociación informal no siempre ha impedido la realización de prácticas de colaboración, pero éstas, desde luego, no han constituido tradicionalmente el rasgo predominante del sistema laboral británico.

La escasa “participación” en el sistema británico y el desorden negocial han sido objeto de diversas tentativas de corrección. Con tal fin, junto a las indicaciones de la Comisión Donovan (1965-1968), relativas a la regulación de los procesos de negociación y a la determinación de los sujetos negociadores, debemos hacer referencia al Informe Bullock (1977), que contenía los resultados obtenidos por una Comisión “ad-hoc” nombrada por el Gobierno británico con el propósito de llegar a reflejar posteriormente en una proposición de ley una mayor afirmación en Gran Bretaña de la democracia industrial, de la participación de los trabajadores en la empresa, así como del reconocimiento del papel a desempeñar en este ámbito por las organizaciones sindicales.

Pero, finalmente, la representación sindical de los trabajadores en la empresa permaneció también exenta de una intervención legislativa directa también durante toda la década de los años ochenta. En esta década, el sistema británico de relaciones industriales cambió profundamente sus tradicionales características y la propia experiencia de los “shop stewards” sería sometida a una dura prueba, todo ello como consecuencia de las políticas anticoncertación seguidas por los gobiernos conservadores del momento, que producían disposiciones legales que iban a poner fin a la secular tradición voluntarística propia del sistema británico, y por la apremiante demanda de mayor flexibilidad por parte de la esfera empresarial, lo que se tradujo, en términos generales, en una importante reducción del poder sindical¹²⁹.

Durante todo este tiempo se ha producido toda una serie de tensiones en el ámbito de la representación en el Reino Unido, que se han manifestado externamente, por un lado, en la emersión de instancias participativas informales (“*joint consultation committee*”), a veces también abiertas para los no afiliados sindicalmente y, por otro, en operaciones de “*derecognition*” y de “*union-exclusion*”, dirigidas a individualizar aún más la relación de trabajo.

Vanamente por ahora, una parte de la doctrina británica continúa lamentándose de la ausencia de un reconocimiento normativo de la presencia sindical en el lugar de trabajo, requisito que, sin embargo, es concebido como indispensable para la apertura formal a experiencias de tipo participativo.

En cualquier caso, el sistema británico constituye un caso peculiar en el panorama europeo, consecuencia, como veremos, de su gran fragilidad institucional.

Por lo que respecta a Italia, la experiencia resulta menos lineal. En un primer y largo período, que llegaría hasta los años sesenta, opera en Italia una representación de los trabajadores de parecida naturaleza a la de los Comités de Empresa: es la denominada “*comissione interna*”, órgano no expresamente sindical, en cuanto que asume la

¹²⁹ Ello se ha concretado en la abolición del despido por falta de afiliación al sindicato (“closed shop”); en la restricción de la inmunidad concedida al sindicato para el ejercicio del derecho de huelga (legitimidad que estaba condicionada al pronunciamiento de la mayoría de miembros del sindicato, manifestado en votación formal), y en la suspensión del procedimiento de “*recognition*” sindical.

representación general de todos los trabajadores¹³⁰. Posteriormente, se impondría en el panorama laboral italiano la figura de los “*consigli dei delegati*”, que se constituían en representantes tanto del conjunto de los trabajadores como del sindicato¹³¹.

A partir de la aparición del Estatuto de los Trabajadores italiano, la normativa se ha dirigido a garantizar y proteger la acción del sindicato en la empresa, pero se ha abstenido de detallar reglas precisas sobre la constitución y funcionamiento de los órganos representativos de los trabajadores.

Las prácticas de colaboración entre las partes no han tenido tradicionalmente una gran relevancia en Italia, al prevalecer por un lado una cultura eminentemente conflictual, y, por otro, debido al gran peso e influencia del poder empresarial en dicho país; si bien, especialmente a partir de los años noventa, se ha observado una mayor puesta en práctica de mecanismos consultivos y de negociación conjunta.

Por otro lado, la exigencia en los últimos años de nuevas reglas sobre la representación sindical, al menos a nivel de empresa, se ha traducido en la institución, a partir de la pasada década de los noventa, de la denominada “*representación sindical unitaria*”¹³², representación elegida por todos los trabajadores (sobre listas sindicales o de grupos capaces de recoger al menos el 5% de firmas sobre el total de los electores con derecho al voto), pero con reserva de un tercio de los puestos de representación a cubrir, que deben ser elegidos o designados por aquellas organizaciones que han estipulado el “*contratto collettivo nazionale di lavoro*”.

Con esta solución se ha dado vida a una forma de representación anómala en el panorama europeo, caracterizada por el establecimiento de un canal sindical reservado, dentro del canal electivo general.

1.2.4. La codeterminación o cogestión.

Codeterminación (o “codecisión en sentido fuerte”, o “codecisión institucional interna”, o “democracia industrial fuerte”, o incluso “cogestión” o “participación” en términos generales, pues son diversas las denominaciones que el mecanismo participativo al que nos referiremos recibe por la doctrina): con este término hacemos referencia a los sistemas participativos de los trabajadores en las decisiones de la empresa, por medio de sus representantes, en los órganos internos de gestión o de dirección de las empresas.

Se trata de formas de participación interna (es una participación interno-institucional), que opera en los órganos de dirección de la empresa (es una participación orgánica), en cuyo

¹³⁰ Vid. “L’istituto della <<Commissione interna>> e la questione della rappresentanza dei lavoratori nei luoghi di lavoro”, en AA.VV.: <<Fabbrica e società>>. *Autogestione e partecipazione operaia in Europa*, Bologna, Il Mulino, 1972.

¹³¹ Cfr. G. ROMAGNOLI y G. DELLA ROCCA: “Il Sindacato”, en G. P. CELLA y T. TREU (coords): <<Relazioni Industriali>>, Il Mulino, Bologna, 1989, op. cit. pp. 117 y ss.

¹³² Vid. Acuerdo trilateral de 23 de julio de 1993, *Lavoro Informazione*, nº 13, pp. 14 y ss.; y, también, el Acuerdo Intersindical para la industria, *Rassegna Sindicale*, 1993, nº 44.

marco los representantes de los trabajadores se hallan incardinados, con una presencia variable según el caso, lo que les permite acceder a la información económica y social de la misma y, de este modo, ejercer una influencia real y directa sobre el proceso de toma de decisiones de la sociedad¹³³.

Como señala la O.I.T., “se trata, pues, de una participación en la gestión propiamente dicha de la empresa, dado que la competencia de estos organismos es de orden general y concierne al conjunto de problemas que plantea el funcionamiento de una empresa”¹³⁴. La codeterminación se refiere, por tanto, a situaciones y experiencias en las cuales los representantes de los trabajadores colaboran con el empresario en la adopción de decisiones relativas tanto al trabajo como a la empresa, decisiones que son asumidas conjuntamente dentro de órganos institucionales y que son debidas al reconocimiento de un área de interés común a las dos partes suponiendo, de este modo, la superación de la tradicional distinción de roles y de responsabilidades atribuidas a cada una de ellas.

La codeterminación o cogestión va a implicar la presencia minoritaria o paritaria (cogestión en sentido estricto, en este último caso) de representantes de los trabajadores en los propios órganos de vigilancia (*Aufsichtsrat*) o de administración (*Vorstand*) de las sociedades propietarias de las empresas, según se trate de sistemas dualistas o de sistemas monistas de administración social, respectivamente. Por tanto, en su acepción corriente, el término “**cogestión**” viene a identificarse con la participación de los trabajadores en el máximo organismo directivo de la empresa, mediante representantes en número variable¹³⁵, por lo que

¹³³ J. L. MONEREO: *Los derechos de información...*, p. 112.

¹³⁴ Cfr. OIT: *La participación de los trabajadores...*, op. cit. p. 16.

¹³⁵ Ésta es una acepción corriente, dada por Ojeda Avilés, advirtiendo el citado autor que, junto a la misma, se encuentran en sede doctrinal una acepción amplia y otra estricta del concepto. A tenor de la concepción amplia, por cogestión debe entenderse la gestión compartida de la economía por trabajadores y propietarios, pudiendo distinguirse aquí diferentes niveles e intensidades; el menor nivel posible ofrece la cogestión en el puesto de trabajo, en la decisión sobre temas como los horarios, jornadas, primas, vacaciones, etc...; un nivel más complejo lo encontramos en la cogestión del establecimiento o centro de trabajo, normalmente efectuada por un órgano institucionalizado de representación, el comité de empresa o similar; por encima del establecimiento, nos encontramos con la cogestión de empresa, en la que toda la estrategia empresarial, en el conjunto de sus establecimientos, se haya aquí involucrada: aquí la cogestión de los trabajadores se puede llevar a cabo, bien a través de un comité central de empresa, bien a través de la inserción de sus representantes en los órganos directivos, bien por ambos procedimientos; incluso en esta graduación creciente podrá hablarse de un nivel de cogestión supraempresarial, con diversos ámbitos que pueden ir desde un grupo de empresas a toda la economía nacional. En cuanto a la intensidad de la cogestión en cada uno de los distintos niveles vistos, la doctrina suele distinguir entre un grado mínimo (el derecho a estar informadas aquellas representaciones de la marcha de la empresa, con facultades para supervisar documentos, cuentas, etc.; un grado intermedio (que comprende también el derecho de opinión, discutiendo, negociando o aconsejando sobre las decisiones empresariales); un grado mayor (abarcando incluso el derecho a impugnación y revisión de las decisiones tomadas por la dirección, a efectuar ante un órgano judicial o arbitral); y un grado máximo (que comprende todas las facultades inherentes a una situación de igualdad con los representantes del capital -veto, iniciativa, impugnación, etc...-). Por último, existe una acepción doctrinal estricta que se circunscribe a lo que hemos analizado como grado máximo de cogestión, o sea: la participación en pie de igualdad de representantes obreros en los órganos gestores de las empresas. Respecto a la bibliografía española sobre la materia, entre otros, vid. por todos: A. OJEDA AVILÉS: *La cogestión en las grandes empresas en Europa*. Sevilla. Publicaciones de la Universidad, 1978; F. RODRIGUEZ-SAÑUDO: “La participación de los trabajadores en la empresa”, *RPS*, 1979, núm. 121; L. E. DE LA VILLA: “La Codecisión y la Cogestión en las esferas privada y pública (Un estudio descriptivo del sistema alemán)”, *Cuaderno de Política social*, 1959, núm. 41, pp. 39 y ss.

podría calificarse como una modalidad de participación “interno-institucional”¹³⁶, aunque técnicamente, este último término se haya reservado sólo para aquellos casos en los que la presencia de los representantes de los trabajadores en los órganos antes indicados es paritaria¹³⁷.

Por tanto, como podemos apreciar, el grado de “colaboración” en la codeterminación depende de manera sensible de dos connotaciones distintas, cada una de las cuales prevé dos modalidades notablemente diversas:

1. La primera connotación, relativa a la entidad de la representación de los trabajadores, puede manifestarse en:

- a) Una representación minoritaria.
- b) Una representación paritaria.

2. La segunda connotación, relativa a la instancia dónde se produce la participación en las decisiones:

- a) En el Consejo de Vigilancia (que normalmente nombra a su vez al Consejo de Administración): en el sistema dualista.
- b) En el Consejo de Administración: en el sistema monista.

Y es que, a diferencia de otras formas de participación, la cogestión sólo se ensaya en las empresas con forma jurídica de sociedad (y, en general, de sociedad de capitales), mediante la inserción de los trabajadores en el sistema jurídico societario, con la finalidad de que los intereses de los mismos sean tenidos en cuenta en la adopción de las decisiones empresariales, tratando de lograr un punto de encuentro en dicho proceso.

En concreto, la participación orgánica se realiza dentro del Consejo de Vigilancia, utilizando la estructura del sistema dualista de la sociedad por acciones, donde el Consejo de Vigilancia tiene el poder de control y de designación de los administradores, mientras que los poderes de gestión son reservados al Consejo de Administración. Se trata, por tanto, de un sistema que se caracteriza por la presencia de representantes de los trabajadores en el órgano de vigilancia de las sociedades por acciones, aunque por lo general en número inferior

¹³⁶ La terminología, en J. L. MONEREO: *Los Derechos de información de los representantes de los trabajadores*, p. 80.

¹³⁷ Con frecuencia el termino “cogestión” suele ser utilizado de muy diferente manera, unas veces como sinónimo de “codeterminación” con carácter general, y con especial referencia a la experiencia alemana, otras veces reservado, quizás de una manera más precisa, a aquellos supuestos de “*codeterminación paritaria*”, e incluso algunos autores, como por ejemplo el británico CLEGG y el italiano BAGLIONI, entre otros de la doctrina europea lo refieren a aquella forma que se corresponde con la posibilidad de participación en las decisiones de la empresa mediante representantes presentes en igual número con los representantes de la propiedad de la empresa en el seno del Consejo de Administración en el sistema monista. Pero, esta forma no ha sido sometida a la verificación derivada de su aplicación práctica. No tenemos experiencias concretas de la misma como si ocurre con la codeterminación. Al respecto vid. H. A. CLEGG: *Sindacato e contrattazione collettiva, una teoria basata sull'analisi comparata di sei Paesi*, Franco Angeli, Milano, 1986, cit., cap. VII. y G. BAGLIONI: *Democrazia impossibile?...*, cit. p. 167.

respecto a los representantes de los accionistas. Mientras que en países como Alemania dicha representación es elegida por los propios trabajadores, en otros como Holanda se efectúa a través de un sistema de cooptación. Esta estructura dualista facilita y hace posible la participación de los trabajadores en el ámbito del control, sin tener que implicarlos en la gestión directa de la sociedad

Esta distinción es sin embargo más difícil, aunque no imposible, en aquellos países con estructura societaria monista, o sea, con un único órgano de gestión (el Consejo de Administración) que, por otro lado, puede delegar parte de sus poderes a un miembro (administrador delegado) o a un Comité Ejecutivo. Y es que el Consejo de Administración propio de los sistemas monistas puede comprender en su seno tanto a personas que desempeñan funciones ejecutivas sobre la compañía como a personas que carecen de ellas.

Estas representaciones de los trabajadores en los órganos internos de las sociedades generalmente tienen los mismos derechos y responsabilidades que los representantes de los accionistas, excepto en caso de controversias industriales. Sin embargo, dicha representación está, generalmente, en minoría, teniendo como máximo un tercio de los puestos, excepto en Alemania. Con la excepción de Luxemburgo, estos países también prevén la participación a nivel de grupo.

La codeterminación, en su sistema dualista, podemos encontrarla en países de la Unión Europea como Austria, Holanda, Dinamarca y sobre todo Alemania.

En la modalidad monista, nos la encontramos, con menor relevancia en Francia, y con una relevancia mayor, especialmente en países escandinavos como Suecia.

La participación de los representantes de los trabajadores en el Consejo de Dirección o en el Consejo de Vigilancia, proporciona:

- *Supervisión y aprobación de importantes decisiones* en Alemania: Alemania es el único país que hace previsiones, en ciertos casos, respecto a una equitativa representación (sector minero y del acero) o casi equitativa (empresas con más de 2.000 trabajadores) de trabajadores y accionistas.

- *Información y participación en la toma de decisiones* en Austria, Países Nórdicos, Dinamarca y Luxemburgo, donde la representación está en minoría: en Noruega, una reunión conjunta, que elige el Consejo de Dirección, toma decisiones concernientes a inversiones y se compone de representantes de los trabajadores en un tercio de sus miembros; en Suecia, los representantes de los trabajadores también participan dentro de comités ejecutivos, y en Austria, participan dentro de comités elegidos por el Consejo de Vigilancia.

En muchas ocasiones, esta participación orgánica también ayuda a desarrollar las funciones de información y consulta de los representantes de los trabajadores en los órganos externos de representación, y fortalece las propias relaciones entre el sindicato y los representantes electos de los trabajadores. La cogestión de los trabajadores es, por tanto, compatible con las diversas formas de control obrero externo: a mayor operatividad de la cogestión, mayor potencialidad del control obrero, si bien, en su forma de colaboración; y, aunque no siempre, menor importancia de la acción sindical, cuando ésta se ejerce con

autonomía respecto de la funciones encomendadas a los órganos unitarios de representación del personal.

La codeterminación alemana (*Mitbestimmung*) constituye, sin lugar a dudas, la experiencia más notable y relevante dentro de esta fórmula de participación de los trabajadores en las decisiones que se adoptan en la empresa. A ella nos volveremos a referir de manera más específica en el epígrafe siguiente de este Capítulo¹³⁸; ahora solamente indicaremos sus rasgos más esenciales y su evolución posterior a la II Guerra Mundial. Estos rasgos vienen delineados en torno a tres núcleos legislativos¹³⁹:

- El primer núcleo, con la ley de 1951, se aplica a las empresas carbo-siderúrgicas que cuenten con al menos 1.000 empleados, y prevé un Consejo de Vigilancia de 11 miembros, con la siguiente composición: cinco representantes de los trabajadores, cinco representantes de la propiedad de la compañía y un undécimo miembro neutral, elegido de común acuerdo por los diez anteriores. En este contexto, los trabajadores disponen, por tanto, de representación paritaria.

- El segundo núcleo, establecido por la ley de 1952, posteriormente revisada en el año 1972, pese a la fuerte oposición empresarial, viene referida a las empresas del sector carbo-siderúrgico con 500-1.000 empleados y a aquellas con 500-2.000 empleados de otros sectores, y prevé la presencia de un tercio de los miembros del Consejo de Vigilancia en representación de los trabajadores, gozando por tanto éstos de una representación minoritaria.

- Por último, el tercer núcleo, activado con la ley de 1976, extiende la codeterminación a todas las empresas con más de 2.000 empleados. En ellas, el Consejo de Vigilancia dispone de un número de miembros que varía de acuerdo con la dimensión de la empresa. Así, en el caso de contar, por ejemplo, con 12 miembros, la mitad estarían reservados a los representantes de los trabajadores, pero con la siguiente composición: dos son designados por el sindicato (y son elegidos por los trabajadores entre personas que no están ocupadas en la empresa); cuatro son nombrados directamente por los trabajadores, debiendo incluir entre ellos al menos un obrero, un empleado y un directivo. Por otro lado, el presidente, que por propia previsión legal está inevitablemente ligado a la propiedad accionista de la sociedad, cuenta con voto doble en caso de paridad. Con esta composición, que prevé una representación articulada y no homogénea para los trabajadores, la solución paritaria resulta más aparente que real.

Juntamente con el caso alemán, dentro de los países que disponen de un sistema dualista, merece la pena también referirnos brevemente a la experiencia holandesa. En Holanda, después de promoverse el mecanismo de la consulta en las grandes empresas, especialmente a partir de los años sesenta¹⁴⁰, la legislación holandesa ha proporcionado diversos mecanismos participativos para los trabajadores, entre los cuales podemos destacar la legislación de 1971, enmendada en 1979, relativa a la constitución de un Consejo de

¹³⁸ *Vid. supra.*

¹³⁹ M. PEDRAZZOLI: “Alternative italiane sulla partecipazione nel quadro europeo: la cogestione”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n.º. 49, 1991, pp. 5 y ss.

¹⁴⁰ J. RAMONDT: “Netherlands”, en H. A. BLUM: <<*International Handbook of Industrial Relations*>>, Greenwood Press, Westport, 1981, cit. pp. 411 y ss.

Vigilancia en las empresas con más de 100 empleados. Una enmienda posterior de 1981 redujo este número a 35.

Este Consejo dispone de amplias prerrogativas, pero no está definida previamente su composición, que se basa en la práctica de la “*cooptación*”: después del nombramiento inicial de constitución del órgano, para nombramientos sucesivos son elegidos candidatos designados separadamente por los accionistas, por la dirección, y por la representación interna de los trabajadores. El Consejo lleva a cabo la elección propiamente dicha entre tales candidatos, que no deben ser ni trabajadores dependientes de la empresa ni sindicalistas.

Cada una de las tres partes antes indicadas dispone de derecho de veto. Con esta solución los trabajadores disponen de una representación indirecta mediante candidatos que cumplen requisitos aceptables para las otras partes. Esto puede ser interpretado como un modo de hacer menos evidentes y explícitos los propios intereses de los trabajadores, para contar con miembros que no se vinculen expresamente con las organizaciones sindicales, y de disponer de un órgano más homogéneo y con una menor probabilidad de encontrar posiciones opuestas en su seno. De este modo, en el modelo holandés la codeterminación hace menos difícil la posición de los trabajadores, dado que cuentan con el reconocimiento de las otras partes y no tienen que asumir comportamientos estrictamente conformes con las expectativas de los trabajadores y con las demandas sindicales.

Por su parte, la solución sueca, ejemplo de participación en sistema monista, entra en vigor con la ley de 28 de diciembre de 1972 y prevé dos representantes de los trabajadores en el Consejo de Administración de las empresas con más de cien empleados. Concebida con carácter experimental por un período de tres años, dicha Ley reconocía a los sindicatos el derecho a nombrar dos representantes-trabajadores en los Consejos de Administración de las sociedades anónimas, siempre que tuviesen más de cien empleados.

Con la posterior Ley de 3 de junio de 1976, se extiende a las empresas (sociedades anónimas y compañías asociadas) con más de 25 trabajadores. Sin embargo, después de un decenio, esta Ley era aplicada sólo en el 50 % de los casos previstos¹⁴¹.

En parámetros diferentes se movería la posterior Ley sueca de 1977 sobre democracia industrial¹⁴², caracterizada por un refuerzo de la posición de los sindicatos en la negociación colectiva, configurada ésta en términos amplios, pero que no establece fórmulas específicas de participación, al configurar sobre todo a la negociación colectiva como el eje sobre el que debe articularse en Suecia el entero sistema de relaciones industriales. De este modo, las partes sociales podrían disciplinar la participación por medio de convenios colectivos.

Y es que la legislación sueca sobre codeterminación, que suscitó fuertes resistencias del mundo empresarial, vino a la luz en concomitancia con las nuevas orientaciones de la confederación sindical: las disposiciones sobre codeterminación se configuran en Suecia en gran medida como una especie de “ley marco”, que se ha de integrar con disposiciones más

¹⁴¹ B. GUSTAFSSON: “L’esperienza svedese della cogestione e dei fondi dei lavoratori”, en A. BALDASSARRE: << *I limiti della democrazia* >>, Bari, Laterza, 1985.

¹⁴² *Joint Regulation in Working Life Act*, que entraría en vigor el 1 de Enero de 1977.

específicas y a completar mediante convenio entre las partes, lo cual ha dado lugar a procesos de negociaciones lentas y discontinuas.

La presencia de representantes de los trabajadores en el Consejo de Administración, modesta en cuanto a su entidad, aparecía en Suecia como un elemento, juntamente con otros, previsto para enriquecer toda una serie de derechos, tutelas y garantías a favor de los trabajadores, en un gran período de expansión del poder sindical. Finalmente, junto a la legislación aprobada en los años setenta, el país escandinavo ha debido afrontar posteriormente la voluntad empresarial de recuperar parte del poder perdido en años anteriores, lo que se ha traducido en la activación de nuevas estrategias de implicación de los trabajadores, como en el caso Volvo, y en las dificultades suscitadas por las negociaciones para la aplicación posterior de la citada ley de codeterminación¹⁴³.

Sin embargo, a pesar de todo lo comentado, en Europa la codeterminación o cogestión ha estado situada en el centro de un encendido debate doctrinal que llevó a una cierta confrontación entre las formas “directas” de participación, caracterizadas por la toma directa de responsabilidad por parte de los trabajadores en el control de la actividad empresarial, y las formas de participación “indirecta”, aquellas que ven actuar a los directivos junto con los trabajadores, a través de la institución de representantes de éstos últimos¹⁴⁴.

Además, la crítica a este sistema de relaciones industriales basado en la participación orgánica es expresión, o del temor de la parte empresarial de que se produzca una sustracción al “management” de la efectiva dirección de la empresa (con las posibles consecuencias económicas negativas no sólo para la empresa singularmente considerada, sino también para el mercado en general), o del temor de las organizaciones sindicales a una pérdida del poder conquistado en los sistemas de relaciones industriales marcados por la lógica de una impronta conflictual. Estos temores o miedos provenientes de la parte sindical han estado favorecidos, por otra parte, por ciertas teorizaciones provenientes de la doctrina iuslaboralista sobre la dificultad, para los representantes de los trabajadores, de integrarse en los órganos de gestión de la empresa, y del escepticismo, consecuentemente manifestado, sobre la posibilidad de una efectiva asunción de poder decisorio por parte de los representantes de los trabajadores eventualmente insertos en órganos internos societarios¹⁴⁵.

Precisamente, esta actitud de hostilidad motivada por la confrontación que se producía en el contexto de la participación orgánica entre países partidarios y detractores de la misma, al coexistir en Europa diferentes sistemas, tradiciones y concepciones a la hora de abordar la

¹⁴³ G. REHN y B. VIKLUNG: “Svezia: le molteplici novità di una consolidata tradizione di politica sindacale”, en G. BAGLIONI: <<*Le relazioni industriali in Italia e in Europa negli anni'80*>>, Roma, Edizioni Lavoro, 1989, pp. 508 y ss.

¹⁴⁴ Cfr. R. LOVERIDGE: “What’s participation? A review of the literatura and some methodological problems”, *British Journal of Industrial Relations*, 1980, p. 297 y ss.

¹⁴⁵ Un comentario frecuentemente escéptico sobre el posible papel de los representantes de los trabajadores en los órganos sociales es expuesto por T. H. HAMMER, S. C. CURRAL y R. N. STERN: “Worker Representation on boards directors: a study of competing roles”, *Industrial and Labour Relations Review*, vol. 44, nº 4, 1991, p. 661 y ss.; O. KHAN-FREUND: “Industrial Democracy”, *Industrial Law Journal*, vol. 6, 1977, p. 65 y ss.; también para una aproximación comparativa, J. L. PORKET: “Industrial Relations and Participation in Management in the Soviet-type Communist System”, *British J. of Ind. Rel.*, 1978, p. 70 y ss.

participación de los trabajadores en la empresa¹⁴⁶, ha determinado la imposibilidad de adoptar hasta hoy día la Propuesta de Quinta Directiva en materia de sociedades, relativa a la estructura de la sociedad por acciones y a los poderes y obligaciones de los órganos sociales, y que, también sólo hasta tiempos recientes, no se haya podido producir la emanación definitiva del Reglamento relativo al Estatuto de Sociedad Europea.

Por último debe recordarse que, junto a la participación en sentido propio, ha comenzado a afirmarse recientemente y cada vez con una mayor intensidad otras formas de participación diversa: nos referimos a la “*participación económica*”, en las tres variantes constituidas por la participación accionaria, por la participación en beneficios de la empresa, y, asimismo, en los incrementos de productividad¹⁴⁷, junto a la considerada “*participación cultural y organizativa*”, que verificada en el modelo integrativo de la empresa japonesa es formulada en el contexto occidental a través de círculos de calidad total, encaminados a conseguir un mejoramiento de los resultados productivos de la empresa¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Un comentario de los modelos de participación existentes en los principales Estados miembros de la Unión Europea puede encontrarse en el epígrafe siguiente de este Capítulo I. *Vid. supra*.

¹⁴⁷ Sobre la participación económica, entre otros, vid. el relativamente reciente documento de trabajo de la Comisión *Financial participation of employees in the European Union*, SEC (2001), 1308, Bruselas, 26 de julio de 2001 y la Recomendación del Consejo de la Comunidad Europea n. 92/443/CEE, del 27 de julio de 1992, relativo a la participación de los trabajadores en los beneficios y resultados de la empresa, en D.O.C.E. L 245/53 de 1992 y en *Diritto e Pratica del Lavoro*, 1992, p. 2837.

¹⁴⁸ Cfr. G. BAGLIONI: *Democrazia impossibile? I modelli collaborativi nell'impresa: il difficile cammino della partecipazione tra democrazia ed efficienza*, Bologna, pp. 143 y ss.

1.3. PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN DIFERENTES PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA.

1.3.1. Situación y contexto general de las instituciones de participación de los trabajadores en la empresa dentro de la Unión Europea.

Como sabemos, la “participación” es un concepto elástico, que puede ser moldeado de muchas maneras y que adquiere tanto una amplia variedad de significados para los diferentes grupos de actores sociales, como una diversidad de realizaciones y modelos en los diferentes países de la Unión Europea.

Los instrumentos y mecanismos de participación en el centro de trabajo y a nivel de empresa se pueden originar formalmente por medio de tres fuentes diferentes: pueden ser fundamentadas en la regulación legal, en el convenio colectivo, o en decisiones tomadas unilateralmente por el empresario. Así, el mismo tipo de institución, en distintos países, puede descansar sobre diferentes orígenes: éste es el caso, por ejemplo, del francés *comité d’entreprise* (basado en la legislación), del danés *samarbejdsudvalg* (basado en un acuerdo colectivo nacional) y del británico *joint consultation committee* (usualmente basado en la decisión unilateral del empresario). Estas entidades tienen en común el hecho de que están constituidas por representantes de los empresarios y trabajadores y aspiran a ser un “forum” de discusión de determinadas decisiones empresariales.

De acuerdo con la fuente de fijación de la participación indirecta encontramos, por tanto, la siguiente situación general en la Unión Europea:

1) Participación indirecta basada en la legislación: se encuentra, prácticamente, en todos los países de Europa. Es este particular tipo de participación el que la Comunidad Europea ha intentado generalizar a través de una regulación basada en Directivas comunitarias. De los tradicionales 12 Estados Miembros de la Unión Europea, ocho de ellos -Bélgica, Alemania, Francia, Grecia, Luxemburgo, Holanda, Portugal y España- tienen previsiones estatutarias para el establecimiento de comités de empresa que, de alguna manera y en grado variable, conllevan que los trabajadores sean tenidos en cuenta en la toma de decisiones en el centro de trabajo. Cinco países -Dinamarca, Alemania, Francia, Luxemburgo y Holanda- tienen previsiones legales para la representación de los trabajadores en los órganos internos de las sociedades, mientras en Irlanda, Grecia y Portugal, previsiones similares se aplican sólo y exclusivamente a empresas estatales.

2) Participación indirecta basada en convenios colectivos: es especialmente importante en países como Inglaterra e Irlanda, donde la legislación sobre participación es

menos significativa. La participación toma lugar a través de los “*shop stewards*” (delegados de taller), u otras entidades específicas constituidas con la finalidad de aumentar la participación de los empleados. En Dinamarca, los “*comités de cooperación*” operan conforme a los acuerdos nacionales alcanzados entre las principales asociaciones de empresarios y sindicatos en sectores privados y públicos. En Italia, las “*rappresentanze sindacali aziendali*” son entidades con ciertas similitudes a los comités de empresa. Su marco de referencia es definido por la legislación laboral, se constituyen por los sindicatos y sus derechos concretos de participación son determinados a través de un convenio colectivo. En varios países, los convenios colectivos, a menudo a nivel local, de empresa o ámbito inferior, facilitan la aparición de comités mixtos especializados, “*specialized joint committees*”, donde representantes de los trabajadores participan en la toma de decisiones en áreas como salud, seguridad y formación.

3) *Participación indirecta por decisión unilateral del empresario*: finalmente, los empresarios pueden elegir, por su propia iniciativa, establecer alguna forma de participación indirecta, por ejemplo, estableciendo una junta consultiva con representación de la dirección y de los trabajadores. Esta forma puede encontrarse en Inglaterra, donde no hay previsiones legales respecto a la participación de los trabajadores, excepto en temas de salud y seguridad.

Debemos de partir de que, en la participación indirecta, como hemos indicado en epígrafes precedentes, los trabajadores pueden tomar parte en el proceso de toma de decisiones dentro de la empresa con diferentes niveles de intensidad. Cada negociación, por supuesto, debe comenzar informando a los trabajadores sobre las decisiones tomadas o que van a ser adoptadas. Tal información podría ser seguida por la consulta a los trabajadores, antes de la toma de decisiones concernientes a asuntos de mayor importancia. Finalmente, los trabajadores pueden participar conjuntamente en la propia toma de decisiones, mediante instituciones y formas diversas.

En general, todos los Estados Miembros tienen diferentes sistemas de participación de los trabajadores. La participación de los trabajadores podría ser primariamente efectuada por el comité de empresa, siendo ésta una entidad separada (participación externa) de representantes de los trabajadores, pero los representantes de los trabajadores también pueden participar en la toma de decisiones formando parte, en número y composición variable dentro del Consejo de Administración o de Vigilancia, de la propia empresa (participación interna), por lo cual, esta última forma es llamada “co-determinación”.

En Bélgica, por ejemplo, la participación de los trabajadores está restringida a la primera forma, mientras en Alemania ambas formas pueden ser aplicadas en la misma empresa. En algunos estados miembros, como en Francia, el empresario es miembro del comité de empresa, formando parte del mismo, mientras en otros, por ejemplo Holanda, no lo es, con lo que la pluralidad y diversidad de situaciones es la nota común en el panorama europeo.

Más allá, los derechos del propio comité de empresa pueden variar considerablemente de un país a otro. En algunos Estados Miembros la consulta obligatoria al Comité de Empresa es muy limitada en comparación con otros países. Las diferencias son considerables especialmente en los procedimientos judiciales donde se deciden los conflictos entre el comité de empresa y el empresario: en Holanda tal procedimiento podría

dar lugar a un requerimiento, obligando al empresario a retirar su decisión si vulnera las reglas estatutarias de consulta, mientras en Francia el empresario puede ser sancionado penalmente, pero eso no afecta a la decisión tomada.

Otro factor divergente es la influencia que los sindicatos pueden tener. En algunos Estados Miembros tienen derecho a dominar el comité de empresa, como ocurre en Francia, mientras en otros Estados Miembros, candidatos independientes también podrían ser presentados para las elecciones del comité de empresa. Además, la presencia oficial de los representantes del sindicato dentro de la empresa puede también diferir considerablemente.

Pero comentemos con cierto detenimiento el sistema de representación para los trabajadores que se ha articulado en algunos de los principales Estados de la Unión Europea, empezando quizás por el más paradigmático de todos ellos: el sistema alemán.

1.3.2. Alemania.

Alemania tiene prevista en su legislación un canal dual para la representación de los trabajadores, al tiempo que posee el modelo por excelencia de codeterminación en la adopción de decisiones en la empresa, modelo en el que representantes de los trabajadores, en número variable según el caso, están presentes en el Consejo de Vigilancia de las sociedades que serán indicadas¹⁴⁹. Por tanto, la forma moderna de participación de los trabajadores en Alemania es doble, e incluye no solamente la participación externa a través de comités de empresa sino que además los trabajadores están también representados internamente en el Consejo de Vigilancia de las grandes compañías (co-determinación).

En el sistema alemán, los sindicatos y las asociaciones de empresarios son responsables de la negociación colectiva, generalmente a nivel sectorial o regional, concertando asuntos esencialmente cuantitativos (especialmente nóminas y horas de trabajo); mientras, el comité de empresa y la dirección son responsables de la determinación de asuntos cualitativamente esenciales a nivel de empresa¹⁵⁰. Y es que Alemania tiene la tradición más larga respecto a la figura de los comités de empresa, siendo

¹⁴⁹ Para un estudio con mayor detalle del régimen alemán de gestión vid. W. H. McPHERSON: “Labour Relations in postwar Germany”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1957, pp. 55 y ss.; H. HARTMANN: “Codetermination in West Germany”, *9 International Business Lawyer*, 1970, pp. 137 y ss.; G. NICOLINI: *Il nuovo ordinamento introaziendale in la Repubblica Federale Tedesca*, Padova, 1973; J. SCHREGLE: “La codécision en République fédérale d’Allemagne”, *Revue Internationale du Travail*, 1978, pp. 91 y ss.; F. GAMILLSCHEG: “La cogestion des travailleurs en droit allemand, bilan à la lumière du judgement du Travail constitutionnel federal du 1.ers Mars 1979”, *Revue Internationale de droit comparé*, 1980, p. 57 y ss.; M. MARLETTA: *La cogestione delle imprese nelle C.E.E. La partecipazione dei lavoratori nelle proposte di Società Europea e di V direttiva sulle società per azioni*, Padova, 1981, p. 31 y ss.; A. GLADSTONE, R. D. LANSBURY, J. STIEBER, T. TREU y M. WEISS: *Current Issues in Labour Relations: An International Perspective*, Berlin, New York, 1989, pp. 105 y ss.; P. HANAU: “Federal Republic of Germany”, en W. KOLBENBACH y P. HANAU: <<*Handbook of European Employee Co-management*>>, Kluwer, 1997; M. WEISS y M. SCHMIDT: “Federal Republic Germany”, en R. BLANPAIN: <<*European Labour Law*>>, ELL- Supl. 230 (May-2000).

¹⁵⁰ C. BARNARD: *E.C. Employment Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2000, op. cit. p. 513.

regulados legalmente en las primeras décadas del siglo XX. De hecho, la participación de los trabajadores por medio de comités de empresa (de factoría) fue establecida ya durante la República de Weimar; después de la Segunda Guerra Mundial, la Ley de Constitución de Empresas de 1952¹⁵¹, enmendada en 1972¹⁵², ordenó la constitución de esta clase de comités, elegidos por los trabajadores, en todas las empresas que tuvieran 5 o más trabajadores¹⁵³.

El establecimiento de los comités de empresa (*Betriebsrats*) es, por tanto, obligatorio para las empresas o centros de trabajo donde más de 5 trabajadores estén empleados y donde un mínimo de 3 trabajadores o un sindicato convoque la celebración de elecciones¹⁵⁴. Si el empresario ha establecido más de un comité de empresa, esos comités deben formar un comité de empresa común (*Gesamtbetriebsrat*), y si la empresa es parte de un grupo, el comité de empresa común debe formar parte de un grupo de comités de empresa (*Konzernbetriebsrat*)¹⁵⁵.

Las elecciones deben ser celebradas cada cuatro años, dentro de un período de dos meses (normalmente, entre el 1 de marzo y el 31 de mayo). Los candidatos deben ser propuestos por una décima parte de los trabajadores, o por 100 trabajadores o, incluso, por sindicatos. La legislación distingue entre diferentes categorías de trabajadores que han de estar representados en el comité de empresa: los miembros del mismo deben reflejar la representación de los dos sexos, de las dos categorías de trabajadores, trabajadores manuales u obreros (“*manual workers*”) y trabajadores de oficina o empleados (“*white-collar workers*”) ¹⁵⁶, y de los diferentes departamentos y actividades de la empresa¹⁵⁷.

Solamente los trabajadores pueden ser miembros del comité de empresa, no estando presente en el mismo el empresario; es, por tanto, y a diferencia de lo que ocurre en otros países europeos, un órgano de exclusiva representación de la parte trabajadora. En las elecciones el voto es secreto, pudiendo votar todo empleado que cuente con al menos 18

¹⁵¹ *Bundesgesetzblatt I* 1952, p. 681 y ss.

¹⁵² *Bundesgesetzblatt I* 1972, p. 13 y ss.

¹⁵³ En los establecimientos que cuenten con un mínimo de 5 trabajadores pero no más de 20 trabajadores, el comité de empresa contará con un único miembro (*betriebsobmann*). Para los establecimientos con más de 20 empleados, el número de miembros del comité de empresa depende del número de empleados, estableciéndose una escala que va desde los 3 miembros en establecimientos entre 21 y 50 trabajadores, hasta los 31 miembros, este último caso para empresas que cuenten entre 7.001 y 9.000 trabajadores. A partir de esta última cifra de empleados se añaden 2 miembros más por cada 3.000 trabajadores más con que cuente la compañía.

¹⁵⁴ Para. 17 *Betriebsverfassungsgesetz*.

¹⁵⁵ Para. 47 y 54 y ss. *Betriebsverfassungsgesetz*.

¹⁵⁶ Trabajadores manuales y trabajadores con labores administrativas o de oficina son tratados como grupos separados. La proporción de representantes de cada grupo en los comités de empresa depende de la proporción de cada grupo en el total de la plantilla de trabajadores. De acuerdo con la Ley de 1972, cada grupo elige sus candidatos mediante sufragio separado y secreto, pero la mayoría de cada grupo puede decidir que se celebre una misma elección conjunta, lo cual ha sido la práctica usual. Cfr. M. WEISS y M. SCHMIDT: “Federal Republic Germany”, en R. BLANPAIN: <<*European Labour Law*>>, ELL- Supl. 230, (May-2000), p. 190.

¹⁵⁷ Para. 15 *Betriebsverfassungsgesetz*.

años de edad, independientemente de que tenga nacionalidad alemana o no. Por su parte, es elegible cualquier votante que tenga una antigüedad en la empresa de al menos seis meses.

La primera actividad del comité de empresa resultante de las elecciones es la elección, a su vez, de un presidente y de un vicepresidente. Si el comité está compuesto por representantes de las dos categorías de trabajadores antes indicadas, el presidente y el vicepresidente no deberían de pertenecer ambos al mismo grupo. El presidente representa legalmente al comité de empresa.

Los miembros del comité de empresa tienen derecho a una serie de facilidades en materia de educación y formación, siendo su mandato de cuatro años¹⁵⁸. Éstos no deben estar en situación de desventaja por su condición de miembros, por lo que disfrutan de protección contra la extinción de sus correspondientes contratos de trabajo¹⁵⁹. Si más de 300 personas son empleadas dentro de una empresa, parte de los miembros del comité de empresa tienen que ser dispensados de sus trabajos habituales para que puedan dedicar todo su tiempo de trabajo a la representación de los trabajadores¹⁶⁰.

El comité de empresa tiene derecho a ser informado y consultado sobre decisiones importantes de naturaleza económica, *inter alia*, el cierre de la empresa o una fusión. Lo mismo se aplica respecto a ciertas decisiones de la dirección de la empresa en materia de política social. De este modo, los derechos de información y consulta son aplicados a la planificación del personal y a los cambios en el proceso de trabajo, al entorno ambiental en el trabajo y al contenido del trabajo, y también hay derecho a la información respecto a asuntos financieros.

En algunos casos el comité de empresa incluso tiene derecho a la co-decisión. Esta codecisión supone, por lo menos, un derecho provisional de veto para los comités de empresa respecto a asuntos sociales, tales como fundamentos de la remuneración, introducción de métodos nuevos de pago, bonificaciones extras e incentivos, planificación diaria y semanal del trabajo, regulación de las horas extraordinarias y los trabajos de corta duración, planificación de las vacaciones y el uso de aparatos técnicos para observar el rendimiento del trabajador. También abarca asuntos personales como política de contratación, traslados y clasificación. En circunstancias específicas hay derecho de veto sobre casos individuales de contratación, clasificación, traslado y despido¹⁶¹. Los conflictos

¹⁵⁸ La prolongación del mandato de 3 a 4 años fue establecida por la Ley de 20 de diciembre de 1988, con la finalidad de dotar de una mayor continuidad al comité de empresa, tanto en su composición como en el ejercicio de sus funciones.

¹⁵⁹ Para. 78 *Betriebsverfassungsgesetz*; Para. 15 *Kündigungsschutzgesetzes*.

¹⁶⁰ Para. 38 *Betriebsverfassungsgesetz*. Este número depende del tamaño de la plantilla: así, por ejemplo, en empresas entre 300 y 600 empleados, un miembro del comité de empresa se dedicará a tiempo completo a las labores representativas; en empresas de 9.001 a 10.000 empleados este número asciende a 11. Se ha estimado que, aproximadamente, un 10% de miembros de los comités de empresa de Alemania están liberados de su trabajo para dedicarse “full-time” a sus labores representativas. Cfr. P. HANAU: Federal Republic of Germany, en W. KOLBENBACH y P. HANAU: <<*Handbook of European Employee Co-management*>>, Kluwer, 1997, p. 13.

¹⁶¹ Un estudio fue realizado por Sadowski, Backes-Gellner and Frick, en 2392 empresas del sector privado alemán durante el periodo de Mayo 1985 hasta abril de 1987. Estos autores analizaron la eficacia institucional y organizativa de los comités de empresa: con respecto a despidos y dimisiones, los autores descubrieron que las empresas alemanas tuvieron una media de relevo de empleados del 35 por ciento. En firmas con comité de

en algunos casos deben ser sometidos al denominado “comité de conciliación” (*Einigungsstelle*).

Los derechos de participación están conectados a la obligación legal de trabajar con la dirección con espíritu de mutua confianza para el bien de los trabajadores y del establecimiento, y las negociaciones deben ser conducidas con el serio deseo de alcanzar un acuerdo. Sin embargo, a pesar de estas elaboradas previsiones, en muchas pequeñas y medianas empresas no existe comité de empresa¹⁶².

Aparte del comité de empresa, hay comités específicos (*Sprecherausschüsse*) para la representación de los trabajadores que desempeñen funciones directivas y que formen parte del staff ejecutivo (“*managerial employees*”)¹⁶³, ya que éstos no están representados en los comités de empresa: ni pueden participar en las elecciones a miembros del comité de empresa, ni pueden ser elegidos.

Además, los representantes de los sindicatos pueden estar presentes dentro de la empresa, al existir en Alemania un canal dual de representación de los trabajadores pero, en la práctica, sólo funcionan dentro de empresas grandes y no suelen gozar de una posición privilegiada. Destaca así la figura del *Vertrauensleute* que, en algunos casos, es nombrado por el sindicato y, en otros casos, es elegido directamente por los miembros del sindicato empleados en el respectivo establecimiento o centro de trabajo, y que está llamado a desempeñar una labor de enlace entre la organización sindical y los miembros de ésta en la empresa.

Pero de lo que no cabe duda a la hora de tratar el sistema alemán es que debemos referirnos a la figura de la cogestión, y es que es ineludible acercarnos, siquiera brevemente, a la experiencia alemana, la cual constituye el punto de referencia obligado en todos los estudios sobre la materia relativa a la “participación” de los trabajadores en Europa.

Ciertamente, el sistema alemán de cogestión vigente actualmente se aleja de los planteamientos iniciales de NAPHTALI, recogidos en los programas de la socialdemocracia y de las organizaciones sindicales alemanas en los años de la primera posguerra mundial, en los que se pretendía que apareciese como un nexo orgánico entre democracia económica y socialización de los medios de producción, concebidas una y otra como ejes de un nuevo orden económico. Para NAPHTALI, los representantes de los trabajadores no debían limitarse a ejercer sólo una función de control desde el exterior, sino que debían colaborar en el interior,

empresa, el porcentaje era del 26 por cien, mientras que en aquellas sin comité de empresa era del 38 por cien. El número de despidos por cada 100 empleados era 7.8, y las dimisiones voluntarias era un 10.4 por cien en empresas con comité de empresa, y de un 14.6 por cien (despidos) y un 15 por cien (dimisiones voluntarias) en empresas sin comité de empresa. Firmas con un comité de empresa tienen una tasa de despido del 2.9 por cien más baja que la experimentada por firmas sin tal representación. Cfr. SADOWSKI, BACKES-GELLNER y FRICK: “Works Councils: Barriers or Boosts for the Competitiveness for German Firms?”, *British J. of Ind. Rel.*, 493. 1995 (33).

¹⁶² Se ha estimado que sólo un 24 por cien de todas las empresas privadas elegidas, abarcando el 60 por cien de los trabajadores del sector privado, tienen un comité de empresa. Vid. JACOBI et al.: “Germany: Facing New Challenges”, en FERNER & HYMAN: <<*Industrial Relations in the new Europe*>>, Oxford, Blackwell, 1998, p. 211.

¹⁶³ Vid. para. 93, *Betriebsverfassungsgesetz*.

participando en la gestión de la empresa con iguales derechos que los de los otros miembros de la dirección o de la empresa, produciéndose de este modo un progresivo proceso de limitación de los poderes patronales sobre el aparato productivo que condujese hasta la abolición de la propiedad privada de los propios medios de producción¹⁶⁴.

Sin embargo, posteriormente DAUBLER pondría de manifiesto los modestos resultados conseguidos con la práctica de la cogestión, “que no ha entrañado otra cosa que una lotización del poder en la empresa: el capital ha entregado a los trabajadores el control del área social a cambio de disponer de la más amplia libertad en el gobierno y gestión de las esferas técnicas y económicas”¹⁶⁵, amén de la acusación de “integracionista” que sobre ella recaía, “sin que pueda decirse que exista una codecisión en las cuestiones fundamentales de la empresa; es posible conseguir determinadas correcciones en materias accesorias, impidiendo las fricciones más graves entre el interés de los capitalistas en una producción más rentable y el interés de los trabajadores en una mayor seguridad del puesto de trabajo, evitándose así una concienciación por parte de obreros y empleados respecto de los problemas del sistema global”¹⁶⁶.

El panorama legislativo germánico -y nos referimos sólo al sector privado- en el que se recogen las diversas formas de cogestión es muy variado, siendo resultado de diversas circunstancias históricas y políticas y, en general, de profundos debates sobre las repercusiones sociales, económicas, jurídicas y constitucionales de las distintas disposiciones que se han ido estableciendo.

Tratando de resumir, podemos llevar a cabo la siguiente sistematización:

a) Un régimen de cogestión simple, minoritaria, se estableció a través de la Ley de Constitución u Organización de las Empresas <<*Betriebsverfassungsgesetz*>>, de 11 de octubre de 1952¹⁶⁷: el artículo 76.1 de esta Ley establecía que el Consejo de Vigilancia¹⁶⁸, en una sociedad por acciones, habría de componerse en un tercio de sus miembros por

¹⁶⁴ F. NAPHTALI: *Democracia económica* (Wirtschaftsdemokratie), Frankfurt/M., Europäische Verlagsanstalt, 1966 (Neuaufgabe), p. 41 y ss. En esta obra la doctrina sitúa el inicio de la ideología cogestora, pues en ella se indica que “la esencia de la democracia implica la codecisión de los trabajadores”. Sobre el origen y causas de desarrollo de la cogestión en Alemania vid. A. OJEDA AVILES: *La cogestión de las grandes empresas en Europa*, Sevilla, 1978, pp. 145 y ss.

¹⁶⁵ Cfr. W. DAUBLER: “Co-determination: the German experience”, *The Industrial Law Journal*, 1975, pp. 218 y ss., cit. por G. GIUGNI: “Ancora una nota sulla democrazia industriale”, *Politica del diritto*, 1976, núm. 2, p. 153.

¹⁶⁶ Cfr. W. DAUBLER: “La cogestión en los órganos de la empresa en la experiencia de la República Federal Alemana”, *Revista de Política Social*, núm. 111, 1976, p. 13.

¹⁶⁷ *Bundesgesetzblatt* 1952, p. 681 y ss.

¹⁶⁸ El Aufsichtsrat o Consejo de Vigilancia, órgano encargado de controlar la marcha económica de la empresa, tiene en el Derecho de Sociedades alemán la misión de elegir al Consejo de Administración, que lleva los asuntos de la sociedad y la representa frente a terceros, así como de vigilar la actuación del mismo, pudiendo reservarse la facultad de aprobación de determinadas decisiones. Un mayor tratamiento de la representación de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia puede encontrarse en M. WEISS y M. SCHMIDT: “Federal Republic Germany”, en R. BLANPAIN: <<*European Labour Law*>>, ELL- Supl. 230, (May-2000), p. 211.

representantes de los trabajadores, designados por sufragio general, secreto y directo de los trabajadores del centro de trabajo perteneciente a la empresa, salvo en los casos en que la sociedad pertenezca a un grupo de empresas o cuente con menos de 500 trabajadores. Para los otros tipos de sociedades habría que establecer distinciones: tratándose de sociedad de responsabilidad limitada, de mutualidades, o de cooperativas que empleen más de 500 trabajadores, entra en juego la regulación mencionada; si no se alcanza el tamaño requerido, o se trata de una empresa con forma jurídica de sociedad personal o de fundación, no hay representación de los trabajadores.

El Consejo de Vigilancia (*Aufsichtsrat*) es quién elige al Consejo de Administración (*Vorstand*), el cual se ocupa de la gestión de los asuntos internos de la sociedad y de su representación frente a terceros. Además de efectuar tal nombramiento, se encarga también de vigilar la actuación de dicho órgano, pudiéndose reservar la facultad de aprobar determinadas decisiones. Por su parte, la Junta General mantiene su competencia en muchas cuestiones importantes de la política general de la sociedad, pues entre otras cuestiones se encarga de decidir el posible cambio de los estatutos sociales, la ampliación y reducción del capital, y elige a los dos tercios de los miembros del Consejo de Vigilancia no designados por los trabajadores.

En la práctica, la representación de un tercio concedida al banco de los trabajadores se limita a un simple derecho de audiencia, sobre todo si tenemos en cuenta que la mayoría formada por los representantes del capital vota casi siempre en bloque, lo que deja escasas posibilidades para hacer valer los intereses del personal en el Consejo de Vigilancia.

Esta Ley fue reformada por la posterior Ley de 15 de Enero de 1972 que, a diferencia de la anterior, ya si contaba con el apoyo de la DGB alemana, puesto que una de las características de la ley de 1972, frente a la de 1952, fue el refuerzo de la posición de los sindicatos en la empresa¹⁶⁹.

b) La cogestión paritaria se estableció inicialmente por Ley de 21 de Mayo de 1951 para el sector del carbón, hierro y acero en las empresas con más de 1.000 trabajadores (*Montanmitbestimmung*)¹⁷⁰. Aquí, en el sector minero-siderúrgico, el Consejo de Vigilancia está formado, según la citada ley, por cinco representantes del capital, cinco de los trabajadores y otro miembro neutral, sobre el que ambas partes han de estar acuerdo.

Respecto a los cinco representantes de los accionistas, la Asamblea General puede designar sin ningún tipo de restricción a cuatro representantes, y otro miembro adicional (*Weiteres Mitglied*), a condición de que este último sea independiente tanto de los accionistas y de los trabajadores como de sus respectivas organizaciones profesionales; respecto a los cinco representantes de los trabajadores, todos estos serán nombrados por la Asamblea General, si bien ésta estaría vinculada en tal proceso de decisión a las propuestas que pudieran presentar los comités de empresa y las organizaciones centrales de los sindicatos¹⁷¹, teniendo

¹⁶⁹ En realidad, prácticamente puede afirmarse que la Ley de 15 de Enero de 1972 lo que vino es a sustituir la anterior de 1952, pues derogó todos los preceptos de éste a excepción de los arts. 76, 77, 77 a), 81, 85 y 87, que continuaron vigentes.

¹⁷⁰ *Bundesgesetzblatt* 1951, p. 347 y ss.

¹⁷¹ El procedimiento electoral de los representantes de los trabajadores se puede sintetizar de la siguiente manera: dos representantes (un obrero y un empleado) de entre los trabajadores de la empresa, previa consulta de los

en cuenta además que aquí uno de ellos también debe poseer las características de independencia anteriormente referidas. El undécimo miembro es un hombre “neutral” elegido por la Asamblea General de la sociedad a propuesta de los restantes miembros del Consejo de Vigilancia¹⁷². El Consejo de Vigilancia así formado elige al Consejo de Administración por mayoría simple.

Además de la composición paritaria del Consejo de Vigilancia, con fuerte influencia sindical en la representación de los trabajadores, es una característica peculiar de la Ley de 1951, frente a la de 1952 anteriormente comentada, la presencia en el *Vorstand* del llamado Director de Trabajo (*Arbeitsdirektor*), encargado de las cuestiones referidas al personal, que es elegido por el Consejo de Vigilancia, pero con la exigencia de que no podía serlo con los votos en contra de la mayoría de los consejeros representantes de los trabajadores.

No existen más órganos de cogestión en la *Montanmitbestimmung*. La Junta General - que conserva su competencia sobre ampliaciones de capital y cambios estatutarios- se compone exclusivamente de accionistas, “de ahí que no exista desde el punto de vista estrictamente jurídico una paridad total, pues los socios conservan la posibilidad de frenar las inversiones y, además, pueden, mediante la transformación de una sociedad por acciones en una comanditaria, eliminar cualquier clase de cogestión”¹⁷³.

Por último, indicar que esta Ley fue completada por otra en 1956, 7 de agosto, para los grupos de sociedades de este sector¹⁷⁴.

c) La Ley de Cogestión de 4 de Mayo de 1976¹⁷⁵, sobre la base de una paridad numérica de representantes de trabajadores y capitalistas en los Consejos de Vigilancia en las empresas con más de 2.000 trabajadores, instaura un sistema “cuasi-paritario”, caracterizado por la introducción de una serie de mecanismos que garantizan el predominio de los capitalistas¹⁷⁶.

sindicatos representados en el establecimiento y de sus organizaciones centrales, serán propuestos por los Comités de Empresa. Los otros representantes de los trabajadores y el quinto miembro adicional de este grupo será propuesto al órgano elector por las organizaciones sindicales centrales, previa consulta de los sindicatos representados en los establecimientos y de los Comités de Empresa. A través de esta fórmula se ha tratado de conseguir un equilibrio entre los representantes de los trabajadores de la empresa y los ajenos a la misma.

¹⁷² Tal propuesta requerirá mayoría de votos y, al menos, tres votos favorables de cada una de las categoría de representantes, de trabajadores y accionistas, en el Consejo de Vigilancia (art. 8.1 *Montanmitbestimmungesetz*); sino se llega a un acuerdo en la propuesta de la persona o fracasa la elección de la misma en la Asamblea, la propia ley prevé en el art. 8.3 un complejo proceso de solución.

¹⁷³ W. DAUBLER: *La cogestión en los órganos de la empresa en la experiencia alemana*, op. cit. pág. 10.

¹⁷⁴ La llamada “ *Holding Novelle*” de 7 de Agosto de 1956 (*Bundesgesetzblatt I* 1956, pp. 707 y ss.) se adoptó con la finalidad de evitar que mediante la formación de grupos de empresas se eludiera, como de hecho en algunos casos sucedía, la aplicación de la ley de 1951.

¹⁷⁵ *Bundesgesetzblatt* 1976 I, p. 1153 y ss.

¹⁷⁶ Cfr. G. ESTEBAN VELASCO: *Participación de los trabajadores en la Empresa y la reforma de las Sociedades Anónimas*, Institutos de Estudios Sociales, 1980, p. 12; En efecto, como dice este autor “se establece una composición paritaria del Consejo de Vigilancia, pero se concede un voto de calidad (doble voto) al Presidente del Consejo de Vigilancia para resolver las situaciones de empate. Éste es nombrado, si no hay acuerdo en la primera votación, en la segunda votación por los representantes del capital y, además, se concede

El panorama general que se puede extraer como consecuencia de la citada Ley sería, tras la misma, el siguiente: en el sector carbosiderúrgico rige el principio del “paritarismo”, en el sentido de que el Consejo de Vigilancia está compuesto por igual número de representantes de los trabajadores y del capital; en el resto de los sectores productivos rige el principio de la participación minoritaria, tratándose de empresas de menos de 2.000 trabajadores, y el de participación formalmente paritaria, tratándose de empresas con plantilla superior a la indicada.

Entrando en el régimen configurado por la Ley de Cogestión de 1976, la ley establece el principio de la representación paritaria de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia que estaría compuesto, por tanto, por un idéntico número de representantes del capital y de los trabajadores, el cual estaría en función de la plantilla de la empresa. En concreto, el número de miembros será de doce (6 y 6) si el número de los trabajadores en la empresa no supera los 10.000, de dieciséis (8 y 8) si el número de trabajadores es superior a 10.000 e inferior a 20.000, y de veinte (10 y 10) si el número de trabajadores sobrepasa los 20.000.

De los 6, 8 ó 10 representantes respectivos de los trabajadores, 4, 6 ó 7, correlativamente, han de tener la condición de trabajadores dependientes de la empresa, siendo los restantes sindicalistas “externos”¹⁷⁷, destacándose el hecho relevante de que en el bando del personal ha de contarse, al menos, con un representante de cada uno de los grupos siguientes: obrero, empleado y directivo.

La representación paritaria consagrada por la ley acaba teniendo sin embargo un mero carácter “formal”, y ello sobretodo debido principalmente a dos factores¹⁷⁸:

1.- En primer lugar, debido a los mecanismos ideados para la elección del Presidente del Consejo de Vigilancia y al voto decisorio que a éste otorga la norma. En principio, el Presidente y el Vicepresidente del Consejo serán elegidos por una mayoría cualificada de 2/3 de los miembros que compongan el mismo. Si en la elección del Presidente o de su Vicepresidente no se alcanza la mayoría exigida, tendrá lugar una segunda votación a tales efectos; en esta segunda votación, los miembros del Consejo de Vigilancia representantes de los titulares del capital elegirán al Presidente del Consejo y los miembros representantes de los trabajadores al Vicepresidente, por mayoría de votos emitidos. La Ley de Cogestión parte del principio de la adopción de acuerdos por mayoría, pero, en el supuesto de que en una votación haya habido igualdad de votos, se producirá una nueva votación sobre el mismo asunto, y en el caso de que también entonces haya una igualdad de votos se concede al Presidente un doble

un derecho de representación separada dentro del grupo de los representantes de los trabajadores a los altos cargos, cuyos intereses es discutible que coincidan con los de los trabajadores en general”.

¹⁷⁷ Los sindicatos cuentan, por tanto, con una representación minoritaria en los Consejos de Vigilancia (dos representantes si el número total de representantes del bando de los trabajadores es seis u ocho, y tres si dicho número es diez), pero no intervienen ni en la presentación de las candidaturas de los representantes del personal (sólo presentan las candidaturas de sus propios representantes, “*sindicalistas externos*”) ni en la elección, ya sea de representantes del personal, ya sea de sus propios representantes.

¹⁷⁸ Sobre la finalmente limitada influencia de los representantes de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia bajo la Ley de Cogestión de 1976, vid. H. WIEDEMANN: “Codetermination by Workers in German Experience”, *28 The American Journal Of Comparative Law*, 1980, pp. 86 y ss.

voto (voto de calidad) para resolver el empate. Este doble voto sólo corresponderá al Presidente del Consejo de Vigilancia y no al Vicepresidente.

2.- En segundo lugar, debido a la representación conferida a los directivos. La separación anteriormente indicada de los trabajadores en obreros (“*manual workers*”), empleados (“*white-collar workers*”), y personal directivo (“*managerial employees*”, *Leitende Angestellte*), se ha traducido en una clara potenciación del papel de dicho personal directivo, estando éste en ocasiones sobrerrepresentado¹⁷⁹, hasta el punto de que se ha afirmado que con ello se produce una quiebra del paritarismo por lo que, realmente, la ley no ha democratizado verdaderamente el poder en la empresa: “la cogestión muestra, con crudeza y realismo, su sentido mistificante, su carácter de proyecto político de la burguesía productiva para, sin perder su posición privilegiada en el proceso de formación de las decisiones económicas, suscitar en los trabajadores una falsa conciencia de participación que esteriliza su concienciación respecto de los problemas del sistema global”¹⁸⁰.

Sin embargo, no cabe duda que, en cualquier caso, este método de participación de los trabajadores calificado como “co-determinación” conlleva una considerable influencia de los trabajadores, pero también tiene otras implicaciones en las relaciones entre la dirección y los trabajadores de la empresa, más allá de las que a primera vista podrían observarse¹⁸¹.

Como SIMITIS indicaba¹⁸², si por co-determinación se entiende no sólo el derecho a participar en el proceso de la toma de decisiones, sino también una obligación de aceptar y defender los resultados de este proceso, las huelgas y otras acciones de conflicto pueden resultar más cuestionadas, por lo menos si están motivados por demandas que tienen que ver directamente con la empresa. Cualquier esfuerzo que se realice con la intención de institucionalizar la participación va a modificar, en mayor o menor medida, las estructuras de conflicto y de poder existentes en la empresa. Al atacar los privilegios de los empresarios, la representación de los trabajadores también altera la posición de los trabajadores. La libertad de negociar y el derecho a hacer huelga descansan sobre la disociación de los trabajadores y la política de la empresa, y ésta obviamente ya no se

¹⁷⁹ Tal potenciación se pone de manifiesto al decidir éstos con total autonomía sus candidatos para el Consejo de Vigilancia, lo cual unido al hecho de que el conjunto de los trabajadores (incluido el personal directivo) tiene que elegir los representantes correspondientes en su debida proporción numérica y que, en todo caso, al menos un miembro ha de pertenecer a cada grupo (obrero, empleado y directivo), puede llevar en la práctica a una sobrerrepresentación del personal directivo, especialmente si se tiene en cuenta que dicho personal se corresponde con el grupo menos numeroso en la empresa, constituyendo aproximadamente sólo el 2% de la plantilla de la empresa, tal y como señala Hanau. Cfr. P. HANAU: Federal Republic of Germany, en W. KOLBENBACH y P. HANAU: <<*Handbook of European Employee Co-managment*>>, Kluwer, 1997, p. 38.

¹⁸⁰ F. VALDES DAL-RE: “Democracia Industrial en Europa: Balance de un Debate”, en AA. VV.: <<*Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*>>, Tecnos, 1980, op. cit. p. 498.

¹⁸¹ Un interesante análisis de las posibilidades aplicativas del sistema alemán de cogestión en el actual contexto político y económico y su problemática coordinación con la regulación comunitaria sobre el Comité de Empresa Europeo (Directiva n. 94/45, en DOCE n. L. 254, del 30 de septiembre de 1994) es desarrollado por W. STREECK: “La cogestión en Alemania: problemi aperti”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 74, 1997, pp. 243 y ss.

¹⁸² C. SIMITIS: “Workers’ Participation in the Enterprise-Transcending Company Law?”, *MLR*, 38, 1975.

produce de manera radical, con unos representantes de los trabajadores que están incardinados, en mayor o menor número, en el propio consejo de la sociedad.

1.3.3. Holanda.

En Holanda¹⁸³, la primera regulación estatutaria de los comités de empresa concedía al empresario el derecho a presidir las reuniones del comité¹⁸⁴. Desde 1979¹⁸⁵, año en el que se modificó la precedente legislación de 1971¹⁸⁶, sin embargo, el empresario ya no es miembro de los citados comités, estando éstos constituidos exclusivamente por representantes de los trabajadores.

El establecimiento de los comités de empresa (*ondernemingsraads*), inicialmente previsto en las empresas que tuviesen más de cien trabajadores, a partir de la Enmienda de 1981 pasa a ser obligatorio si la empresa tiene 35 o más personas empleadas¹⁸⁷. En empresas más pequeñas, los trabajadores tienen derecho a convocar reuniones dos veces al año, y a ser informados y consultados sobre aquellas decisiones importantes que afecten considerablemente al nivel de empleo¹⁸⁸.

Los candidatos para los comités de empresa deben ser propuestos por los sindicatos (éstos pueden, por tanto, presentar listas que contengan sus propios candidatos)¹⁸⁹, o por un mínimo de trabajadores (un tercio de los trabajadores con derecho al voto). Los comités de empresa pueden determinar si han de configurarse listas de candidatos relacionados con grupos o departamentos dentro de la empresa. Pueden votar en las elecciones todos aquellos

¹⁸³ Sobre el sistema holandés de participación y representación de los trabajadores vid. W. KOLVENBACH: “The Netherlands”, en W. KOLVENBACH y P. HANAU: <<*Handbook on European Employee Co-management*>>, Kluwer, 1997; T. J. M. JACOBS: “The Netherlands”, en R. BLANPAIN: <<*European Labour Law*>>, ELL- Supl. 276, (January-2004).

¹⁸⁴ Ley de 4 de mayo de 1950. *Statsblad* 1950 K 174.

¹⁸⁵ *Statsblad* 1979, 448, p. 1 y ss.

¹⁸⁶ *Wet op de Ondernemingsraden*, *Statsblad* 1971, 54.

¹⁸⁷ Art. 2 *Wet op de ondernemingsraden* (Ley sobre Comités de Empresa), *Statsblad* 1981, 416. El número de miembros del comité de empresa varía de 3 a 25, de acuerdo con el propio tamaño de la plantilla de la empresa (su composición va desde 3 miembros, si la empresa tiene menos de 50 trabajadores, hasta 15, si hay entre 1000 y 2000 trabajadores, añadiéndose 2 miembros más por cada 1000 trabajadores más que formen parte de la empresa, y ello con un límite máximo de 25).

¹⁸⁸ Art. 35 b.

¹⁸⁹ Art. 9. En general, puede afirmarse que en Holanda los sindicatos suelen tener una sobrerrepresentación en los comités de empresas. Como señala Jacobs, alrededor del 65% de los miembros de comités de empresa pertenecen a sindicatos, a diferencia de lo que ocurre con el conjunto de los trabajadores en Holanda, país en el que el índice de afiliación sindical por parte de la población trabajadora no excede del 25%. Cfr. T. J. M. JACOBS: “The Netherlands”, en R. BLANPAIN: <<*European Labour Law*>>, ELL- Supl. 276, (January-2004), p. 178.

empleados que cuenten con una antigüedad en la empresa de al menos seis meses, y son elegibles los que tengan al menos un año de antigüedad en la misma¹⁹⁰.

Los miembros del comité de empresa son elegidos para un periodo de tres años¹⁹¹. Tales miembros disfrutan de ciertas facilidades y tienen derecho a educación y formación¹⁹², estando protegidos tanto contra posibles perjuicios en su puesto de trabajo, como contra la extinción de su contrato de trabajo¹⁹³. Asimismo, el comité de empresa debe contar con un presidente, elegido por el propio comité.

Si el empresario ha establecido más de un comité de empresa en la compañía, o si la empresa es parte de un grupo de empresas, el establecimiento de un grupo de comités (*groepsondernemingsraden*) y de un comité central (*centrale ondernemingsraad*) debe ser, respectivamente en cada caso, obligatorio.

El comité de empresa tiene derecho a la información sobre cuestiones generales, principalmente sobre economía y política social, pero también sobre asuntos financieros¹⁹⁴. Asimismo, debe ser consultado sobre importantes decisiones económicas y financieras, tal y como se regula en la legislación¹⁹⁵, como son el cierre de la empresa o su transmisión. El comité de empresa tiene también derecho a la co-decisión sobre asuntos de política de personal, tal y como también se establece en la ley, por ejemplo, en cuestiones como un cambio en el sistema salarial, pensiones, seguros, cambios en el horario de trabajo, etc...¹⁹⁶.

Además, el comité de empresa puede acudir a los tribunales en el caso de que el empresario no cumpla con las obligaciones establecidas en la legislación respecto a los comités de empresa. De este modo, si el comité de empresa no ha sido adecuadamente consultado en los casos oportunos, los tribunales pueden obligar al empresario a retirar su decisión. Así, decisiones tomadas por la empresa respecto a la política de personal pueden ser nulas si no son adoptadas con la participación del comité de empresa¹⁹⁷.

Destacar también como en Holanda el empresario y el comité de empresa han de reunirse al menos seis veces al año. Al menos dos de estas reuniones tienen que tratar sobre la situación general de los negocios de la compañía. Precisamente, una circunstancia especial, no conocida por la legislación sobre comités de empresa de otros países europeos, la constituye la de la presencia de representantes del Consejo de Vigilancia en estas reuniones especiales del comité de empresa¹⁹⁸. De este modo, el comité de empresa cuenta

¹⁹⁰ Art. 6.

¹⁹¹ Arts. 9-12.

¹⁹² Arts. 16-18.

¹⁹³ Art. 21.

¹⁹⁴ Art. 31.

¹⁹⁵ Art. 25.

¹⁹⁶ Art. 27.

¹⁹⁷ Arts. 26 y 27.

¹⁹⁸ Art. 24.

con un contacto más cercano con el Consejo de Vigilancia que el que cuentan los accionistas, quienes normalmente sólo se reúnen una vez al año con el Consejo de Vigilancia, al celebrarse la Junta General¹⁹⁹.

Como en Alemania, aparte de comités de empresa, la participación de los trabajadores también se efectúa, en ciertas empresas, a través de la presencia de representantes de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia de la compañía²⁰⁰. El sistema holandés de co-determinación se aplica en grandes empresas, públicas y privadas, que empleen al menos a 100 trabajadores, sirviéndose del mecanismo de la “cooptación”, con el que se pretende evitar confrontaciones inútiles y garantizar un proceso de toma de decisiones más ágil y sin tropiezos.

Y es que el sistema holandés parte de una premisa diferente que su contrapartida alemana: se considera al Consejo de Vigilancia, puramente, como una entidad no ejecutiva, reflejando tan lejos como sea posible su imagen en el mundo exterior, separándose de los poderes políticos internos de la empresa: su papel se ciñe en guiar y supervisar la dirección y gestión de la compañía por parte de los accionistas y los empleados. Como consecuencia de esto, se considera que no hay lugar en el Consejo de Vigilancia para los representantes de los sindicatos ni de los empresarios.

De este modo, se utiliza un sistema de cooptación en el que son los propios miembros del órgano los que eligen al nuevo miembro cuando un puesto del mismo queda vacante: así, cuando un puesto está vacante en el Consejo de Vigilancia, los restantes miembros eligen una persona de una lista de candidatos nominados, independientemente, por parte de los accionistas, la dirección, y el comité de empresa²⁰¹.

El nuevo miembro debe ser independiente y por ello no puede ser un empleado dependiente de la empresa ni un sindicalista, sino una persona independiente y socialmente aceptada por todas las partes implicadas. Si uno de los grupos se opone al candidato designado puede vetarlo, siendo en este caso el asunto decidido por el Consejo Económico y Social nacional, un órgano que goza de mucha consideración y que está constituido en partes iguales por representantes de la patronal y de los sindicatos, así como de expertos designados por la Corona, que no son ni funcionarios ni políticos.

Como podemos ver, en este sistema de cooptación los miembros del Consejo de Vigilancia son elegidos por votación interna del propio órgano, teniendo un mandato que

¹⁹⁹ Como señala Kolvenbach, esta inusual regulación debe ponerse en conexión con la composición única del Consejo de Vigilancia de las compañías holandesas, en las cuales los trabajadores no tienen una representación directa. Cfr. W. KOLVENBACH: “The Netherlands”, en W. KOLVENBACH y P. HANAU: <<*Handbook on European Employee Co-management*>>, Kluwer, 1997, op. cit. p. 8.

²⁰⁰ Art. 152-164 para empresas públicas y 262-274 para empresas privadas.

²⁰¹ El sistema holandés de cooptación ha sido objeto de análisis en muchas publicaciones y artículos especializados de los Países Bajos. Mencionamos, a título de ejemplo, a VAN DE VEEN: “Corporate Developments in the Netherlands”, *The Business Lawyer*, 1972, pp. 873 y ss.; SANDERS: “The Reform of Dutch Company Law”, *Journal of Business Law*, 1973, pp. 194 y ss.; VAN HAREN: *Holland Comparative Law Yearbook*, 1980, pp. 89 y ss.; BRINK: “Legal Aspects of Industrial Relations in the Netherlands”, *International Business Lawyer*, 1984, pp. 445 y ss.

no puede exceder de los 4 años, si bien es posible la reelección. El comité de empresa tiene derecho a proponer candidatos y vetar a un candidato elegido por Consejo de Vigilancia. Eso sí, tal objeción solo puede ser realizada en los supuestos contemplados en la norma: los más importantes son que el candidato carezca de facultades para cumplir sus deberes o que el consejo fuera inapropiadamente constituido. Si se plantea una objeción, el candidato no tomará el cargo a no ser que la objeción sea declarada infundada por el Consejo Económico y Social y sea, por tanto, denegada²⁰². A su vez, un miembro del Consejo de Vigilancia no puede ser removido antes de la expiración de su mandato sino por decisión de los propios Tribunales (Corte de Apelación de Ámsterdam), a petición del propio Consejo de Vigilancia, de la Junta de accionistas, o del Comité de Empresa.

1.3.4. Italia.

Si el modelo alemán visto constituye el más claro ejemplo en Europa de la participación en las decisiones por la vía de la cogestión, la otra gran tendencia participativa, la participación por la vía del control tiene en el modelo italiano su mayor exponente²⁰³. Este último modelo parte de la naturaleza conflictiva y antagónica entre empresario y trabajador, rechazándose la colaboración por los riesgos de integración del trabajador y de pérdida de autonomía de los sindicatos para la defensa de los intereses de los trabajadores²⁰⁴; siendo por ello que la participación no opera mediante la presencia de los representantes de los trabajadores en los órganos de dirección en la empresa, sino mediante la negociación colectiva como instrumento que posibilite la participación en las decisiones importantes para los trabajadores. Así, en este modelo, frente a la participación institucional lo que se pretende es promover la ampliación del contenido tradicional de la negociación colectiva, llevándola al concreto ámbito de la empresa, y potenciar las representaciones directas, sindicales o no, de los trabajadores.

El ejemplo más evidente de este modelo participativo lo constituye precisamente el caso italiano. Los logros ocurridos en Italia han llegado principalmente por medio de la negociación colectiva, la cual legitima a los sindicatos para recibir informaciones sobre planes empresariales en materia de producción y cambios tecnológicos (en ocasiones los convenios han dado lugar a una superior implicación sindical, a través de la vía del “*examen conjunto*”).

²⁰² Sobre las decisiones adoptadas en esta materia por el importante Consejo Económico y Social holandés vid. W. KOLVENBACH: “The Netherlands”, en W. KOLVENBACH y P. HANAU: <<*Handbook on European Employee Co-management*>>, Kluwer, 1997, pp. 16 y 17.

²⁰³ Sobre el sistema italiano, entre otros, vid. G. BOGUETTI: “Italy”, *4 Comparative Law Yearbook*, 1980, pp. 105 y ss.; T. TREU: “Fifty Years of Italian Labour Law”, *FN*, 6, 1980, pp. 137 y ss.; B. VENEZIANI: “Industrial Democracy in Italy”, *17 International Studies of Management and Organization*, 1987, pp. 69 y ss.; W. KOLVENBACH: “Italy”, en W. KOLVENBACH y P. HANAU: <<*Handbook on European Employee Co-management*>>, Kluwer, 1997; T. TREU: “Italy”, en R. BLANPAIN: <<*European Labour Law*>>, ELL- Supl. 318, (December-2006), pp. 200 y ss.

²⁰⁴ Así, este modelo de “control obrero” queda resumido en un eslogan sindical que en su día hizo fortuna y que expresa abiertamente la filosofía de los principios que lo inspiran: “*no tenemos el poder, luego no debemos gestionar la economía al lado o en lugar de los capitalistas*”. Cfr. S. MALLETT: *La nouvelle classe ouvrière*, Seuil, Paris, 1969, p. 69.

El enorme desarrollo del sistema de negociación italiano se ha traducido en una progresiva limitación del poder de dirección y organización del empresario, pues “de centrarse en los problemas relativos a la organización del trabajo se pasó, especialmente a partir de los acuerdos de los años 73 y 74, a reclamar y conseguir el derecho de información en lo que concierne a las inversiones y a las modificaciones de la empresa”²⁰⁵, hasta el punto de que se haya puesto de manifiesto que la esencia de la vía italiana de democracia industrial se encuentra en la información y contratación de las inversiones.

Una característica peculiar de la experiencia italiana la constituye la inexistencia de una base normativa de implantación, a excepción del Statuto dei Lavoratori de 1970²⁰⁶, y aún tras él, parece innegable que sigue siendo la dinámica sindical el cauce de fijación de los mecanismos de acción representativa. La Ley de 1970 (Estatuto de los Trabajadores), vino a otorgar un cierto soporte jurídico a las relaciones de trabajo en las empresas. El objetivo de esta ley es, por un lado, llevar a cabo una protección eficaz de la libertad y dignidad del trabajador y, por otro, legitimar y revalorizar la presencia sindical en los lugares de trabajo por medio de las representaciones sindicales en la empresa. Y es que la Ley de 1970 da a los trabajadores la posibilidad de constituir en cada unidad de producción unas “representaciones sindicales en la empresa”²⁰⁷; la ley habla de representaciones sindicales en términos generales, dejando a los sindicatos la tarea de elegir la forma de organización interna que estimen más conveniente (secciones sindicales, comités de taller, consejos de empresa).

Poco antes, durante las luchas sindicales de los años 1968 y 1969, fue cuando surgirían las nuevas formas de representación de los trabajadores (los Delegados y los Consejos de Fábrica), viniendo a sustituir a las antiguas, las “comisiones internas” (**comissione interna**), órganos similares a los comités de empresa propios de otros países, cuyas actividades eran bastantes limitadas, haciendo ya algún tiempo que habían entrado en crisis al mostrar su insuficiencia a la hora de imponer un nuevo tipo de reivindicaciones que confirmaban a la empresa como el ámbito y objeto principal de la negociación²⁰⁸.

²⁰⁵ G. GARCÍA BECEDAS: *Participación de los trabajadores en la empresa...*, p. 14, final.

²⁰⁶ *Gaceta Ufficiale della Repubblica Italiana*, de 22 de mayo de 1970, pp. 3402 y ss.

²⁰⁷ Capítulo III del Statuto dei Lavoratori. De acuerdo con el mismo, los representantes sindicales en la empresa, así como los propios empleados de la misma, tienen el derecho de convocar reuniones a las que asistan todos los trabajadores de la unidad de producción, en las que incluso podrán estar presentes representantes sindicales externos, si el empresario ha sido avisado previamente. Tales reuniones pueden tratar sobre asuntos de empleo, así como sobre problemas sindicales.

²⁰⁸ La base legal para el establecimiento de las “comisiones internas” fue el Acuerdo Interconfederal de 18 de abril de 1966, que vino a indicar que este tipo de órganos debía ser instituido en todas las empresas con 40 o más trabajadores (en empresas pequeñas, que contasen entre 5 y 39 trabajadores, sólo podía ser elegido un representante como interlocutor de la plantilla), siendo su composición variable de acuerdo con una escala fijada en función del tamaño de la plantilla (desde 3 miembros, en empresas hasta 176 empleados, hasta un máximo de 21 miembros, en compañías con más de 40.000 empleados), y siendo sus miembros elegidos mediante voto secreto. La duración del mandato de sus miembros era de 2 años. Para ser elegible, el candidato debía tener más de 18 años de edad, y tenía que haber trabajado en la compañía más de 6 meses. Las listas de candidatos podían ser presentadas por los sindicatos, así como por grupos independientes de trabajadores. Las competencias de las comisiones internas eran de carácter eminentemente consultivo, y versaban sobre la emisión de propuestas a la dirección dirigidas a incrementar la producción de la empresa y la mejora de los métodos de trabajo, el control de la correcta aplicación y cumplimiento de los contratos de trabajo, la observancia de las regulaciones en materia de seguridad e higiene etc...

Estos Delegados aparecen como representantes obreros que nacen de la exigencia de autoprotección de un grupo obrero homogéneo (los trabajadores de una misma unidad productiva), siendo elegidos y revocados por dicho grupo homogéneo de forma completamente autónoma, frente a las Confederaciones sindicales, ya que todos los trabajadores del grupo homogéneo participan en la elección de su representante, tanto si pertenecen a un sindicato como si no, lo que acentúa el carácter unitario de la representación. El conjunto de los Delegados constituye el Consejo de Fábrica (**Consiglio di Fabbrica**), en cuyo seno se definen las plataformas reivindicativas y las diferentes formas de acción. A su vez, los empresarios, como consecuencia de la negociación de convenios colectivos nacionales, se vieron forzados en muchos casos a reconocer a tales Consejos de Fábrica como órganos legitimados con los que tenían que tratar, a pesar de que los mismos permanecían como instituciones esencialmente autónomas.

Ahora bien, si como hemos indicado, estos organismos representativos tuvieron inicialmente un carácter espontáneo, posteriormente los sindicatos acabaron convirtiendo a los Consejos de Fábrica en el elemento de base del sindicato en la empresa²⁰⁹, convirtiendo en oficial una estructura que inicialmente era espontánea, con una función primordial: representar y defender los intereses de los trabajadores en el seno de las empresas mediante, de manera particular, el sistema de convenios colectivos concluidos con el empresario.

De este modo, en Italia se producía una superposición entre el papel de los sindicatos y las entidades de representación de todos los trabajadores. Las reformas de 1993 permitieron la adopción de un único cuerpo de representación de trabajadores en todos los lugares de trabajo: se trata de la RSU (*rappresentanza sindacale unitaria*²¹⁰), que viene a reemplazar las tres formas superpuestas de representación de los trabajadores que previamente han existido, pues aparece como una mezcla de comités de empresa (*Commissione Interna*), basado en la representación sindical en el lugar de trabajo por el sindicato más representativo (RSA), y Consejos de Fábrica (*Consiglio di Fabbrica*).

Las RSU son entidades de representación, al mismo tiempo general y sindical, que deben ser establecidas en todas las unidades productivas con más de 15 trabajadores, siendo elegidas por la totalidad de los trabajadores pero teniendo los sindicatos prioridad en la nominación de los candidatos. Por eso, el sistema italiano refuerza la idea de que el segundo canal no sólo es una alternativa a la sindicalización sino el soporte de ella.

En definitiva, sería la exigencia de nuevas reglas sobre la representación sindical, al menos a nivel de empresa, la que acarrearía la institución, a partir de la pasada década de los noventa, de la representación sindical unitaria, representación elegida en sus dos terceras partes por todos los trabajadores (sobre listas sindicales o de grupos capaces de recoger al menos el 5% de firmas sobre el total de los electores con derecho al voto), pero con reserva de un tercio restante de los puestos de representación a cubrir, los cuales deben ser elegidos o

²⁰⁹ Tal proceso se produjo en el llamado “*Patto federativo*” (Julio de 1972), en virtud del cual fue constituida la federación unitaria entre la CGIL, la CISL y la UIL.

²¹⁰ Tal órgano fue fruto del Acuerdo Interconfederal firmado el 20 de diciembre de 1993 por Cofindustria e Intersit por el lado empresarial, y por CGIL, CISL y UIL por el lado sindical. Este acuerdo se dividía en dos Capítulos: uno, relativo al mecanismo para el establecimiento y funcionamiento de las RSU, y otro, referente al procedimiento de elección de las RSU.

designados por aquellas organizaciones sindicales que han estipulado en Italia el “*contratto collettivo nazionale di lavoro*”, siendo el propósito de este mecanismo el asegurar a las tres principales confederaciones sindicales firmantes del mismo (CGIL, CSIL y UISL) al menos un tercio de los puestos de la RSU²¹¹.

El mandato de los miembros de la RSU es, en principio, de 3 años. Al menos tres meses antes de la expiración del mismo pueden ser convocadas nuevas elecciones

1.3.5. Francia.

En cuanto a Francia²¹², en términos generales, el sistema de relaciones industriales francés ha girado en torno a los principios del control obrero, al igual que en Italia, representando tradicionalmente también uno de los paradigmas del modelo conflictual, pues si bien las corrientes favorables al establecimiento de una cogestión de tipo “germánico” -en su versión devaluada de la covigilancia minoritaria- han tenido más consistencia que en aquel país, no cabe duda que tales intentos no han pasado de tener un carácter débil, cuajando escasamente en la práctica los intentos de articular un sistema de participación de los trabajadores en los órganos de las sociedades francesas.

El sistema francés está caracterizado, con carácter general, por una diversidad de instituciones representativas de los trabajadores en las empresas, cuyas funciones se refieren, en gran parte, a la información y consulta, pero no tanto a la negociación colectiva²¹³. La legislación francesa acepta una dualidad de representaciones²¹⁴: delegados de personal y comités de empresa, por vía de elección, y delegados sindicales, por vía de designación, siendo estos últimos, junto a las secciones sindicales, las figuras a través de las cuales se articula la acción sindical en la empresa.

Detengámonos, brevemente, en cada una de estas figuras:

²¹¹ Cfr. W. KOLVENBACH: “Italy”, en W. KOLVENBACH y P. HANAU: <<*Handbook on European Employee Co-management*>>, Kluwer, 1997, op. p. 11.2.

²¹² Para un mayor análisis del sistema francés, vid. J. M. VERDIER: “Syndicats et droit syndical”, Vol II, <<*Le droit Syndical dans l’entreprise*>>, 2nd edn., Paris, 1984; R. BAILET: “les représentants du personnel dans l’entreprise, mission et moyens d’action”, *Jurisprudence général Dalloz*, Paris, 1986; P. SUET: *Comité d’entreprise, délégués du personnel et délégués syndicaux. Désignation et pratique*, 6th edn, Paris, 1986; Y. DELAMOTTE: “Workers’ participation and personal policies in France”, *International Labour Review*, 1988, pp. 221-241; A. LYON-CAEN: *European Employment and Industrial Relations Glossary: France*, Sweet & Maxwell, London, 1993; R. BIRK: “France”, en W. KOLVENBACH y P. HANAU: <<*Handbook on European Employee Co-management*>>, Kluwer, 1997; E. BLEDNIAK: *Comité d’entreprise*, Dalloz, Paris, 11.ª ed., 1999; V. ROY: *Droit de Travail 2002*, Dunod, Paris, 2002; E. LASA IRIGOYEN: “La representación de los trabajadores en la empresa en Francia”, *RMTAS*, NÚM. 43, 2003, pp. 87-105.

²¹³ Sin embargo, también debe indicarse que los Tribunales pueden atribuir cierta fuerza legal a los acuerdos suscritos entre empresario y comités de empresa.

²¹⁴ Tal dualidad fue confirmada por la Ley de 27 de Diciembre de 1968 (Ley 68-1179).

PARTE PRIMERA. Cap. I: “*La participación de los trabajadores en la empresa*”

- Los Delegados de personal (*délégués du personnel*) son obligatorios en los establecimientos con 11 o más trabajadores, y fueron introducidos en Francia fundamentalmente para tratar las quejas individuales y colectivas de los trabajadores y para asegurar que la legislación laboral y los convenios colectivos fueran aplicados. Ésta es la forma de representación más extendida en el país vecino²¹⁵.

En concreto, los delegados de personal nacen a raíz de los “*acuerdos de Matignon*” (ley de 24 de junio de 1936), pero son objeto de una importante reestructuración en 1946²¹⁶, con el reconocimiento constitucional de su actividad. Su función primordial es la de atender reclamaciones de los trabajadores y asumir algunas de las funciones del comité de empresa, allí donde éste no exista²¹⁷. Sus actividades se encuentran limitadas en su ejercicio al establecimiento o centro de trabajo al que están vinculados, por lo que en empresas con diversos centros de trabajo su ámbito de competencia no excede de aquel concreto en el que fueron elegidos.

Para poder desarrollar sus funciones tienen atribuidos una serie de derechos, entre los que se encuentran los siguientes: a) el derecho a ser recibidos por la empresa una vez al mes²¹⁸; b) en casos urgentes, el derecho a poder solicitar la convocatoria de reuniones extraordinarias; c) el derecho a moverse libremente, dentro y fuera del centro de trabajo en el desarrollo de su cargo, y de hablar con los trabajadores en sus puestos de trabajo²¹⁹; d) el derecho a poder colocar avisos e informaciones dentro del centro de trabajo²²⁰; e) el derecho a disponer de un lugar adecuado para sus reuniones²²¹.

Los delegados de personal han de elegirse cuando un establecimiento haya tenido al menos 11 empleados durante doce meses, consecutivos o no, en los tres años anteriores a su constitución, si bien es posible que existan delegados de personal en un establecimiento que no alcance los 11 asalariados en el caso de que ello se haya previsto convencionalmente²²². La elección se lleva a cabo según un sistema de representación proporcional, para lo cual

²¹⁵ A. LYON-CAEN: *European Employment and Industrial Relations Glossary: France*, Sweet & Maxwell, London, 1993, p. 262.

²¹⁶ Ley de 16 de abril de 1946, actualmente integrada en el Code du Travail, bajo las secciones L 420-1 y L 426, habiendo sido éstas objeto de reformas posteriores, entre las que destaca la efectuada por Ley de 28 de octubre de 1982. Por su parte, y respecto al Code du Travail francés, hay que indicar que la parte legislativa del nuevo Code du Travail ha sido publicada por la Ordonnance n° 2007-329, de 12 de marzo de 2007, y ratificada por la Loi n° 2008-67, de 21 de enero de 2008. El nuevo Code du Travail francés entra en vigor el 1 de mayo de 2008.

²¹⁷ En Francia hay un gran número de casos en los que una empresa no dispone de comité de empresa: bien por que emplea más de 50 trabajadores y no cuenta con el correspondiente comité de empresa ante la ausencia de candidatos, o también por no existir obligación legal de tenerlo, al emplear menos de 50 trabajadores. Cfr. M. DESPAX y J. ROJOT: “France”, en R. BLANPAIN: <<*European Labour Law*>>, ELL- Supl. 77, (May-1987), p. 214, *in fine*,

²¹⁸ Art. L 424-4, Code du Travail.

²¹⁹ Art. L 424-3.

²²⁰ Art. L 424-2, párrf. 2.

²²¹ Art. L 424-2, párrf. 1.

²²² Art. L 421-1.

los trabajadores son divididos en dos colegios electorales: uno para ingenieros y técnicos, y otro para obreros y empleados, excepto en las empresas con menos de 25 trabajadores, donde hay un solo colegio. Los candidatos son designados, en principio, por los sindicatos más representativos²²³, pero si el número de votos es inferior a la mitad de los electores²²⁴, hay que celebrar una segunda elección, pudiendo en este caso presentarse listas de candidatos que no sean las sindicales. Las elecciones se celebran cada dos años a iniciativa del empresario, que debe promoverlas.

El número de delegados de personal a elegir depende en cada caso del tamaño de la plantilla del establecimiento y ha sido fijado mediante Decreto²²⁵. Dado que el ámbito propio de los delegados de personal es el establecimiento, el número de representantes varía en función de los empleados de éste y no de la empresa²²⁶. A diferencia del caso español, la existencia en Francia de los delegados de personal es acumulativa y no alternativa a la del comité, pues el ámbito de actuación de unos y otros es diferente: el estricto establecimiento, en el caso de los delegados de personal; la empresa en su conjunto, en el caso del comité de empresa.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que, desde 1993, en las empresas con menos de 200 empleados, el empresario puede decidir, tras consultar con los representantes de los trabajadores existentes, que los delegados de personal constituyan la representación de los trabajadores en el comité de empresa. Esta institución, denominada “Delegación única de personal”, no es exactamente una fusión de los dos mecanismos (delegados y comité) en uno sólo: una vez al mes deben celebrarse sucesivamente dos reuniones, la de los delegados de personal con el empleador, y la del comité de empresa. Aunque son las mismas personas en cada caso, cada reunión debe celebrarse siguiendo las reglas del respectivo organismo²²⁷.

²²³ De acuerdo con el art. L. 423-2 (2) del Code du Travail, un sindicato es considerado como representativo en un particular establecimiento si el mismo pertenece a una organización sindical que sea representativa a nivel nacional.

²²⁴ No cuentan, a efectos de alcanzar el 50% del electorado, ni las abstenciones ni los votos en blanco.

²²⁵ Décret N°. 83-470, de 8 de junio de 1983 y art. 423-1, Code du Travail. Los artículos L 423-1 al 423-18 del Code du Travail contienen disposiciones específicas sobre el proceso de elección de tales delegados, teniendo derecho de voto todo empleado que cuente con, al menos, dieciséis años de edad y con una antigüedad mínima en la empresa de, como mínimo, tres meses, y pudiendo ser elegido cualquier empleado que cuente con, al menos, dieciocho años de edad y con una antigüedad mínima en la empresa de, como mínimo, un año sin interrupción. Iguales requisitos rigen en el caso de la elección del Comité de Empresa.

²²⁶ Lo que significará también que cuando una empresa esté integrada por 11 trabajadores pero éstos están repartidos en varios centros, no tiene derecho a nombrar delegados de personal. Sin embargo, en el supuesto de que una empresa, como veremos, tenga 50 asalariados distribuidos en varios establecimientos, sí que cumple la exigencia para tener un comité de empresa; cuestión distinta es que cada centro que alcance por separado los 50 empleados pueda tener un comité de establecimiento propio.

²²⁷ Art. L. 431-1. La “Delegación única del personal” puede crearse desde un principio o bien cuando corresponda renovar los instrumentos de representación. El número de sus componentes varía en función del tamaño de la empresa. Son entre 3 y 8 representantes, debiendo sumar además por cada miembro titular otro suplente.

PARTE PRIMERA. Cap. I: “*La participación de los trabajadores en la empresa*”

- La versión francesa de los Comités de Empresa (*Comité d’entreprise*) fue introducida por el Estatuto de 1945²²⁸, habiendo sido objeto de diversas modificaciones posteriores. Los comités de empresa deben ser constituidos obligatoriamente en todas las empresas que tengan por lo menos cincuenta trabajadores, estando integrados por los representantes elegidos por los trabajadores y por el propio empresario, que preside sus reuniones.

En concreto, el establecimiento de un comité de empresa es obligatorio si han sido contratadas 50 personas o más dentro de una empresa por un periodo de 12 meses, consecutivos o no, dentro de los tres años anteriores a dicha constitución²²⁹. En otro caso, los comités de empresa pueden ser creados por convenios o acuerdos colectivos²³⁰. Como ocurre en Bélgica, el empresario (o su representante, en general el llamado “*chef d’entreprise*” o la persona en quien éste delegue) es miembro del comité de empresa y, además, preside sus reuniones²³¹.

La iniciativa de promover elecciones a comité de empresa corresponde al empresario y suponer un deber, desde el momento en que se produce el supuesto de hecho referido. El comité es elegido por todos los trabajadores en las correspondientes elecciones, de acuerdo con reglas de representación proporcional, pero sólo los sindicatos más representativos pueden presentar listas de candidatos. Las listas de candidatos son presentadas solamente por los sindicatos, excepto en la segunda ronda de las elecciones, que debe ser organizada si menos de la mitad de los trabajadores han participado en la primera ronda, y en donde ya sí que pueden presentarse candidaturas no sindicales. Asimismo, las listas deben reflejar las diferentes categorías de trabajadores existentes²³², y las elecciones deben ser celebradas cada dos años. El número de representantes de la plantilla elegidos por votación varía en función del tamaño de ésta, y se sitúa entre un mínimo de 3 y un máximo de 15 personas (cuando la empresa tiene menos de 75 y más de 10.000 empleados respectivamente)²³³. A estas cifras hay que añadir siempre otros tantos suplentes, que asisten a las reuniones con voz pero sin voto. Con todo, el número de miembros legalmente fijado puede ser aumentado por convenio o acuerdo colectivo de empresa.

²²⁸ Regulation Núm. 45-280, de 22 de febrero de 1945.

²²⁹ En el supuesto de que la empresa cuente con varios centros o establecimientos distintos, ha de elegirse un “*Comité de establecimiento*” en cada uno de ellos que alcance el número de 50 empleados, superponiéndose a todos un “*Comité de empresa central*”, formado por representantes de cada establecimiento distinto. A estos efectos, se ha entendido que existe “*establecimiento distinto*” cuando el centro de trabajo presente, además de una localidad geográfica diferenciada y una actividad específica, un carácter de estabilidad y una auténtica autonomía de gestión dentro de la entidad. Vid. E. BLEDNIAK: *Comité d’entreprise*, Dalloz, 11ª, ed., 1999, págs 296 y ss.

²³⁰ Art. L 431-1 Code du Travail.

²³¹ Art. L 434-2. Únicamente una persona representa a la empresa en las reuniones del comité, aunque no es necesario que sea siempre la misma. Es posible también que la persona en quien delegue el empresario para que le represente no forme parte de la empresa. Cuestión distinta es la posibilidad que existe de que a esta persona le puedan asistir dos colaboradores, los cuales no tienen funciones ni deliberativas ni consultivas; sólo aconsejan al representante empresarial o responden a sus preguntas. Esta posibilidad fue permitida desde la Ley Quinquenal de 20 de diciembre de 1993.

²³² Art. L 433-1, 433-14.

²³³ Art. L 433-1.

Además de los representantes de los trabajadores elegidos por votación, la parte social se integra por representantes sindicales, uno por cada sindicato más representativo con presencia en la empresa²³⁴, los cuales tienen derecho de voz pero no de voto. Corresponde a los sindicatos (no a las secciones sindicales) el nombramiento de sus representantes en el comité, por lo que cada sindicato que cumpla el requisito de ser representativo en la empresa tendrá la facultad de designar uno entre los empleados.

Los trabajadores miembros del comité de empresa gozan de protección contra la extinción de sus contratos de trabajo²³⁵. El empresario tiene que proveer con fondos la financiación de las actividades sociales del comité de empresa²³⁶.

El comité de empresa tiene reconocido el derecho de información²³⁷, y debe ser consultado antes de que se tomen grandes decisiones económicas, tales como reestructuraciones o fusiones empresariales²³⁸, así como sobre otras materias tales como la política de investigación y desarrollo de la empresa, la organización del trabajo, la gestión de la prevención, la introducción de nuevas tecnologías, así como la decisión de efectuar despidos colectivos. La negligencia a la hora de llevar a cabo este deber es un delito cometido por el empresario, pero la decisión tomada sin la preceptiva consulta no se anula²³⁹. Respecto a los asuntos sociales, el comité de empresa no sólo debe ser consultado, sino que también tiene derecho a tener ciertas iniciativas en la materia, y más allá de la consulta, existen algunas decisiones que no pueden ser tomadas sin la aprobación del comité de empresa²⁴⁰.

²³⁴ La legislación francesa no aporta una definición al respecto. En el Code du Travail (art. L. 133-2) sólo encontramos cinco criterios o parámetros para determinar qué sindicatos poseen tal carácter (número de afiliados, independencia frente al empresario, el volumen de cotizaciones, la antigüedad y experiencia, y la actitud patriótica ante la ocupación alemana), a los que jurisprudencialmente se añade el criterio de la audiencia electoral. A nivel nacional, son cinco las organizaciones que han sido declaradas como más representativas (CGT, CGT, CFDT, CGT-FO, CFTC y CGC-CED). Los sindicatos afiliados a ellas se consideran automáticamente representativos en el ámbito de una empresa siempre que tengan presencia en ella. Ahora bien, también otras entidades sindicales pueden probar su carácter de representatividad en la empresa de acuerdo con los criterios antes citados.

²³⁵ Art. L 436-1.

²³⁶ Art. L 432-9.

²³⁷ Ciertas cuestiones de naturaleza económica, financiera, y social de interés para los trabajadores han de ser objeto de información periódica al comité. Entre ellas se encuentran las siguientes: la forma jurídica de la entidad y su organización, el volumen de negocios, las perspectivas y planes económicos de la empresa, la posición de la empresa en el mercado y frente a la competencia, los beneficios y pérdidas contrastados, la evolución del volumen de la plantilla, etc..

²³⁸ Art. L 432-1 y 432-4.

²³⁹ Art. L 483-1.

²⁴⁰ Entre ellas, cabría citar las siguientes: el nombramiento o despido del médico de la empresa, la sustitución del horario colectivo por horarios individualizados, la introducción de la semana de cuatro horas, o la compensación de las horas extraordinarias por descanso en lugar de su retribución. Vid. E. BLEDNIAK: *Comité d'entreprise*, cit. p. 216.

Como podemos ver, las competencias de estos comités de empresa, que para su debido ejercicio gozan de personalidad jurídica propia son, por tanto, fundamentalmente consultivas; atribuciones de gestión propiamente dichas sólo tienen las de asegurar y controlar la gestión de todas las obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares. A tenor de lo expuesto, el comité de empresa, sobre todo, debe ser consultado en materia de cambios en la regulación del trabajo y en las condiciones de trabajo de la empresa. Está también legitimado para ser informado sobre proyectos de modificación de las instalaciones y actividades de la empresa que pudieran afectar al empleo, y debe ser consultado con carácter previo sobre dichas cuestiones. Además, el empresario, a requerimiento del comité, debe informar sobre cualquier decisión que se hubiera adoptado.

En cuanto a su funcionamiento, ha reunirse al menos una vez al mes en empresas que tengan al menos 150 empleados, y cada dos meses en las de menor tamaño, siempre mediante convocatoria del empresario. Además de esto, el comité se puede reunir siempre que lo pidan la mayoría de sus miembros. Para realizar sus tareas, los miembros del comité disponen del derecho a usar un tablón de anuncios y a distribuir informaciones y folletos en la empresa, si ello no altera de modo importante el desarrollo del trabajo.

Por otro lado, en Francia se permite la constitución de Comités de Grupo (“*comités de groupes*”)²⁴¹, para los casos de grupos de empresas, entendiendo por tal el conjunto formado por una sociedad dominante, sus empresas filiales (en las cuales la central posee directamente más de la mitad del capital) y aquellas en las que ostenta más de la mitad del capital indirectamente (es decir, a través de sus filiales).

- Además, en Francia, junto a los representantes anteriores, existen también, como hemos señalado, los representantes sindicales, que tienen la misión de promover los intereses de los miembros del sindicato en la empresa y pueden concluir convenios con el empresario. Así, las secciones sindicales (*sections syndicales*) y los delegados sindicales (*délégués syndicaux*), realizan actividades sindicales y a través de estas instituciones, los sindicatos pueden ejercer su derecho a organizarse libremente en el seno de la empresa, conforme a los cauces legalmente previstos²⁴².

La Ley de 27 de Diciembre de 1968 atribuyó a las centrales sindicales más representativas el derecho a crear secciones sindicales²⁴³. De este modo, siempre que dichos sindicatos más representativos cuenten con presencia en la entidad en cuestión (empresa o establecimiento), podrán constituir secciones sindicales, y ello sin necesidad de cumplir requisito alguno en cuanto al número de afiliados²⁴⁴.

La sección sindical dispone de los siguientes derechos: tiene derecho a emplear un tablón de anuncios, a distribuir publicaciones entre la plantilla a las horas de entrada o salida, así como al uso de un local siempre que la empresa o establecimiento tenga más de

²⁴¹ Instituidos por Ley de 28 de octubre de 1982. Art. L-439-1, Code du Travail.

²⁴² Art. L 412-1, Code du Travail.

²⁴³ La Ley de 1968 fue incorporada al Code du Travail, secciones L 412-6 a L412-21, siendo objeto de modificación posterior por la Ley 28 de octubre de 1982.

²⁴⁴ Art. 412-6.

200 empleados (e incluso si su tamaño es menor, cuando se haya acordado convenientemente), a reunirse una vez al mes en la empresa fuera de las horas de servicio²⁴⁵, así como a recaudar las cuotas de los afiliados en el lugar de trabajo.

- La sección está representada por los delegados sindicales que son nombrados por el sindicato²⁴⁶, al igual que ocurría con los representantes sindicales presentes en el comité de empresa. Pero, no toda sección sindical puede contar con un delegado sindical, sino sólo aquellas constituidas en empresas que cuenten al menos con 50 empleados²⁴⁷.

Los delegados sindicales asumen, por tanto, la representación de los intereses profesionales de los miembros de la sección sindical en el ámbito de la empresa: representan a su sindicato en las negociaciones con la dirección de la empresa, teniendo la función de proteger los intereses tanto de los miembros del sindicato como los de el resto de trabajadores de la empresa²⁴⁸. Y es que es a ellos a quienes corresponde la negociación colectiva de ámbito empresarial, pues la comisión negociadora de un convenio colectivo de empresa en Francia está compuesta por el empleador y por las delegaciones de los sindicatos más representativos: en cada una de estas delegaciones se integran, de manera obligatoria, los delegados sindicales y, de manera facultativa, uno o varios empleados designados por cada sindicato.

Recuérdese, además, que la regulación francesa permite que un representante sindical (*représentant syndical*), empleado de la empresa, proveniente de cada sindicato más representativo en la empresa, pueda asistir a las reuniones del comité de empresa con capacidad consultiva²⁴⁹. Sin embargo, hay que señalar que en la realidad ocurre que, a menudo, los propios representantes de los sindicatos son también miembros de pleno derecho del comité de empresa. Y es que, actualmente, en Francia, la conexión entre sindicatos y otras formas de representación de los trabajadores ha sido respaldada por el Estado. Como la densidad de los sindicatos es significativamente baja, el Estado ha intervenido para compensar la debilidad de los sindicatos, otorgándoles especiales derechos legales que posibilitan que los sindicatos representen los intereses de todos los trabajadores, y no sólo los de un limitado número de miembros a ellos afiliados. En particular, el Estado ha garantizado un cuasi-monopolio para cinco confederaciones nacionales (CGT, CFDT, CGT-FO, CFTC, CGC-CED) en negociaciones colectivas a todos los niveles.

²⁴⁵ Pudiendo invitar a las reuniones a personas no empleadas en ella. Cuando estas personas externas no sean cargos sindicales se requiere consentimiento empresarial.

²⁴⁶ El número de delegados está fijado en el Decreto Núm. 83470, de 8 de junio de 1983. De acuerdo con el art. R. 412-2 del Code du Travail, su composición está de acuerdo con una escala que va desde 1 delegado sindical, en aquellas empresas que empleen entre 50 y 999 trabajadores, a 5 delegados sindicales, en aquellas empresas que cuenten con más de 10.000 trabajadores.

²⁴⁷ Téngase en cuenta que para que haya delegado sindical, el umbral de 50 trabajadores se ha de alcanzar en la empresa, no necesariamente en cada establecimiento.

²⁴⁸ Art. L 412-11 (1), Code du Travail.

²⁴⁹ Art. 433-1 (3), Code du Travail.

De este modo, los delegados de personal, los comités de empresa y los comités representativos de seguridad (*comité d’hygiène, de sécurité et des conditions de travail*)²⁵⁰, son órganos elegidos por toda la plantilla, pero a través de una lista de candidatos propuesta, en primera instancia, por las cinco confederaciones sindicales nacionales anteriormente citadas. El propósito de esto no es sino un esfuerzo por reforzar los sindicatos nacionales a nivel de empresa.

- Por último, aunque en Francia tampoco han tenido mucho éxito los intentos por implantar la presencia de representantes de los trabajadores, en mayor o menor medida, en los órganos internos de las sociedades, hay que indicar dos cuestiones:

1. Que los comités de empresa pueden delegar de dos a cuatro de sus miembros, dotados de poderes consultivos, para asistir a las reuniones del Consejo de Administración o del Consejo de Vigilancia de las sociedades, según el caso, existiendo la posibilidad para ellos de dejar constancia de sus quejas, con derecho a obtener respuesta razonada. Tales personas, aunque no son miembros del Consejo, tienen derecho a presentar propuestas, que deben ser tenidas muy en cuenta por el Consejo correspondiente²⁵¹.

2. Además, en las industrias francesas nacionalizadas, corresponde a los representantes de los trabajadores 1/3 de los asientos del Consejo de Administración o del Consejo de Vigilancia, si la sociedad tiene más de 1000 trabajadores, y 2 miembros en el mismo, si cuenta entre 200 y 1000 empleados. Estos consejeros son elegidos ya por el personal, ya por los sindicatos más representativos, o por el propio comité de empresa²⁵².

²⁵⁰ En Francia, el “*comité d’hygiène, de sécurité et des conditions de travail*” es obligatorio para aquellos establecimientos que cuenten con más de 50 trabajadores y desempeña un importante papel de información y consulta en materia de salud y seguridad en el trabajo. Se haya integrado por el empresario o por la persona que éste delegue y un número de representantes del personal que varía entre 3 y 9 miembros, según el tamaño de la entidad, los cuales son designados por los miembros trabajadores del comité de empresa y por los delegados de personal (art. L 236-5).

²⁵¹ Art. L 432-6, Code du Travail.

²⁵² Recuérdese que un cierto relanzamiento del tema de la democracia industrial se produjo ya con la publicación en 1975 del llamado “Informe Sudreau” cuya aportación se sustentaba en conceder a los trabajadores una representación minoritaria (un tercio) en los Consejos de Administración, y ello con la finalidad poco exitosa de organizar una intervención de los trabajadores en su dimensión de co-vigilancia, y no de co-gestión en sentido estricto, por lo que, en las decisiones que, a juicio de los representantes de los trabajadores constituyeran actos de gestión y no de control, estos podrían abstenerse.

1.3.6. Bélgica

El sistema belga de representación de los trabajadores en la empresa se asienta sobre la base de tres pilares distintos²⁵³:

1. El Comité de empresa. En Bélgica, el comité de empresa fue introducido por la Ley de 1948²⁵⁴. Esta Ley institucionalizaba la cooperación entre empresarios, sindicatos y gobierno, y puede ser considerada como la “constitución económica básica del país”²⁵⁵. La citada Ley ha sido objeto de cambios y enmiendas posteriores, en parte llevadas a cabo por diversos Reales Decretos, y en parte por convenios colectivos suscritos entre representantes de empresarios y sindicatos. El establecimiento del comité de empresa (*ondernemingsraad/consell d’entreprise*) es un órgano obligatorio en Bélgica si el empresario tiene contratadas una media de 100 personas o más en la empresa.

2. Aparte del comité de empresa, un comité de seguridad y salud tiene que ser implantado si son empleadas 50 personas o más en la empresa (tradicionalmente denominado como “*comité de sécurité, d’hygiène et d’embellissement des lieux du travail*”).

Estos comités de seguridad y salud fueron creados por la Ley de 10 de junio de 1952, y entre la regulación posterior relativa a los mismos destaca también, por su especial importancia, la Real Orden de 18 de febrero de 1971. Posteriormente, serían regulados por la Ley de 4 de agosto de 1996, la cual establecería su actual denominación de “Comités para la salud y protección en el trabajo”.

Están constituidos tanto por representantes de los trabajadores como por representantes del empresario, en igual número: los primeros de ellos son elegidos, mediante voto secreto, de entre listas de candidatos presentadas por organizaciones reconocidas de trabajadores (por ej. sindicatos); los segundos, son designados por el empleador. El período de duración del mandato de sus miembros es de 4 años. Respecto a su composición, ésta deber ser de al menos dos miembros, los cuales disfrutan de la misma protección que la de los miembros de los otros órganos de representación de los trabajadores existentes en la empresa.

Este comité tiene la misión de ayudar a promover activamente el bienestar de los trabajadores en la empresa²⁵⁶. Para ello, el comité goza de capacidad tanto para ser

²⁵³ Para un análisis más exhaustivo del sistema belga de representación de los trabajadores en la empresa, vid. R. BLANPAIN: “Belgium”, en R. BLANPAIN: <<*European Labour Law*>>, ELL- Supl. 317, (November-2006), pp. 267 y ss.

²⁵⁴ *Loi portant organisation de l’économie*, de 20 de septiembre de 1948 (División IV).

²⁵⁵ Cfr. W. KOLVENBACH: “Belgium”, en W. KOLVENBACH y P. HANAU: <<*Handbook of European Employee Co-management*>>, Kluwer, 1997, op. cit. p. 3.

²⁵⁶ Art. 65 de la Ley de 4 de agosto de 1996.

consultado como para emitir propuestas en esta materia²⁵⁷, especialmente respecto al plan global de prevención de la empresa y al plan anual de acción establecido por el empresario, así como sobre la implementación y evaluación de los mismos, de manera que si el empresario no sigue la opinión dada por el comité debe justificar la razón de no hacerlo²⁵⁸.

3. Además, los sindicatos pueden tener presencia en Bélgica a nivel de empresa (*délégations syndicales du personnel des entreprises*), representando a los trabajadores de la empresa a ellos afiliados. Y es que después de que organizaciones de empresarios y organizaciones sindicales adoptasen en 1947 una recomendación conjunta al respecto, las delegaciones sindicales fueron adoptadas en un gran número de empresas belgas, siendo esta figura posteriormente confirmada por el Convenio Colectivo interocupacional de 25 de mayo de 1971, y por el posterior de 21 de diciembre de 1978.

Esta representación sindical se produce siempre que una o más organizaciones sindicales lo soliciten, solicitud que debe ser dirigida al empresario. De este modo, la organización sindical puede presentar candidatos para formar parte de la delegación sindical en la empresa, los cuales han de ser elegidos por los trabajadores de la empresa a ella afiliados o ser designados directamente por las propias organizaciones sindicales; aunque los detalles del proceso suelen venir previstos en la negociación colectiva, es difícil precisar un sistema común para la elección o designación de los delegados sindicales o para determinar el número de ellos. En cualquier caso, son elegidos o designados para un período de cuatro años.

Contrariamente a lo que ocurre con las otras dos organizaciones señaladas (el comité de empresa y el comité de seguridad y salud), la composición de la delegación sindical es homogénea y, lógicamente, no incluye entre sus miembros representante alguno del empresario.

Los delegados sindicales son activos fundamentalmente con respecto a la resolución de problemas en el área de política social, además de velar por la aplicación de la legislación laboral y negociar acuerdos con la empresa, teniendo el derecho de comunicarse verbalmente o por escrito con los empleados de la compañía, sin perturbar la organización del trabajo de la empresa. Reuniones con propósitos informativos pueden ser convocadas.

Finalmente, puede decirse que esta delegación sindical es un órgano importante en el panorama belga no sólo por que representa a los trabajadores de las empresas afiliados sindicalmente, sino por que con frecuencia ocurre que la mayoría de las más significativas negociaciones a nivel de centro de trabajo llevadas a cabo entre el empresario y los representantes de los trabajadores tienen lugar con los delegados sindicales antes que con los miembros del comité de empresa.

²⁵⁷ Entre las materias respecto a las cuales el comité tiene derecho a emitir su opinión se encuentran las siguientes: introducción de nuevas tecnologías, la presencia de expertos en la empresa, la composición de los servicios internos de prevención y protección, etc...

²⁵⁸ Las competencias concretas de este comité de salud y protección en el trabajo vienen establecidas por la Ley de 4 de agosto de 1996, concerniente al bienestar en el trabajo, por el Real Decreto de 3 de mayo de 1999, relativo a las competencias y funciones del citado comité, así como por los Reales Decretos de 27 de marzo de 1998, relativos a los servicios internos y externos de prevención y protección en el trabajo.

PARTE PRIMERA. Cap. I: “La participación de los trabajadores en la empresa”

Centrándonos específicamente en la figura del comité de empresa, éste tiene en Bélgica una composición mixta, ya que el empresario tiene asegurada su presencia en el mismo, y hay que indicar que las reuniones del comité son presididas por el propio empresario (o por su representante).

De este modo, de acuerdo con el sistema belga la composición mixta del comité de empresa vendría determinada de la siguiente manera: por la parte empresarial, junto al empresario (o su representante, generalmente el “manager” de la empresa) estará presente en el comité uno o más delegados o representantes que él designe; por la parte de los trabajadores, estarán presentes en el comité un cierto número de representantes del personal, que no deben ser ni menos de 2 ni más de 25, de acuerdo con el tamaño de la plantilla de la empresa²⁵⁹. Por su parte, el número de representantes del empresario nunca puede sobrepasar al número de representantes del personal de la empresa.

Además, para ser elegido miembro del comité de empresa se debe tener al menos 18 años de edad, salvo aquellos miembros que representen a los jóvenes empleados (que deberán tener, en este caso, entre 16 y 25 años)²⁶⁰, y no más de 65 años. Todos los miembros del comité han de poseer, asimismo, una antigüedad mínima en la empresa de al menos seis meses, no pudiendo resultar elegidos ni el personal directivo ni tampoco los trabajadores a domicilio. Por su parte, tienen derecho al voto en las elecciones todos los trabajadores con una antigüedad de, al menos, tres meses en la empresa. Las únicas excepciones son las constituidas por el personal directivo de la empresa y los trabajadores a domicilio, únicos colectivos que carecen del citado derecho²⁶¹.

Los miembros del comité de empresa que representen al personal de la misma son elegidos por los propios trabajadores, de acuerdo con listas de candidatos que han de ser propuestas por los sindicatos, y éstas deben ser realizadas de tal manera que representen a las diferentes categorías de trabajadores existentes en la propia empresa (obreros y empleados)²⁶². Las elecciones se celebran normalmente cada cuatro años, mediante sufragio secreto.

²⁵⁹ Respecto a la representación de los trabajadores en el comité de empresa, la misma varía, como decimos, en función del tamaño de la plantilla, y va desde 4 representantes de los trabajadores para compañías con menos de 101 trabajadores, a 22 miembros para empresas con más de 8.000 trabajadores (Real Decreto de 15 de mayo de 2003). El número de miembros puede ser incrementado mediante acuerdo entre el empresario y los sindicatos, sin exceder del tope máximo establecido en 25 representantes.

²⁶⁰ Reglas especiales rigen, dentro del comité de empresa, la representación de los jóvenes trabajadores (aquéllos con menos de 25 años de edad). Éstos tienen derecho a contar con un número de delegados específicos en el comité de empresa, conforme a una escala que va desde 1 delegado (si la empresa cuenta de 25 a 50 jóvenes trabajadores, cuando la empresa cuenta con menos de 101 trabajadores) a 3 delegados (si la empresa cuenta con más de 300 jóvenes trabajadores, cuando la empresa cuenta con más de 500 trabajadores).

²⁶¹ La pertenencia a la categoría de “personal directivo” viene determinada por el Real Decreto de 15 de mayo de 2003.

²⁶² Para los trabajadores que desempeñen funciones ejecutivas (mandos intermedios) existen una serie de reglas especiales en materia de representación, y que vienen en establecidas por la Ley de 22 de enero de 1985, *Moniteur Belge, Belgisch Staatsblad*, de 24 de enero de 1985, pp. 754 y ss.

El mandato de un miembro del comité de empresa se pierde por dejar la empresa, por dejar de pertenecer a la organización sindical que le presentó como candidato a las elecciones, o por dimitir de su puesto en el propio comité.

El comité tiene derecho a reunirse en el domicilio legal de la empresa al menos una vez al mes. El tiempo empleado en las reuniones del comité es considerado como tiempo normal de trabajo y, además, está completamente pagado, incluso si las reuniones tienen lugar fuera de las horas de trabajo.

Además, los trabajadores que forman parte en el comité de empresa tienen derecho a obtener ciertas facilidades en materia de educación y formación, y disfrutan de protecciones específicas de su puesto de trabajo con el fin de evitar despidos y posibles represalias por su posición. La extinción de su contrato de trabajo solamente es permitida en determinados supuestos, tales como circunstancias económicas.

El derecho principal del comité de empresa es el derecho de ser informado sobre los asuntos económicos y sociales y respecto a la contratación²⁶³. El derecho a ser consultado está limitado a asuntos sociales, y el comité de empresa, tiene incluso el derecho a decidir conjuntamente (codecisión) respecto a algunos temas, como el establecimiento de criterios generales en materia de despidos del personal de la empresa así como la planificación de las vacaciones. En caso de conflicto, el empresario o los trabajadores deberán someter esta última cuestión a los tribunales²⁶⁴. En general, el comité debe actuar con espíritu de cooperación.

Por último, debe destacarse el hecho de que Bélgica ha carecido históricamente de legislación alguna concerniente a regular en el sector privado la presencia de representantes de los trabajadores en los órganos de toma de decisiones de las compañías belgas²⁶⁵. Si bien las organizaciones sindicales no han demostrado tradicionalmente mucho interés a la hora de presionar para obtener una acción gubernamental en dicho sentido, es cierto que en los últimos tiempos se han alzado voces que ha pretendido la separación, en Consejos distintos,

²⁶³ Instituido por el más importante de los citados Reales Decretos que modifican posteriormente la Ley de 1948, el Real Decreto de 27 de noviembre de 1973. La Fédération des Entreprises de Belgique publicó en 1979 un comentario al mismo, obra de J. PIRON y P. DENIS: *Les conseils d'entreprise et les comités de sécurité et d'hygiène*, en la que los dos autores dan una detallada interpretación de la legislación relativa a estos dos comités. Es interesante destacar como el citado Real Decreto de 1973 distingue, en materia de información, entre: “*información básica*” (entre otras, las relativas a la posición competitiva en el mercado, la relativa a la producción, la productividad, estructura financiera, investigación científica, ayudas públicas recibidas etc...), “*información anual*” (información al comité de la situación de la compañía en el año precedente y de sus previsiones para el año siguiente), “*información periódica*” (cada 3 meses, debe permitir al comité conocer como ha sido el desarrollo de la compañía en comparación con los objetivos fijados para el respectivo período) y, finalmente, “*información ocasional*” (cada vez que hayan ocurrido acontecimientos que pudieran tener importantes consecuencias para la empresa, o cada vez que sean tomadas decisiones internas que pudieran tener importantes consecuencias para la empresa, siendo en este último caso facilitada la información antes de ser tomadas las decisiones).

²⁶⁴ A. M. KOENE y H. SLOMP: *Medezeggenschap van werknemers op ondernemingsniveau*, La Haya, 1991, pp. 63-96; P. M. G. HEIJMANN: *Gids Europese medezeggenschap*, Amsterdam, 1993, pp. 26-63.

²⁶⁵ En el sector público, la compañía estatal de ferrocarriles belga tiene un Consejo de 21 miembros, de los cuales tres son elegidos por los trabajadores. Los candidatos son propuestos por las organizaciones sindicales.

de las funciones de dirección y supervisión, abriéndose la posibilidad de que los representantes de los trabajadores pudieran estar presentes en el Consejo de Vigilancia²⁶⁶.

1.3.7. Reino Unido.

En el Reino Unido la representación de trabajadores ha sido tradicionalmente canalizada a través de sindicatos reconocidos²⁶⁷. El concepto de comités de empresa o su equivalente ha sido poco familiar. Y es que, en el Reino Unido, los sindicatos tradicionalmente se han ocupado, de manera prácticamente exclusiva, de la representación de los trabajadores a nivel de empresa; este predominante papel sindical ha sido realizado por los representantes del sindicato dentro de la empresa, a través de los denominados “*shop stewards*” (delegados de taller).

Estos delegados son elegidos por los miembros de los sindicatos existentes dentro de la empresa o en un determinado departamento. A menudo, los “*shop stewards*”, a través del convenio colectivo, tienen derecho a negociar salarios y condiciones de trabajo con el empresario. Debido a la posición de fuerza de los sindicalistas y de los “*shop stewards*”, no ha habido necesidad de utilizar un instrumento distinto, como es el considerado “*estilo continental*” de los comités de empresa.

Este aspecto, sin embargo, se ha ido alterado en el pasado reciente, en parte por el incremento de la intervención del Gobierno en las relaciones industriales y en parte por la presión externa de la Comunidad Europea. El modelo que está empezando a surgir en Gran Bretaña tiene, hoy por hoy, la característica propia de un sindicato, significativamente debilitado, combinado con el desarrollo de métodos alternativos de consulta al trabajador, influenciados por el canal dual (“*dual channel*”), método encontrado en la Europa Continental. De este modo, han empezado a constituirse comités consultivos elegidos por los trabajadores, pero éstos están aún en una posición débil, en comparación con los tradicionales “*shop stewards*”.

En una visión panorámica y de conjunto sobre el modelo británico podemos señalar los siguientes aspectos característicos:

a) Desde un punto de vista puramente formal, el sistema británico de relaciones laborales tiene poco que ofrecer en lo referente a la participación de los trabajadores. Los representantes autorizados legalmente pueden participar en el procedimiento de toma de decisión solamente en el campo de la salud y la seguridad.

²⁶⁶ Cfr. W. KOLVENBACH: “Belgium”, en W. KOLVENBACH y P. HANAU: <<*Handbook of European Employee Co-management*>>, Kluwer, 1997, op. cit. p. 12.

²⁶⁷ Una visión global de la participación de los trabajadores en la empresa en Gran Bretaña puede encontrarse en S. HARDY: “Great Britain”, en R. BLANPAIN: <<*European Labour Law*>>, ELL- Supl. 320, (Febrero-2007), pp. 270 y ss.

b) Aparte de esto, la participación de los trabajadores en las empresas en Gran Bretaña es un reflejo del carácter voluntarista propio del sistema. Si existe, se debe principalmente a las condiciones específicas de las empresas y del lugar de trabajo, tales como el estilo de dirección y el poder del sindicato, siendo las instituciones más importantes los *delegados de taller* y las *comisiones consultivas mixtas* (joint consultation committee).

La influencia de los delegados de taller alcanzó su cúspide al final de los 60 y principio de los 70 y ha ido disminuyendo desde entonces. Paralelamente, ha aumentado el número de comités consultivos y órganos similares, lo que indica un cambio significativo desde anteriores posiciones de enfrentamiento, a un índice más alto de los mecanismos favorecedores del consenso. Parece, sin embargo, que todavía es el miedo a los problemas más que la posibilidad de éxito, lo que estimula a los empresarios a aceptar la participación de los trabajadores en la toma de decisiones. No existe una clara evidencia de que los empresarios usen deliberadamente la participación de una manera activa para desarrollar los recursos humanos y mejorar la productividad. Tampoco existen indicios ciertos de que los sindicatos intenten desarrollar la participación para intervenir a favor de las prioridades de las empresas.

c) La debilidad fundamental del sistema británico de participación voluntaria radica, en ausencia de cualquier derecho de los trabajadores legalmente garantizado, en que ambas partes se ven inclinadas a confiar en su posición inmediata de poder y en una valoración a corto plazo oportunista de posibles logros. Esto dificulta la creación de relaciones de confianza, siendo éstas un requisito previo para la verdadera participación. En estas circunstancias, es comprensible que muchos sindicatos se aferren a la negociación colectiva como la manera más eficaz de influir, mientras que, por otra parte, muchos empresarios ven a las decisiones unilaterales como la manera más eficiente de gestionar. El presente es un producto del pasado.

d) Debido a sus limitadas prescripciones estatutarias, el sistema británico de relaciones laborales se suele calificar, a menudo, como “voluntarista”. La regulación legal de las relaciones laborales ha adquirido en el Reino Unido, principalmente, la forma de “inmunidades” (“*immunities*”), es decir, fallos judiciales que permiten a los sindicatos y a sus miembros emprender ciertas actividades que contravienen el derecho común. Por ejemplo, el derecho de asociarse en sindicatos y el derecho de huelga no están definidos como derechos positivos, sino como excepciones específicas del derecho común, el cual considera generalmente que tales acciones afectan a los derechos de propiedad de los empresarios²⁶⁸. Aunque históricamente este marco jurídico haya cambiado en función de las influencias político-ideológicas que subyacen a varias decisiones judiciales, ha dejado, no obstante, un amplio margen a los empleadores y a los sindicatos para definir las reglas de conflicto y cooperación en las relaciones laborales.

e) Sobre esta base, la negociación colectiva ha sido considerada y ha funcionado, de hecho, como el procedimiento normal para regular las relaciones de empleo. Los convenios colectivos no vinculan legalmente, y el derecho de huelga, aunque recortado por la legislación laboral aprobada por el gobierno conservador durante los años 80, se ha mantenido después, generalmente, sin grandes restricciones.

²⁶⁸ K. W. WEDDERBURN: *Employment Rights in Britain and Europe: Selected Papers in Labour Law*, London, Lawrence & Wishart, 1991, pp 44-53.

La estructura de la negociación colectiva es relativamente compleja: las negociaciones se producen a menudo a nivel de industria (nacional), de distrito, de empresa y de lugar de trabajo²⁶⁹. Aunque la confederación nacional de los sindicatos, el TUC (*Trade Union Congress*), no tiene ningún poder directo para negociar convenios colectivos, los acuerdos nacionales para industrias o comercios específicos han sido tradicionalmente muy importantes para la fijación de los salarios y de las condiciones de trabajo. Sin embargo, a partir de los años 60, un movimiento consolidado de delegados de taller contribuyó, a menudo de manera informal, a una descentralización de la negociación en el lugar de trabajo.

Desde el final de los años 70, los empleadores han dado prioridad a las negociaciones a nivel de la compañía, disminuyendo así la importancia de las negociaciones a nivel del centro de trabajo (delegados de taller), así como a nivel nacional (sindicatos nacionales y asociaciones patronales)²⁷⁰. Relacionado con todo ello, las organizaciones patronales y los sindicatos han perdido terreno en cuanto a la afiliación: la de los sindicatos bajó desde el 55 por ciento en 1979 (el nivel más alto alcanzado) a alrededor del 40 por ciento en 1990; en 1993 estaba entre el 35 y 37 por ciento²⁷¹, y finalmente, en la actualidad (año 2007) está situada en torno al 28% (aunque la densidad sindical es mayor en el sector público, un 59 %, que en el sector privado, estando situada en éste en el 17%)²⁷².

e) La participación de los trabajadores en Inglaterra refleja ampliamente las características de su sistema de relaciones laborales en general: la legislación y los convenios colectivos son relativamente poco importantes a nivel nacional, mientras que son decisivos a nivel de empresa; el alcance de la participación, así como su intensidad, viene determinado principalmente por las decisiones tomadas dentro de las empresas individuales.

El partido laborista y el TUC abandonaron sus visiones negativas de la participación de los trabajadores en decisiones empresariales solamente a partir de los años 70. Después del regreso al poder del partido laborista en 1974, éste estableció una Comisión para averiguar cómo satisfacer la necesidad de una extensión radical de la democracia industrial en el control de las empresas por medio de la representación en consejos directivos. El resultado fue el Informe Bullock de 1977, el cual, basándose en un análisis del “desorden” de las relaciones laborales en Gran Bretaña, e influenciado por las soluciones escandinavas y alemanas, optó por una representación paritaria en los consejos de empresa de los delegados de taller nombrados por el sindicato, en compañías de más de 2000 empleados. Se preveía un Consejo de Dirección que consistía en un número igual de representantes de

²⁶⁹ ETUI: *Workers' Representation and Rights in the Workplace in Western Europe*, ETUI, Brussels, 1990, p. 50.

²⁷⁰ C. CROUCH: “United Kingdom the rejection of compromise”, en G. BAGLIONI Y C. CROUCH: << *European Industrial Relations: the Challenge of Flexibility*>>, London, Sage, 1990, pp. 326 y ss.; S. EVANS: “Industrial relations in Britain after Thatcher”, en H. J. JEPPESEN & LIND: << *Changes in Labour Market and Industrial Relations in Europe*>>, Yearbook 1991, Centre for Labour Market Research, University of Aalborg, 1991, pp. 97-120.

²⁷¹ C. GILL: “British trade unionism in retreat in the 1980’s”, en H. J. JEPPESEN & LIND: << *Changes in Labour Market and Industrial Relations in Europe*>>, Yearbook 1991, Centre for Labour Market Research, University of Aalborg, 1991, p. 193; W. LECHER: *Trade Unionism in the European Union*, London, Lawrence & Wishart, 1994, p. 176.

²⁷² Cfr. http://www.workerparticipation.eu/national_industrial_relations/countries/united_kindom.

empleados y del empleador, más un número reducido de miembros “neutrales” designados por las dos partes -una división de puestos que se asemejaba al que está en vigor la *Montanmitbestimmung* alemana-.

Los objetivos propuestos en la oferta de Bullock iban a proporcionar un ámbito para el poder cada vez mayor de los trabajadores sin sindicalizar, así como para sus capacidades potenciales, fomentando el desarrollo de una nueva cooperación entre el capital y la mano de obra en el control de las empresas, y para mejorar el funcionamiento eficiente de las compañías. Esto provocó un debate, ocasionalmente acalorado, en torno a los principios de la democracia industrial en Gran Bretaña, pero la legislación basada en ésta propuesta no se adoptó debido a la fuerte oposición encontrada, y finalmente, por la victoria electoral del partido conservador en 1979.

Y es que el Informe Bullock fue muy criticado por la Confederation of British Industry (Confederación de la Industria Británica-CBI) y otras organizaciones patronales, pero también por importantes segmentos del movimiento sindicalista. Estos sindicatos temían ser nombrados para responsabilidades de dirección y se oponían a la pérdida de independencia en la negociación colectiva que, en su opinión, conllevaría tal propuesta; argumentaban que la democracia industrial debería ser promovida a través de una extensión de la negociación colectiva, en vez de mediante la representación paritaria a nivel del Consejo²⁷³.

No obstante, el gobierno laborista consiguió sacar adelante otras dos piezas de legislación que contenían disposiciones acerca de la participación de los trabajadores. En primer lugar, la Ley de Salud y Seguridad en el Trabajo de 1974 permitió que los sindicatos designaran a representantes oficiales de seguridad en el lugar de trabajo, y obligó a los empleadores a consultar con éstos y a formar un comité de seguridad si aquellos lo requerían. Y, en segundo lugar, la Ley de Protección del Empleo de 1975 estableció que los empleadores estaban obligados a divulgar información relevante a los representantes de los sindicatos con los que el empleador mantuviera negociaciones colectivas en cuestiones tales como los sueldos, las estadísticas de mano de obra, el rendimiento de la producción y la situación financiera. En general, la información que tenían que divulgar se limitaba a cuestiones tradicionalmente sujetas a la negociación colectiva. De tal modo que, ni la ley ni el respectivo código de prácticas mencionan información relativa a, por ejemplo, cambios técnicos o de organización.

El gobierno conservador, alzado al poder en 1979, se opuso posteriormente a cualquier clase de derechos legales referentes a la participación de los trabajadores. El gobierno consideró importante contener la influencia de los sindicatos y apoyar la autonomía directiva de los empresarios. En el ámbito de la CE, el gobierno británico se iba resistiendo ferozmente a las diversas iniciativas de la Comisión dirigidas a armonizar la participación en las instituciones de los Estados miembros. En diciembre de 1991, esta lucha alcanzó su máximo nivel cuando, en la cumbre de Maastricht, se decidió que Gran Bretaña, en lugar de continuar bloqueando la regulación común del trabajo, habría de quedar exenta de las decisiones de la CE en este ámbito.

Paralelamente, el movimiento sindical británico parecía convertirse en un partidario sin reservas de los derechos de participación institucionalizados. Por lo menos desde 1988,

²⁷³ R. TAYLOR: “Debate on industrial democracy: the trade unions and Bullock”, *Socialist Commentary*, 5-7 March., 1977.

el TUC ha ido apoyando incondicionalmente las iniciativas de la CE/UE dirigidas a la introducción de un nivel mínimo de participación de los trabajadores en todas las empresas que operen en la Comunidad Europea. Por regla general, a medida que los sindicatos británicos han experimentado una pérdida de poder a nivel nacional, se han orientado cada vez más hacia Bruselas.

A pesar de la carencia casi completa de cualquier derecho de participación estatutaria, los trabajadores británicos han podido participar en alguna medida en las decisiones que tradicionalmente constituyen prerrogativas de la dirección. El vehículo principal para ello han sido, como hemos señalado, los delegados de taller (“*shop stewards*”); ahora bien, en un número importante de empresas, se han ido establecido órganos más formales de participación, a modo de “comités consultivos conjuntos” (“*joint consultation committees*”).

Durante la década de los 80, tales comités se encontraban en un 34% de los centros de trabajo, aunque en la década de los 90 se mantuvo en un 29%²⁷⁴. Sin embargo, en los últimos años ha habido un aumento de comités consultivos de superior nivel, que operan en organizaciones con una pluralidad de establecimientos o centros de trabajo: si en 1990 el porcentaje de estos comités era aproximadamente del 48%, el mismo había subido al 56% en 1998²⁷⁵. Una encuesta llevada a cabo por la CBI a 673 empresarios del sector privado en Junio de 2001 encontró que al menos la mitad de ellos habían introducidos mecanismos consultivos para los empleados. Incluso entre compañías pequeñas, el 40% de aquellas que emplean menos de 40 empleados los habían introducido, con un porcentaje adicional de más del 11% que afirmaba tener la intención de hacerlo pronto²⁷⁶.

A todo esto, debe añadirse el que la Directiva 2002/14/CE fue incorporada en Gran Bretaña por la Regulación ICE de 2004²⁷⁷, que procedió a la transposición de la misma al ordenamiento británico²⁷⁸, a pesar del poco interés del gobierno en la misma, que llegó a calificarla de “medida innecesaria”²⁷⁹. En Gran Bretaña, desde 2005 esta Ley debe de aplicarse en aquellas organizaciones que cuenten con 150 o más trabajadores; desde 2007, debe aplicarse en aquellas organizaciones que cuenten con más de 100 trabajadores, y para aquellas con más de 50 trabajadores, a partir de 2008²⁸⁰, lo cual puede suponer un estímulo

²⁷⁴ N. MILLWARD, A. BRYSON y J. FORTH: *All changes at Work? British Employment Relations 1980-1998 as portrait by the Workplace Industrial Relations Survey series*, Routledge, London, 2000, p. 109.

²⁷⁵ N. MILLWARD, A. BRYSON y J. FORTH: *All changes at Work? British Employment Relations...*, p. 110.

²⁷⁶ *Financial Times*, 15 Junio 2001; www.cbi.org.uk/employmenttrends2001.

²⁷⁷ *Information and Consultation on Employees (ICE) Regulations*, 2004.

²⁷⁸ S. HARDY y N. ADNETT: “Breaking the ICE and democracy at work”, *International Journal of Human Resources Management*, 17 (2006), pp. 1101-1123.

²⁷⁹ S. HARDY: “Great Britain”, en R. BLANPAIN: <<*European Labour Law*>>, ELL- Supl. 320, (Febrero-2007), pp. 269.

²⁸⁰ M. HALL: “Assessing the Information and Consultation of Employees”, *ILJ* 34, 2005, pp. 103-126.

para el desarrollo de mecanismos de participación de los trabajadores, más o menos institucionalizados, en el Reino Unido.

a) Delegados de Taller. (“*Shop Stewards*”).

Los delegados de taller existían en la industria del metal mucho antes de la Primera Guerra Mundial. Originariamente, su función principal era la negociación con el empresario de los salarios del trabajo a destajo. Históricamente, la extensión de la institución del delegado de taller fue avivada, en parte, debido a las aspiraciones de los sindicatos por afianzarse dentro de las empresas y, en parte también, por los mismos trabajadores, que deseaban tener portavoces locales para promocionar sus intereses.

La función del delegado de taller consiste esencialmente en plantear las quejas y las demandas de los trabajadores a través de la negociación y consultas con la dirección. Las negociaciones con el empresario, bien en coordinación con el sindicato a nivel sectorial, de distrito, o a nivel nacional, o bien, independientemente, son el método más importante de representación de los intereses, aunque en muchos casos se complementan mediante las consultas.

En la mayoría de las compañías británicas existen varios sindicatos. Los delegados de taller son generalmente elegidos por los miembros de un sindicato específico en un taller o departamento dado. En las empresas más grandes, los delegados de taller coordinan sus actividades a través de un comité conjunto de delegados de taller y eligen un delegado general con poder de convocatoria. Las reglas que rigen los recursos que se facilitan a los delegados y sus derechos respecto al tiempo libre pagado, se establecen por convenios colectivos nacionales, en algunos casos y, en otros, por convenios a nivel de empresa²⁸¹.

Las actividades de los delegados de taller todavía son, en gran medida, informales, en el sentido de que, si bien su papel y ámbito de acción pueden prescribirse en los manuales sindicales y en los convenios colectivos, sus actividades reales reflejan, ante todo, los deseos de sus miembros así como sus costumbres y prácticas de relación con la dirección desarrolladas a lo largo del tiempo. La informalidad de la institución del delegado de taller ha demostrado ser su fuerza y su debilidad: en períodos con un mercado de trabajo cohesionado, como por ejemplo durante las dos guerras mundiales y en la mayoría del período a partir de 1945 hasta 1975, el número de los delegados de taller, así como su influencia, pudieron crecer, mientras que en los períodos de recesión, como por ejemplo en la mayoría de los años 80, afloró la naturaleza volátil y vulnerable de la posición de los delegados de taller²⁸².

A finales de los 60, los delegados de taller eran una característica casi universal de las relaciones laborales británicas en el sector público y en el privado. Un estudio de sus

²⁸¹ H. A. CLEGG: *The System of Industrial Relations in Great Britain*, Oxford, Blackwell, 1976, pp. 13-15.

²⁸² R. HYMAN: *Industrial Relations: a Marxist Introduction*, Macmillan, London, 1975, pp. 152-153; C. GILL: “British trade unionism in retreat in the 1980’s”, en H. J. JEPPESEN & LIND: <<*Changes in Labour Market and Industrial Relations in Europe*>>, Yearbook 1991, Centre for Labour Market Research>>, University of Walberg, 1991, Pp. 207-209.

actividades, publicado en aquella época, demostró que la mayoría de los delegados de taller negociaban los salarios, las horas de trabajo y las horas extraordinarias. Además, entre el 20 y el 30 por ciento de ellos informó que, habitualmente, se ocupaban de las supresiones de puestos de trabajo, las suspensiones y los despidos, la organización del trabajo, la introducción de nueva maquinaria y de nuevos puestos de trabajo, y la distribución, el ritmo y la calidad del trabajo; otros muchos indicaron que lo hacían esporádicamente²⁸³. Raramente se contemplaban estas cuestiones en los convenios colectivos oficiales, lo que demuestra que los delegados de taller participaban ampliamente en las decisiones de la dirección a nivel funcional. Dependiendo de las relaciones de poder y del clima de las relaciones laborales en determinadas empresas, la participación podía tomar la forma de cooperación o de confrontación con la dirección.

Aunque el número de delegados de taller siguió aumentando durante los años 70 su poder comenzó ya a disminuir al final de esa década como resultado de la combinación de la presión acarreada por las altas tasas de desempleo y la determinación de los empresarios de restringir las actividades de los delegados. La dirección buscaría un nivel más elevado de institucionalización del papel del delegado de taller, e insistiría en la centralización de las negociaciones, de modo que los asuntos se resolvieran a través de negociaciones empresariales formales, y no mediante negociaciones informales a nivel de taller o fábrica²⁸⁴. De los 80 en adelante y hasta hoy día se produce, asimismo, una evidente reducción gradual del poder de los delegados de taller.

Por tanto, no cabe duda de que, desde finales de los años 70, ha habido un debilitamiento del papel de los delegados de taller en tanto que negociadores en el lugar de trabajo. Ahora bien, aunque la intensidad de su participación en las decisiones directivas haya disminuido también, el tema sigue siendo una cuestión abierta. La fragmentación de las relaciones laborales británicas a nivel de empresa hace que, generalmente, sea difícil valorarlos. En tanto que algunas empresas prefieren operar sin ninguna interferencia de los sindicatos ni de los delegados de taller, otras, a su vez, intentan desarrollar un estilo más cooperativo de dirección mediante el que se promueve la participación de los empleados y de sus delegados de taller. Puede observarse, al menos para estas empresas, una tendencia a ocuparse de cuestiones cualitativas a través de mecanismos de participación, más que a través de la confrontación y el convenio colectivo.

b) Comisiones consultivas mixtas. (“*Joint Consultation Committees*”)

Las instituciones de consulta conjuntas fueron promovidas por el Estado durante las dos guerras mundiales y en las industrias nacionalizadas, pero ninguna de estas iniciativas tuvo un impacto duradero en las relaciones laborales en el lugar de trabajo. En los años de entreguerra, algunas de las grandes compañías del sector privado decidieron en

²⁸³ H. A. CLEGG: *The System of Industrial Relations in Great Britain*, pp. 12-13.

²⁸⁴ C. GILL: *British trade unionism in retreat in the 1980's*, p. 209.

Inglaterra establecer comités de consulta, de algún modo como alternativa a las negociaciones con los sindicatos y los delegados de taller²⁸⁵.

En la mayoría de los casos, la iniciativa para establecer una comisión consultiva mixta es promovida por la dirección, que define, asimismo, el ámbito de sus actividades. En otros casos, un acuerdo entre la dirección y los sindicatos o los delegados de taller sirve de base para la creación de la comisión²⁸⁶. Asimismo, existen variaciones en cuanto se refiere a la selección de los representantes de los trabajadores: pueden ser nombrados por los sindicatos y cumplir las funciones de los delegados de taller, o bien en el otro extremo, ser elegidos entre todos los trabajadores.

Mientras que, históricamente, las organizaciones de delegados de taller crecieron en número así como en importancia en el período que va de los años 40 a los 60, las comisiones consultivas mixtas dejaron a menudo de existir o cayeron prácticamente en desuso²⁸⁷. Sin embargo, poco a poco parece que su número e importancia se ha ido incrementado en Gran Bretaña, al menos desde 1975.

Unas encuestas efectuadas en la primera mitad de los años 80, que incluían a las empresas de al menos 25 empleados, demostraron que las comisiones consultivas mixtas existían en poco más del 30 por ciento de los lugares de trabajo privados y alrededor del 45 por ciento en los públicos²⁸⁸. Otra encuesta llevada a cabo ya en 1990, en la que ligeramente predominaban las grandes empresas, estimaba que en el 40 por ciento de las compañías del sector privado existían comisiones consultivas mixtas²⁸⁹, y su número ha ido incrementándose en los últimos años.

²⁸⁵ Por ejemplo, cuando el grupo ICI decidió establecer comités de trabajo en todas sus factorías en 1927, no reconocieron a los delegados de taller, y los representantes de los trabajadores en los comités debían ser elegidos por todos los empleados, independientemente de su afiliación sindical. En 1947, sin embargo, la compañía reconoció a los delegados de taller y, desde entonces, mantuvo un sistema dual de representación de los empleados.

²⁸⁶ M. POOLE: *Towards a new industrial democracy: Worker's participation in Industry*, Rutledge & Kegan Paul, 1986, p. 77.

²⁸⁷ H. A. CLEGG: *The System of Industrial Relations in Great Britain...*, p. 192.

²⁸⁸ W. W. DANIEL & N. MILLWARD: *Workplace Industrial Relations in Britain: The DE/PSI/ESRC Survey*, Heinemann, London, 1984, pp. 129-41; MILLWARD & STEVENS: *British Workplace Industrial Relations: The DE/PSI/ESRC Surveys*, Gower, Aldershot, 1986, pp. 138-47. Los temas de discusión predominantes en los comités eran temas de producción y de empleo, acuerdos sobre participación y consultas.

²⁸⁹ A. SCOTT: “Consultation and Communication”, *Employment Gazette*, 99, 9, 1991, pp. 507-512. El estudio demostró asimismo que los comités se reunían más regularmente y cubrían una gama más amplia de temas que antes. Según los directivos entrevistados, casi tres cuartas partes de los comités se reunían por lo menos una vez cada dos meses. Las cuestiones discutidas incluían desde los resultados financieros a los temas relacionados con la productividad, la mejora de la calidad y el bienestar. Otra conclusión del estudio fue que las firmas que reconocían a los sindicatos para las negociaciones colectivas demostraron una tendencia marcada a consultar un abanico más amplio de cuestiones que las firmas que no los reconocían. Similarmente, las empresas de propiedad extranjera hacían consultas sobre más cuestiones que las empresas británicas. Finalmente, los resultados no demostraron ninguna evidencia de que las consultas tendieran a sustituir a las negociaciones colectivas; las consultas eran vistas más bien como algo que fomentaba las negociaciones colectivas.

Este crecimiento actual de los comités consultivos mixtos debe considerarse esencialmente en el contexto de estrategias cambiantes de la dirección: una dirección que intenta restringir el poder de negociación de los delegados de taller y ofrece procedimientos de consulta como suplemento de las negociaciones colectivas. Los directivos desean dejar cuestiones como la organización del trabajo, las dotaciones de personal etc..., fuera del área relativamente conflictiva y contrapuesta de la negociación, y situarlos en un entorno más cooperativo y pacífico. Igualmente, al incrementarse las relaciones basadas en la confianza y la cooperación, las firmas pueden adaptarse mejor a la inseguridad derivada de un mercado que cambia rápidamente y de la innovación tecnológica.

c) Los comités de salud y de seguridad. (“*Health & Safety Committees*”)

Una excepción al voluntarismo británico es la Ley de Salud y Seguridad en el Trabajo de 1974 y la regulación, a partir de 1977, de los Representantes de Seguridad y los Comités de Seguridad. Con anterioridad a esta legislación, la salud y la seguridad eran una cuestión expresamente gestionada de manera exclusiva por los empresarios y la Inspección de Trabajo. En realidad, se trataba también de un tema de negociación colectiva y, en las compañías más grandes en especial, se establecieron con frecuencia comités de salud y seguridad conjuntos entre la dirección y los sindicatos²⁹⁰.

La legislación sobre salud y seguridad permite que los sindicatos reconocidos puedan designar a representantes de seguridad de entre los empleados. Se facilita a los representantes de seguridad tiempo libre pagado para recibir el entrenamiento adecuado y cumplir sus funciones: investigar peligros, averiguar las causas de los accidentes, atender las quejas de los trabajadores, realizar inspecciones y consultar con los inspectores de trabajo, así como intermediar con el empresario. Carecen de poder para suspender el trabajo, aunque tienen derecho a recibir información relevante y a ser consultados por el empresario en temas relacionados con la salud y la seguridad. Las consultas de carácter más general tienen lugar en el comité de salud y seguridad, que el empleador debe establecer si así se lo piden los representantes de seguridad²⁹¹.

Cabe señalar que, en realidad, la legislación únicamente se aplica a las firmas en que uno o más sindicatos han sido reconocidos por el empleador. Las compañías sin sindicatos no tienen ninguna obligación de tener representantes de seguridad elegidos o de formar un comité de salud y seguridad. Este principio fue adoptado por presiones del TUC,

²⁹⁰ A. I. GLENDON y R. T. BOOTH: “Worker Participation in occupational health and safety in Britain”, *International Labour Review*, 121, 4, 1982, p. 405; L. VOGEL: *A Survey of Occupational Health and Safety in the Member States of the European Communities and the European Free Trade Association*, Brussels, 1991, p. 103.

²⁹¹ A principios de los años 80, cerca del 60 por cien de establecimientos sindicalizados incluían tales comités. Vid. M. POOLE: *Towards a new industrial democracy...* p. 77; si bien en el mismo periodo, el 16 por cien de empresas privadas que reconocían a los sindicatos y el 43 por cien de las que no los reconocían, no tenían ninguna forma de representación de los trabajadores (ni siquiera representantes de seguridad) en lo referente a salud y seguridad. Vid. MILLWARD & STEVENS: *British Workplace Industrial Relations*, p. 150; Las encuestas realizadas en 1979 y 1987 demostraron un aumento en el número de representantes de seguridad para las firmas con más de 250 empleados; en empresas con menos de 100 empleados, sin embargo, se podía observar una disminución evidente. Cfr. L. VOGEL: *A Survey of Occupational Health and Safety...*, p. 105.

y está en la línea de la tradicional demanda sindical británica de que los sindicatos deberían ostentar el monopolio de la representación de los trabajadores.

Los sindicatos han optado por diversas políticas en lo referente al nombramiento de los representantes de seguridad: algunos han preferido designar a personas que ya habían sido elegidos como delegados de taller, mientras que otras han considerado más importante tener personas distintas, de modo que la función principalmente participativa de la supervisión de seguridad estuviera separada de la función primariamente negociadora del delegado de taller.

Finalmente, en 1996 aparecería una nueva legislación en la materia que ofrecía a los empleados la posibilidad de elegir entre la consulta directa a los propios trabajadores o a los representantes de seguridad²⁹². De este modo, la legislación de 1996 sólo es de aplicación donde los grupos de trabajadores no están cubiertos por la presencia de los representantes de seguridad elegidos, con lo que pretende cubrir el hueco existente en aquellas empresas en las que no hay sindicatos reconocidos y no cuentan con representantes de seguridad elegidos de acuerdo con la normativa de 1977.

²⁹² S. HARDY: “Great Britain”, en R. BLANPAIN: <<*European Labour Law*>>, ELL- Supl. 320, (Febrero-2007), pp. 270.

1.4. SOBRE EL MODELO DE PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE RELACIONES LABORALES.

1.4.1. Evolución histórica.

Una de las notas que históricamente ha caracterizado al sistema español de relaciones laborales fue la de la escasa práctica y cultura de participación de los trabajadores en la empresa.

Las razones de este proceso son diversas, pudiendo destacarse, entre otras, las siguientes:

a) La inexistencia de una decidida voluntad política en este terreno. Los precedentes históricos son pobres y frustrantes²⁹³. Es más, de hecho, hoy día, la propia Constitución Española hace una escasa referencia a la problemática participativa, dedicándole a la misma sólo un precepto de su articulado (art. 129.2), en el que se configura un tímido inciso que tan sólo destaca el compromiso que los poderes públicos adquieren de promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa, sin llegar a configurar un derecho directo de los trabajadores a la participación.

²⁹³ Para una mayor consideración de los precedentes y evolución de las distintas formas de participación en España, vid. J. M. ALMANSA PASTOR: *La participación del trabajador en la administración de la empresa*, Editorial Tecnos, Madrid, 1965; AA.VV.: *Dieciséis lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1967; J. RIVERO LAMAS: *Estructura de la empresa y participación obrera (Estudio sobre el jurado de empresa)*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969; L. E. DE LA VILLA GIL: “El Derecho del Trabajo durante la Guerra Civil”, en AA.VV.: <<Actas del II Simposio de Historia de la Administración>>, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971; AA.VV.: *Diálogos sobre la empresa*, Publicaciones de la Universidad, Santiago de Compostela, 1972; M. GARCÍA FERNÁNDEZ: *La participación del trabajador en la gestión de la empresa*, Editorial Prensa Española y Editorial Magisterio Español, Madrid, 1976; G. ESTEBAN VELASCO: *Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas*, Cuadernos Laborales. Serie Empresa. Instituto Estudios Sociales, Ministerio de Trabajo 1980, pp. 79 y ss; A. MARTÍN VALVERDE, F. VALDÉS DAL-RÉ, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, M. E. CASAS BAAMONDE, F. PÉREZ ESPINOSA Y J. GARCÍA MURCIA: *La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987. Asimismo, y en relación a la doctrina extranjera, destáquese W. GARCIN: *Cogestión y participación en las empresas de los países del Mercado Común (Legislación y estudios comparados)*, Madrid, Ediciones ICE, 1970 y B. HEPPLÉ (Comp.): *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986.

b) Otro obstáculo a salvar, de carácter histórico, ha sido el consabido recelo y falta de interés que el sindicato mostró durante mucho tiempo en este ámbito: partiendo de un cierto radicalismo histórico, el sindicato veía en la participación institucional un peligro de integración de la clase obrera, de “colaboracionismo”, optando por ello por el conflicto y por la confrontación como tácticas preferentes a seguir en los centros de trabajo.

c) El autoritarismo y paternalismo del empresariado español, característico de épocas pasadas de nuestro país, fue poco propicio a la hora de favorecer experiencias que intentasen aumentar la productividad mediante políticas participativas y, tradicionalmente, ha dejado una escasa iniciativa a la parte trabajadora.

d) Finalmente, la opción de los agentes sociales por llevar a la práctica intentos participativos desde el vértice -concertación social- más que por las bases -o sea, en las empresas concretas-, es otra de las causas que explica el fenómeno apuntado de retraso y escasez histórica de experiencias participativas en las empresas españolas.

Inicialmente, la participación del personal en la organización y vida de la empresa es una reivindicación históricamente vinculada en sus inicios a ciertos programas de política social del siglo XIX, ofreciendo un ejemplo típico de “vía media” entre la propiedad, y la consiguiente autoridad exclusiva y sin límites de los aportadores del capital, y la tesis antagónica de la radical transferencia de los medios de producción y del poder consiguiente a la colectividad nacional o a la colectividad del personal. Como sucede en otros países europeos, aunque con cierto retraso dado que el desarrollo industrial en España es más tardío, la evolución inicial en nuestro país de la legislación laboral se viene a caracterizar también por una primera etapa liberal individualista, frente a la que surgirá, como reacción, el Derecho del Trabajo: inicialmente, mediante la aparición de leyes que tienen un marcado carácter “excepcional” (finales del siglo XIX) y, después, en el período comprendido entre 1900 y 1919, mediante un desarrollo progresivo del ordenamiento laboral, que dará lugar en el final del mismo a la creación de Comités o comisiones paritarias sectoriales encargadas de regular determinadas condiciones de trabajo²⁹⁴.

Posteriormente, en España, el Anteproyecto de Ley de Contrato de Trabajo, elaborado en 1921 por el Instituto de Reformas Sociales, en su Capítulo X, preveía la constitución de unos “*Consejos de Cooperación Industrial*” en las fábricas o industrias que dicho Instituto indicase. Tales Consejos comprenderían representantes del personal y, en número igual, representantes de los directores técnicos y mandatarios del capital. La pugna por conseguir la representación de los intereses de los trabajadores, desde el sindicato a la representación directa desde la empresa, se puso de manifiesto en la discusión del Anteproyecto, pero finalmente dicho Capítulo X desapareció del propio Proyecto de Ley presentado por el Instituto de Reformas Sociales.

²⁹⁴ Una clara actitud precorporativista recorre la normativa laboral propia de la época en cuestión. El Real Decreto de 15 de marzo de 1919 procede a la creación de los citados Comités Paritarios. Al mismo tiempo, se empieza a ensayar, con carácter limitado a Cataluña, el reconocimiento de la función normativa de determinadas representaciones profesionales de tipo corporativo, como son la Comisión Mixta de Trabajo de Cataluña, creada en 1919, y la Comisión Mixta de Comercio de Barcelona, en el año siguiente (Real Decreto de 20 de abril de 1920).

Con gran influencia del reciente régimen fascista italiano, durante la Dictadura de Primo de Rivera, se regula una Organización Corporativa Nacional²⁹⁵, en la que debe destacarse la institución generalizada de Comités Paritarios (integrados por representantes de obreros, empresariales, y un presidente nombrado por el Ministerio de Trabajo), con la finalidad de regular las condiciones de empleo, generalizándose así las experiencias de la etapa anterior. Los Comités Paritarios surgen, de este modo, como organismos públicos de representación conjunta de trabajadores y empresarios, caracterizados por la propia presencia de la Administración en el seno de tales organismos negociadores. Sin embargo, la puesta en marcha de estos organismos corporativos de regulación de condiciones de trabajo fue más bien lenta, de forma que cuando empezaron a constituirse y a poder desarrollar las competencias a ellos asignados se produciría ya, prácticamente, la clausura de este período histórico²⁹⁶, conocido como el período primoriverista o “dictablanda”.

Pero, en nuestro país, la noción de “participación en la empresa” no aparecerá originariamente hasta la Constitución Española de 1931, en cuyo artículo 46.2 se encomendaba a la legislación de la República Española la regulación de “*la participación de los obreros en la dirección, administración y en los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores*”.

El Proyecto de Ley de Largo Caballero sobre “intervención obrera en la gestión de las industrias”, presentado a Cortes el 20 de octubre de 1931, se anticipaba a tal declaración constitucional estableciendo “*comisiones interventoras*” de obreros y empleados en todos los centros pertenecientes a la industria o al comercio que ocuparan a más de cincuenta trabajadores, con la atribución plural de velar por la aplicación de la legislación social general, de intervenir en la confección de los reglamentos de fábrica y en el régimen de admisión y despido del personal, de examinar los balances y libros de contabilidad de la empresa y de designar representantes para asistir con voz y sin voto a los Consejos de Administración y Juntas Generales de accionistas de las sociedades²⁹⁷. El Proyecto no llegaría finalmente a aprobarse, recibiendo una fuerte oposición del empresariado²⁹⁸. En cualquier caso, la II República supondría un avance notable en la evolución del Derecho del Trabajo en nuestro país: concretamente, en el terreno colectivo, se aprueba una específica y extensa Ley Sindical

²⁹⁵ Decreto-Ley de Organización Corporativa Nacional, de 26 de noviembre de 1926 (Texto Refundido de 8 de marzo de 1929). Cfr. E. AUNÓS: *La Organización Corporativa del Trabajo*, Madrid, 1928.

²⁹⁶ Cfr. M. VALVERDE, F. RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA: *Derecho del Trabajo*, Quinta Edición, Tecnos, 1996, op. cit. p.73.

²⁹⁷ Art. 9 del Proyecto. El texto del proyecto legislativo puede verse en A. MARTÍN VALVERDE, F. VALDÉS DAL-RÉ, M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, M. E. CASAS BAAMONDE, F. PÉREZ ESPINOSA y J. GARCÍA MURCIA: *La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936*, pp. 1180-1182.

²⁹⁸ Vid. A. MARTÍN VALVERDE: “El proyecto de intervención obrera de la Segunda República española” en <<*Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*>>, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 279-293; M. REQUENA GALLEGO y N. MENDOZA NAVA: “El proyecto de Ley de Largo Caballero sobre la intervención obrera en la gestión de las industrias”, en *Mercado y organización de trabajo en España*, I Jornadas de Historia Económica de las Relaciones Laborales, Sevilla, Grupo Editorial Atril 97, 1998, pp. 425-433 y, finalmente, “El Proyecto de Ley de intervención obrera en la gestión de las industrias presentado a las Cortes Constituyentes el 20 de octubre de 1931”, en AA.VV.: <<*La legislación social en la Historia de España*>>, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, pp.1180-1182.

en 1932²⁹⁹, aunque los convenios colectivos no adquieren un gran desarrollo, continuándose la tradición de la regulación de las condiciones de trabajo mediante bases de trabajo aprobadas por Jurados Mixtos, sucesores de los anteriores Comités Paritarios³⁰⁰. Estos Jurados Mixtos se configuraban como unos órganos corporativos dotados de amplias facultades de representación, entre las que se situaba en un lugar preeminente la negociación de acuerdos colectivos³⁰¹.

Durante la Guerra Civil Española (1936-1939) se produciría una importante legislación sobre intervención e incautación de industrias (Decreto de 23-2-1937) y sobre colectivizaciones³⁰² (Decret de collectivitzacions i control obrer, de la Generalitat de Catalunya, de 24-10-1936)³⁰³.

El régimen que surge tras la Guerra Civil suprimió radicalmente el sistema de relaciones laborales propio del período republicano anterior. En sustitución de las representaciones profesionales suprimidas, el régimen franquista implantaría unas organizaciones profesionales por ramas de producción, a las que obligatoriamente se debían adscribir todos los trabajadores y empresarios: eran los denominados “*sindicatos verticales*”, organismos corporativos de carácter público “ordenados jerárquicamente bajo la dirección del Estado”³⁰⁴, y que se integraban en una organización unitaria, la llamada “Organización Sindical Española”. El principio de participación del personal fue recogido posteriormente en las Leyes Fundamentales del Estado franquista, y se fue realizando ocasionalmente en ciertas instituciones concretas, tales como comedores obreros, economatos etc..., y sobre todo en los Comités de Seguridad e Higiene y en las Comisiones del plus familiar, destacando sobremanera la aparición de la figura del *Enlace Sindical*, regulada en los Reglamentos de Elecciones Sindicales, que aparecía como representante individual del personal en la empresa. Las funciones de los «enlaces» nunca estuvieron claramente reglamentadas³⁰⁵, pero en estas

²⁹⁹ Ley de 8 de abril de 1932, dictada de acuerdo con lo dispuesto en el art. 39 de la Constitución de 1931.

³⁰⁰ Introducidos en 1931, por la denominada Ley de Jurados Mixtos (Ley de 27 de diciembre de 1931. Texto Refundido de 29 de agosto de 1935). El art. 2 definía expresamente al Jurado Mixto como “*institución de Derecho Público encargada de regular la vida de la profesión y de ejercer funciones de conciliación y arbitraje*”. Sobre la figura del Jurado Mixto, vid. J. CASTÁN TOBEÑAS: *La nueva Ley de Jurados Mixtos*, Madrid, 1936, p. 35 y ss.

³⁰¹ De hecho, ha podido afirmarse que “la negociación colectiva corporativa desarrollada en el seno de los Jurados Mixtos tuvo más importancia en este período que la negociación colectiva libre”, la cual, como hemos indicado tuvo un escaso desarrollo y quedó relegada en esta época a un papel complementario. Cfr. M. VALVERDE, F. RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA: *Derecho del Trabajo*, op. cit. p.78.

³⁰² Vid. L. E. DE LA VILLA GIL: *El Derecho del Trabajo durante la Guerra Civil*, pp. 601-668; W. L. BERNECKER: *Colectividades y revolución social. El anarquismo en la guerra civil española 1936-1939*, Barcelona, Crítica, 1982, especialmente las pp. 327-345, específicamente dedicadas al Decreto de colectivización catalán, decretos sucesivos y órdenes complementarias, y A. CASTELLS DURAN: *Les col·lectivitzacions a Barcelona 1936-1939*, Barcelona, Hacer, 1993, pp. 15-22.

³⁰³ *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, nº 302, 28 de octubre de 1936, pp. 373-376 en el que se publica el “Decret de col·lectivitzacions i control obrer” de la Generalitat de Catalunya.

³⁰⁴ Fuero del Trabajo de 1938, Declaración XIII.4.

³⁰⁵ Cfr. A. MATEOS LÓPEZ: Comunistas, socialistas y sindicalistas ante las elecciones del «Sindicato Vertical», 1944-1967, *Revista de la Facultad de Geografía e Historia*, UNED, núm. 1, 1987, págs. 379-411.

fechas se llevaron a cabo algunas medidas parciales de participación obrera en la empresa. Éstas se limitarían a la gestión social de las relaciones laborales y la administración de las obras sociales³⁰⁶.

El Decreto 18 de Agosto de 1947 instituyó los *Jurados de Empresa*, aunque su reglamentación no se produciría hasta 1953³⁰⁷: se trataba de una figura inspirada en el modelo de comités o consejos de trabajadores, con la peculiaridad de su integración en el sindicato vertical existente y de la presencia en ellos del propio empresario o de su representante³⁰⁸. Esta figura del Jurado de Empresa era fiel reflejo de la ideología propia del régimen, caracterizada por la preponderación de una pretendida armonización de intereses entre las partes sociales. Los objetivos explícitos del Jurado no serían otros que los de promover la concordia social y la colaboración de los “productores” en la empresa «...sin perjuicio de la facultad de dirección que incumbe a los jefes...», así como la vigilancia de la aplicación de la legislación social franquista y el incremento de la producción. Inicialmente, sus facultades serían exclusivamente de carácter consultivo pues el “jefe de empresa” no se vería obligado a adoptar las propuestas del Jurado³⁰⁹.

Siguiéndose un proceso de realización gradual y retardado sería también establecido un régimen limitado de “Cogestión”, por **Ley 41/1962, de 21 de julio**³¹⁰, en la que se establecía la participación del personal en la administración de las empresas que adoptasen la forma jurídica de Sociedad, reglamentada posteriormente por el Decreto 2241/1965, de 15 de julio³¹¹. El carácter limitado o restringido del régimen instituido no era negado ni siquiera en la propia norma³¹².

³⁰⁶ Véase E. PÉREZ BOTIJA y E. BORRAJO DACRUZ: “La colaboración de los trabajadores en el ámbito de la empresa en España”, *Revista Internacional del Trabajo*, 1960, páginas 573 y ss., y E. BORRAJO DACRUZ: *La democratización de las estructuras productivas en la “Mater et Magistra”*, Conferencias y Documentos núm. 10, Centro de formación y perfeccionamiento de funcionarios, 1964.

³⁰⁷ Vid. Decreto de 18 de agosto de 1947, por el que se constituyen los Jurados de Empresa. Asimismo, Reglamento de los Jurados de empresa, de 11 de septiembre de 1953, y Decreto posterior de 20 de septiembre de 1962, núm. 2353/62, de Jurados de Empresa, que modifica el artículo 81 del Reglamento.

³⁰⁸ Al respecto, vid. J. RIVERO LAMAS: *Estructura de la empresa y participación obrera. Estudio sobre el jurado de empresa*, Barcelona, Ariel, 1969.

³⁰⁹ La normativa referida a los Jurados de Empresa, en Organización Sindical. Asesoría jurídica. *Legislación social española*. Madrid Edic. y Pub. Populares, 1975, páginas 1291-1331.

³¹⁰ BOE n. 175, de 23 de julio de 1962.

³¹¹ BOE n. 193, de 13 de agosto de 1965. La Reglamentación es efectuada de acuerdo con el mandato contenido en el párrafo primero del art. 10 de la propia Ley: “*El Ministro de Trabajo, oída la Organización Sindical, propondrá al Gobierno las normas de desarrollo y aplicación paulatina de esta norma*”.

³¹² Así, la Exposición de Motivos de la citada Ley 41/1962 señala expresamente lo siguiente: “*las normas que ahora se dictan no pretenden implantar en el mundo laboral español un régimen efectivo de cogestión que en países de vida económica más compleja y desarrollada no se ha consagrado todavía*”, sino “*una participación restringida*” de la representación del trabajo en las sociedades mercantiles.

PARTE PRIMERA. Cap. I: “*La participación de los trabajadores en la empresa*”

En realidad, puede afirmarse que la citada Ley no pretendía realmente institucionalizar un auténtico y verdadero sistema de cogestión y ello, básicamente, por dos motivos:

1º. La Ley de 1962 sólo tenía la intención de configurar una vía de participación que limitaba el ejercicio de ciertos derechos reconocidos, hasta entonces con carácter exclusivo, a los representantes del capital en las empresas que hubieran adoptado la forma jurídica de Sociedades y en las que concudiesen los requisitos o condiciones establecidos. Desde una perspectiva funcional, y como señalaba ALONSO GARCÍA, la limitación se manifiesta en que “los actos de los órganos de gestión, sin perder su carácter unitario, han de adoptarse como tales unitarias decisiones, con la presencia -potencial, al menos- y, desde luego, con la intervención de los representantes del personal, cuya ausencia no será causa invalidante de los actos en sí pero cuya convocatoria -en las mismas condiciones que los Consejeros representantes del capital-, habrá de hacerse para evitar la impugnación de los acuerdos”³¹³.

Pero, a pesar de que el último párrafo de su artículo primero la ley señalaba expresamente que “*en el ejercicio de sus funciones, éstos (la representación del personal) tendrán idénticas facultades y deberes que los representantes del capital*”, el propósito del legislador no fue otro que el de restringir la participación de los Consejeros del personal en el órgano de gestión, y ello en razón al ámbito de materias atribuidas a los mismos.

Un estudio de los artículos 1º al 6º (así como de los artículos 4º, 18 y 19 del Decreto), así lo evidencia. A tenor de los mismos, las posibilidades de intervención del personal en los órganos de gestión quedaban reducidas a tres categorías de materias: a) a aquellas relativas a asuntos específicamente laborales; b) a aquellas que impliquen decisiones que afecten directamente a los intereses del personal (recogiéndose en el artículo 4º del Decreto de 1965 una relación de aquellos asuntos que, en cualquier caso, se consideran relacionados directamente con tales intereses), y, finalmente, c) aquellas cuestiones no comprendidas en ninguno de los apartados anteriores y que sean propias de su competencia.

2º. Además, el carácter “restringido” de la intervención del personal que consagra la señalada Ley de 1962 se manifestaría también en la escasa proporción numérica que tendrían asignada los representantes del personal respecto de los consejeros del capital.

Así, en esta Ley, se indicaba que en las sociedades mercantiles administradas por consejos u órganos similares, designados en todo o en parte por los poseedores del capital y compuestos al menos por tres miembros, y que contasen con quinientos o más trabajadores fijos a su servicio y estuviesen obligados a constituir en su seno “Jurados de Empresa”, se debían incorporar al órgano de administración de la empresa representantes del personal (los

³¹³ Cfr. M. ALONSO GARCÍA: “Problemas que plantea desde el punto laboral la denominada Ley de Cogestión”, en AA.VV.: <<Diálogos sobre la empresa>>, Publicaciones de la Universidad, Santiago de Compostela, 1972, op. cit. p. 40.

Así, se disponía expresamente en el art. 13 del Real Decreto 2241/1965 lo siguiente: “Los Organismos administradores de las empresas comprendidas en este Reglamento no se considerarán válidamente constituidos si en ellos no se hubiera efectuado la inclusión del representante o representantes de su personal en la forma legal y reglamentaria establecida”.

“Serán nulos los acuerdos que adopten dichos Organismos sin haber dado cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo anterior”.

denominados “*Consejos Laborales*”), y ello en la proporción de uno por cada 6 o fracción superior a tres representantes de capital³¹⁴.

Se trataba, en definitiva, de un sistema de representación de los trabajadores en los Consejos de Administración de las empresas con forma jurídica de Sociedad, siendo el número de representantes de los trabajadores en dicho órgano inferior, en todo caso, al de los representantes del capital³¹⁵. Dicho sistema estaría formalmente en vigor hasta la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, en 1980, cuya Disposición Final 3ª la derogaba de modo expreso, si bien, como señala PALOMEQUE LÓPEZ “el desmantelamiento durante la transición democrática del sindicato vertical de la dictadura³¹⁶, sólo en cuyo ámbito institucional tenía razón de ser naturalmente la fórmula participativa, había hecho ya imposible la aplicación efectiva de esta figura”³¹⁷.

La Ley Sindical 2/1971 de 17 de febrero, consolidó los Jurados y Enlaces, pero el nuevo orden democrático de relaciones laborales provocaría, por cambio radical del espíritu de las instituciones de participación, la derogación de la normativa anterior, desapareciendo también la figura de los Consejeros laborales.

Sistematizando, a la altura de 1978, con la entrada en vigor de la Constitución Española, el Derecho Español recogía aún tres manifestaciones de colaboración del personal con la administración de la empresa, emanadas en el régimen anterior, a saber:

- 1) Los Enlaces Sindicales
- 2) Los Jurados de Empresa
- 3) Los Consejeros-representantes del personal en las empresas sociales

³¹⁴ Art. 1 de la Ley 41/1962 y art. 2 del Decreto 2241/1965.

³¹⁵ Sobre la denominada en su momento “Ley Española de Cogestión”, vid. J. M. ALMANSA PASTOR: *La participación del trabajador en la administración de la empresa*, Editorial Tecnos, Madrid, 1965, pp. 257 y ss.; *La política de cogestión en España*, Madrid, Ediciones del Movimiento, Colección “Nuevo Horizonte”, 1966; AA.VV.: *Dieciséis lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1967; J. RIVERO LAMAS: *Estructura de la empresa y participación obrera (Estudio sobre el jurado de empresa)*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969 (apéndice normativo); AA.VV.: *Diálogos sobre la empresa*, Publicaciones de la Universidad, Santiago de Compostela, 1972; y M. GARCÍA FERNÁNDEZ, *La participación del trabajador en la gestión de la empresa*, Editorial Prensa Española y Editorial Magisterio Español, Madrid, 1976, pp. 99 y ss.

³¹⁶ Por medio de los Reales Decretos-Leyes 19/1976, de 8 de octubre, de creación, organización y funciones de la Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales, y 31/1977, de 2 de junio, sobre extinción de la sindicación obligatoria, reforma de las estructuras sindicales y reconversión de la Administración Institucional de Servicios Socio-Profesionales.

³¹⁷ Cfr. M. C. PALOMEQUE LÓPEZ: “La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)”, en AA.VV.: *Gobierno de la Empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Salamanca, 2006, op. cit. p. 54.

Sin embargo, las normas reguladoras de las citadas instituciones serían finalmente derogadas en 1980, con la aparición del Estatuto de los Trabajadores, por medio de la Ley 8/1980, de 10 de marzo³¹⁸.

1.4.2. El modelo español: un “canal dual” de representación.

Centrándonos en la situación actual, como antes hemos indicado, la Constitución Española de 1978 (en adelante, C.E.) sólo contiene un artículo, el artículo 129, dedicado a la materia. De acuerdo con el párrafo segundo del mismo, “*los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción*”.

Los distintos niveles de participación que el artículo 129 manifiesta están conectados directamente con el conjunto de normas destinadas a tratar en el texto constitucional la temática de las relaciones laborales (arts. 7, 28 y 37), constituyendo un instrumento específico para dar cumplimiento en dicho ámbito laboral al mandato general que, referido a la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural, aparece expresado en el artículo 9.2 C.E.³¹⁹.

Y es que los postulados y principios de la democracia política, claramente manifestados en el artículo 23 C.E. (artículo que contempla la “participación en los asuntos públicos”), aparecen como el germen de los diversos instrumentos destinados a desarrollar el sistema de la democracia industrial: ambos sistemas (democracia política/democracia industrial) representan expresiones particulares de un principio común democrático, que aparece modalizado en función de los ámbitos sobre los que se proyecta³²⁰.

No hay que obviar tampoco que la C.E. manifiesta la opción por un modelo socioeconómico determinado, del cual es claro ejemplo el propio artículo 129.2 -especialmente en lo referido a la empresa y al “acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”-, determinado por la consagración del principio de libertad de empresa en el marco de una economía del mercado (art. 38), y completado con el reconocimiento que en el artículo 33.1 se hace respecto al derecho a la propiedad privada y a la herencia, limitándose tales derechos por la consideración de la función social que han de satisfacer (art. 33.2). Como podemos observar en conexión con los citados preceptos, el trasfondo, el fundamento político del mandato que el artículo 129.2 dirige a los poderes públicos en orden a la promoción de las diferentes formas de participación no es sino el reconocimiento de los

³¹⁸ Estatuto de los Trabajadores de 1980, Disposición Final Derogatoria 3, punto 6 y 8.

³¹⁹ Por indicación del Tribunal Constitucional, el mandato contenido en el artículo 129.2 se encuentra íntimamente ligado con el art. 9.2 C.E., habiendo declarado dicho Tribunal que es “un mandato constitucional de los poderes públicos la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural y, específicamente, promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa” (STC 208/1989, de 14 de diciembre).

³²⁰ Cfr. F. J. PRADOS DE REYES y J. VIDA SORIA: “La participación social en el texto de la Constitución”, en <<Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978>>, T. X, dir. O. Alzaga Villaamil, Madrid, 1985, p. 63.

fundamentos esenciales del sistema capitalista, siendo su finalidad la de “favorecer la armonía en el proceso productivo sin alterar el sistema de economía de mercado”³²¹.

Por otro lado, el citado artículo 129 se limita a la mera consagración de postulados político-económicos con una escasa imperatividad inmediata; su finalidad es delinear las coordenadas básicas de la actividad económico-financiera del Estado y no tanto generar verdaderos “derechos subjetivos”. Prueba clarificadora de tal configuración la encontramos en la ubicación sistemática del propio precepto, dentro del Título VII relativo a “Economía y Hacienda” (constituyendo lo que se ha denominado como “Constitución Económica”), de la que se derivará un nivel de garantía constitucional inferior al fijado para el reconocimiento de otros derechos (así, los antes mencionados: propiedad privada, herencia, libertad de empresa en el ámbito de una economía de mercado...). Ello pone de manifiesto el menor interés que para el constituyente supuso esta materia, especialmente en comparación con otras de mayor capacidad expresiva en cuanto a su trascendencia político-social³²².

Por tanto, debe destacarse el modesto lugar al que el planteamiento constitucional relega la participación de los trabajadores, la cual constituye una materia a regular por los poderes públicos eficazmente, pero llevándose a cabo una remisión a su desarrollo por ley, sin mencionarse el grado o intensidad de la participación, el nivel ni el objeto de la misma. De este modo, las materias y el grado de participación en la gestión de la empresa aparecen así como cuestiones de legislación ordinaria y no de constitucionalidad, porque no rozan la garantía constitucional del derecho de propiedad ni de la libertad de empresa³²³. Con razón, se ha podido afirmar que la referencia constitucional constituye “un compromiso insuficiente a la hora de pedir un nivel mínimo de participación, un compromiso, además, minimizado incluso formalmente por la vaguedad del lenguaje normativo y por su inserción en un texto poco congruente”³²⁴, habiéndose llegado a decir que el precepto contenido en el artículo 129.2 C.E. permanece casi intacto en su “núcleo normativo”³²⁵, especialmente en lo que se refiere a la participación en un sentido estricto o “participación fuerte” (participación orgánica interna).

³²¹ L. E. DE LA VILLA GIL: *La participación de los trabajadores en la empresa*, Instituto Estudios Económicos, Madrid, 1980, op. cit. p. 20.

³²² Tal ubicación sistemática del art. 129 C.E. fue ya criticada por algunos autores, indicando que más adecuada hubiera sido su inclusión en el Capítulo III del Título I, destinado a regular los principios rectores de la política económica y social, al ir referido a determinados sistemas destinados a articular los principios de democracia social en los ámbitos que allí se recogen. Cfr. F. J. PRADOS DE REYES y J. VIDA SORIA: *La participación social en el texto de la Constitución*, op. cit. pp. 67 y 68.

³²³ Como viene a señalar Palomeque López sobre la participación en la empresa, el precepto contenido en el artículo 129.2 guarda silencio sobre su alcance institucional y, más allá por supuesto de dar a conocer de forma abierta e ignota las “diversas formas” de la misma, habrá de ser lo que el ordenamiento perciba y regule con tal denominación, sin otro límite interno naturalmente que la propia exigencia del sistema económico constitucional. Sobre este tema, vid. M. C. PALOMEQUE LÓPEZ: “La participación de los trabajadores en la empresa”, en AA.VV.: <<*Gobierno de la Empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*>>, XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Salamanca, 2006, pp. 37-47.

³²⁴ F. RODRÍGUEZ SAÑUDO: “La participación de los trabajadores en la empresa”, *Revista de Política Social*, núm. 121 (1979), p. 435; A. OJEDA AVILÉS y F. RODRÍGUEZ SAÑUDO: “Estructura de la empresa”, en AAVV: <<*Los trabajadores y la Constitución*>>, Sociedad de Estudios Laborales, 1980, op. cit. pp. 223 y ss.

³²⁵ M. C. PALOMEQUE LÓPEZ: *Derecho Sindical Español*, Tecnos, 1996, op. cit. p. 246, loc. ult. cit.

Dentro del contenido del artículo 129.2 C.E. hay que destacar también la referencia que se hace de que los poderes públicos establecerán “los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”; de acuerdo con este mandato se configuró la denominada Sociedad Anónima Laboral, caracterizada inicialmente porque al menos el 51% del capital social había de pertenecer a los trabajadores que prestasen sus servicios en la empresa, siempre que su relación laboral lo fuera por tiempo indefinido y a jornada completa³²⁶, si bien esta institución se ha de inscribir no directamente en la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, sino en el acceso de los trabajadores a la propiedad de la empresa, lo que obviamente lleva implícitas facultades de administración y gestión.

En cuanto al desarrollo posterior del precepto contenido en el artículo 129.2, el tema de manera específica se plantea en relación a la regulación que el Título II del Estatuto de los Trabajadores (E.T.) hace de la participación de los trabajadores en la empresa, si bien el Tribunal Constitucional ha relacionado sólo de manera indirecta el mandato del artículo 129.2 C.E. con los órganos de representación unitaria contemplados en el E.T.³²⁷.

Además, como el artículo 61 de dicho Título II del E.T. señala que “*el derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en este título se reconoce sin perjuicio de otras formas de representación*”, no podemos pensar que la regulación contenida en dicho Título haya agotado las posibilidades previstas en el texto constitucional. A pesar de que el artículo 61 del E.T. comienza recogiendo el derecho en cuestión en relación con lo dispuesto en el artículo 4 de esa Ley (reconocimiento del derecho de los trabajadores a participar en la empresa formulado en el art. 4.1. g), lo cual podría hacer pensar que el alcance del mismo es el que se deduce de la regulación que posteriormente recibe en el artículo 61 y siguientes, parece evidente que la regulación efectuada en el Título II del E.T. no configura sino una de las posibles positivaciones que encierra el artículo 129.2 C.E., el cual no excluye otras formas y niveles de intensidad diferentes a las recogidos en el propio E.T.

La norma constitucional no dota de un contenido mínimo a las formas de participación en ella aludidas, circunstancia que permite optar entre varios modelos, aunque con el límite de un grado cogestión que niegue la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, libertad que sí es un derecho reconocido constitucionalmente³²⁸. Bajo esta amplia configuración, los artículos 61 y siguientes del E.T. lo que han venido es a desarrollar sólo uno de los mecanismos tangencialmente posibles: han desarrollado las “*representaciones unitarias*”, procesando las competencias de las mismas y, al hacerlo, se han aproximado mucho al diseño de una participación elemental: una participación informativa, consultiva y de control. Podemos afirmar que el E.T. desarrolla parcialmente el artículo 129.2, pero no porque sólo contemple la representación unitaria (que no es participación en realidad, es

³²⁶ Art. 1 Ley 15/1986, de 25 Abril, de Sociedades Anónimas Laborales. Actualmente, art. 1.1. de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales: “Las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos en forma personal y directa, cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido, podrán obtener la calificación de *Sociedad Laboral* cuando concurren los requisitos establecidos en la presente Ley”.

³²⁷ Vid. STC 74/1983, de 30 de julio; STC 118/1983, de 13 de diciembre y STC 98/1985, de 19 de julio.

³²⁸ Artículo 39 C.E.

representación), sino porque a esa representación unitaria solamente se le atribuyen ciertos derechos de participación limitados.

Por tanto, el alcance de la regulación del E.T. en esta materia es la de haber desarrollado una sola de las posibles formas o modalidades de participación que, al amparo del artículo 129.2 (en conexión con el art. 9.2), la Constitución Española permite, pudiendo objetar además que más que desarrollar la problemática de la participación, el E.T. lo que desarrolla son las fórmulas de representación de intereses colectivos³²⁹, pero ello no quiere decir que sea la única a considerar; en otro momento histórico y en base a otras circunstancias y exigencias que pudieran requerirlo podrían regularse otras formas de participación más intensas, pues el marco constitucional así lo permite. De hecho, como señala TERRADILLOS ORMAETXEA “el interés que suscita la transposición de la Directiva S.E. radica en que puede sacudir los oxidados cimientos en que se asienta el apartado 2º del artículo 129 C.E. (...), la flexibilidad y la laxitud del texto constitucional señalado permite augurar ya su total sintonía con la transposición de la Directiva S.E.”³³⁰, y puede suponer, por tanto, una oportunidad para que el legislador español, a corto o medio plazo, pueda apurar más las diversas fórmulas de participación en la empresa, configurando un panorama legal en el que, partiendo de la experiencia que se produzca con la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, se pueda contemplar el que los trabajadores puedan participar en la gestión de las empresas, implicándose en los órganos internos de las sociedades anónimas, posibilidad de la que, hoy por hoy, suelen carecer en nuestro país.

Lo que el E.T. consagra, en definitiva, es un modelo de participación colectiva que es externa a los órganos de dirección de la empresa, atribuyendo a los órganos de representación unitaria competencias de participación en la gestión que comprenden sólo los derechos de información, consulta y negociación a nivel de empresa, con lo que se configura un modelo participativo limitado y débil, siendo luego la negociación colectiva y la Ley Orgánica de Libertad Sindical (L.O.L.S.) quienes reconocerán competencias a los representantes sindicales (art. 10.3 L.O.L.S.).

En conclusión a todo lo expuesto, la configuración actual de la participación y representación de los trabajadores en el sistema español de relaciones laborales sería la siguiente: en el plano de la legislación ordinaria, de acuerdo con lo establecido en los artículos 4.1 g) y 61 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y sin perjuicio de otras formas de participación que se pudieran concretar por otras vías, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa (participación entendida como información, consulta y negociación) a través de los **órganos de representación unitaria** (delegados de personal y comités de empresa). A nivel de empresa, dichos órganos de representación unitaria conviven

³²⁹ Este es el modo en el que el art. 61 de la Ley del E.T., que responde a la elocuente rúbrica de “participación”, revela su singular óptica de política jurídica con la que ha querido contemplar la representación de los trabajadores en la empresa: el derecho de representación colectiva y unitaria como forma de participación en la empresa. Vid. A. MONTOYA MELGAR: “Modelos de participación de los trabajadores en la empresa”, *RMTAS*, 2003, núm. 43, monográfico, pp. 7-10, y J. M. GALIANA MORENO y B. GARCÍA ROMERO: “La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español”, *RMTAS*, 2003, NÚM. 43, pp. 13-30.

³³⁰ Cfr. E. TERRADILLOS ORMAETXEA: “La participación de los trabajadores en la transposición de la Directiva sobre la Sociedad Anónima Europea y sus repercusiones sobre la normativa mercantil”, *Relaciones Laborales*, nº 22, 2006, op. cit. p.1057.

con la **representación sindical** que pudiera existir en la misma a tenor de la Ley 11/1985 L.O.L.S. (arts. 8 y 10), sin que ambos modelos se excluyan.

Estamos, en definitiva, ante la presencia de un “*doble canal de representación*”, puesto que junto a los delegados de personal y comités de empresa -*canal unitario*- la legislación vigente permite la presencia de secciones y delegados sindicales -*canal sindical*-. Representación unitaria y representaciones sindicales constituyen las instancias a través de las cuales se articula en el doble canal de representación de los intereses profesionales en la empresa³³¹.

De esta forma queda institucionalizada, en el sistema español, la dualidad de cauces representativos en la empresa:

- De un lado, la de carácter unitario, de concepción esencialmente participativa y destinada a servir de instrumento representativo, que escapa de la lógica reivindicativa y de opción que ha caracterizado al método sindical tradicional.

- De otro lado, la de carácter sindical, entendida ésta como expresión concreta de la libertad sindical con una doble proyección:

a) La libertad organizativa del sindicato, que le permite adecuar unas estructuras descentralizadas -secciones sindicales- dirigidas a posibilitar su presencia orgánica dentro de la empresa.

b) La libertad de acción, valorada como planificación estratégica de su actividad en los distintos ámbitos en que opera. La determinación de este ámbito de actuación responde entonces a una idea de representación “conflictual” más abiertamente combativa y basada en la lógica del conflicto que la que tradicionalmente había venido inspirando la configuración de las representaciones unitarias o electivas, si bien también se observa como las estructuras sindicales se orientan en la actualidad hacia posiciones más propicias en ocasiones, y a diferencia de lo que ocurría en décadas anteriores, a la colaboración sin que ello suponga, obviamente, llegar a descartar el conflicto³³².

³³¹ Esta dualidad de cauces representativos está reconocida a nivel internacional: el 2 de Junio de 1971 la Conferencia General de la O.I.T. sancionaba esta situación ofreciendo un tratamiento conjunto de ambos. Así, el Convenio nº 135 O.I.T. dispone en su artículo 3 que “a los efectos de este Convenio, la expresión *representantes de los trabajadores* comprende tanto a los representantes sindicales, nombrados o elegidos por los sindicatos, o por los afiliados a ellos, como a los representantes electos, libremente elegidos por los trabajadores de la empresa y cuyas funciones no se extiendan a las actividades que se reconozcan como exclusivas de los sindicatos. En iguales términos se manifiesta la Recomendación 143 (art. 2).

³³² Como ha señalado recientemente Palomeque López “hoy ya, ciertamente, la cuestión fundamental de la democracia industrial ha pasado a ser para la cultura sindical dominante de la sociedad postindustrial la de la obtención de una distribución de poder diferente en la empresa y la capacidad de los trabajadores para ejercer una parte de él, a cuyos objetivos pueden responder válidamente las distintas formas orgánicas y funcionales de presencia colectiva (¿participación?) de los trabajadores dentro de la estructura empresarial productiva”. Cfr. M. C. PALOMEQUE LÓPEZ: “La participación de los trabajadores en la empresa (Una revisión institucional)”, en AA.VV: <<*Gobierno de la Empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*>>, op. cit. p. 31.

Detengámonos, brevemente, en cada una de estas dos vías:

1. Respecto al canal unitario de representación, bajo la rúbrica “*Del derecho de representación colectiva*”, el Capítulo 1º del Título II del Estatuto de los Trabajadores contiene el régimen jurídico básico de la constitución, funcionamiento y tutela de la acción de los “*Comités de Empresa*” y de los “*Delegados de Personal*”, que constituyen los órganos que configuran en nuestro país uno de los dos canales, el de base unitaria y carácter electivo, a través de los cuales se articula la representación y tutela colectiva de los trabajadores en las unidades de producción.

El artículo 61, antes comentado, incluido en dicho Capítulo I del Título II, define a tales órganos unitarios de representación como uno de los mecanismos a través de los cuales, “y sin perjuicio de otras formas de participación”, los trabajadores ejercitan el derecho genérico de participación en la empresa que el E.T. les reconoce (art. 4.1. g), con lo cual pretende cumplir con el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de “promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa” (art. 129.2 C.E.). Sin embargo, en este cometido, sus resultados pueden ser calificados de insuficientes y ambiguos: por un lado, el citado precepto estatuario identifica la participación de los trabajadores sólo con una de las posibles manifestaciones de dicha participación, los “órganos representativos unitarios” (los cuales, insistimos, en realidad no serían formas de participación sino de representación), a los que atribuye únicamente facultades de información, consulta y negociación dentro de la empresa, no desarrollando expresamente otras fórmulas participativas más intensas, pero a la vez reconoce la insuficiencia de su regulación, admitiendo la posibilidad de esas otras formas de participación; por otro lado y al mismo tiempo, tampoco precisa con exactitud el alcance de la remisión efectuada a esas otras posibles formas de participación, por lo que contiene en su texto cierta dosis de ambigüedad.

La utilización explícita en el artículo 61 del inciso “*sin perjuicio*” podría considerarse como la introducción de una de las acciones que, a favor de las representaciones sindicales, se hicieron durante la aprobación del texto definitivo de la Ley del E.T.³³³, por lo que, con ella, el legislador pretendería anunciar ya la coexistencia de cauces representativos que posteriormente se iba a producir entre la representación unitaria, única que fue objeto de regulación expresa por la Ley 8/1980 de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, y la representación sindical, desarrollada más tarde a través de la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto, de Libertad Sindical. Pero, como señala SAMPER JUAN, si lo que se quiso fue hacer referencia a otras posibles formas de participación de carácter “más colaborador y gestor”, hay que reconocer que éstas quedaron “muy desdibujadas en el texto estatutario” pues, como él indica, sólo se reconducen en el E.T. a las competencias que el artículo 64 reconoce a los trabajadores para “participar, como se determine por convenio colectivo, en la gestión de las obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares” (art. 64.1.10), y para “colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, de acuerdo con lo pactado en los convenios colectivos” (art. 64.1.11)³³⁴.

³³³ Cfr. C. SAEZ LARA: *Representación y acción sindical en la empresa*, op. cit. p. 129.

³³⁴ J. SAMPER JUAN: “Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores”, en AA.VV.: *Gobierno de la Empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Salamanca, 2006, op. cit. p. 208.

El propio artículo 61 tiene, además, una diferente consideración y alcance para diferentes sectores de la doctrina. Para SÁEZ LARA³³⁵, a la vista del cuadro de competencias que en el sistema de relaciones laborales desarrollan el Comité de Empresa y los Delegados de Personal, su consideración como forma o mecanismo de participación no significa, en el contexto del clásico binomio participación-conflicto, una opción legal por su configuración como órgano de colaboración empresarial. La citada autora, al igual que otros autores³³⁶, hace una lectura del artículo 61 en clave de modelo organizativo sindical y no de modelo de acción sindical (colaboración-conflicto), y parte de un concepto amplio de participación que, proyectado sobre tales órganos de representación unitaria, no va a implicar matiz alguno de subalteridad o colaboración leal con el empresario. Otro sector doctrinal ha mantenido, sin embargo, una postura diferente, afirmando que en realidad nos encontramos ante “una opción política del legislador de evidente propósito integracionista y no ajena del todo a cierta concepción comunitaria de la empresa”³³⁷.

2. El otro cauce, dentro de esa doble vía en que se conforma nuestro modelo de representación de los trabajadores en la empresa es el estrictamente sindical. En este modelo, la presencia y actuación directa del sindicato en la empresa se articula sobre todo a través de las “secciones sindicales de empresa”³³⁸, secciones que los afiliados a cualquier sindicato pueden constituir en el ámbito de cualquier empresa o centro de trabajo, y a las que la ley confiere una serie de competencias y derechos instrumentales³³⁹, reconociéndose también competencias y un estatuto protector en favor de los representantes de algunas de ellas, que podrán existir en determinadas empresas o centros de trabajo: son los “delegados sindicales”; siendo la L.O.L.S. la que diseña el modelo de organización del sindicato en la empresa, cuya presencia hasta la aparición de dicha Ley había quedado relegada al contenido de los convenios colectivos que desarrollaron las previsiones a este respecto introducidas por los Acuerdos Interconfederales.

³³⁵ Cfr. C. SÁEZ LARA: *Representación y Acción Sindical en la empresa*, op. cit. p. 128.

³³⁶ Vid. M. RODRÍGUEZ PIÑERO (Prólogo a J. CUEVAS LÓPEZ): *Estructura y función de la representación colectiva en la empresa*; A. OJEDA AVILÉS Y J. MAEZTU GREGORIO DE TEJADA: “Elecciones a representantes del personal y promoción de los sindicatos más representativos en la Ley 80/1980”, *R.P.S.*, 137/1983, p. 252.

³³⁷ F. J. PRADOS DE REYES y J. VIDA SORIA: “Comentarios al art. 129 C.E.” en AAVV: <<*Comentarios a las Leyes Políticas*>>, Tomo V, Edersa, Madrid, 1985; también M. C. PALOMEQUE LÓPEZ: *Derecho Sindical Español*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 154 y ss. En tal sentido, el propio T.C. ha llegado a calificar a los órganos de representación colectiva y unitaria como “instancias organizativas de los trabajadores en los asuntos de la empresa” (TC. S. 189/1993).

³³⁸ El desarrollo de la acción sindical por los representaciones sindicales empresariales no agota las posibilidades de ejercicio de la actividad sindical en la empresa que la L.O.L.S. reconoce; así también puede desarrollarse esa actividad directamente por los afiliados (art. 8.1) y por representaciones sindicales externas [art. 9.1. c)].

³³⁹ Si bien, hay que considerar que, en realidad, la L.O.L.S. reconoce a los afiliados el derecho a constituir secciones sindicales y, asimismo, a los afiliados y no a las secciones, otros derechos (reuniones, recaudar cuotas, distribuir información, recibir información...). Literalmente es así, derechos de los afiliados, no de las secciones. Vid. art 8 L.O.L.S.

Una vez identificado y concretado este cauce “dual” de representación, analizando las competencias de intervención en la empresa reconocidas legalmente en favor de los representantes de los trabajadores (unitarios y sindicales), hay que volver destacar, por diversos motivos, el carácter insuficiente que no sólo la L.E.T. sino también la L.O.L.S. han manifestado³⁴⁰; entre estos motivos puede destacarse la tradicional inexistencia de un reconocimiento de los derechos de información en la empresa que sea funcional al desarrollo en su interior de un modelo de participación efectiva de los trabajadores en las decisiones que les afectan³⁴¹, el escaso apoyo legal a la potenciación de las competencias de consulta, la atribución indiferenciada de derechos y medios de acción sindical en la empresa sin tener en cuenta la diferenciada realidad de uno y otro canal y su consideración como sujetos distintos, con lógicas y reglas de actuación diferentes (si bien como luego veremos, será el Tribunal Constitucional el que en su doctrina señalará algunas diferencias existentes entre estos sujetos colectivos que protagonizan las relaciones laborales en la empresa), la preferencia que expresa la regulación vigente por el “centro de trabajo” como ámbito de constitución de la representación del personal, lo que no permite asegurar el acceso adecuado al nivel donde realmente se toman las decisiones más importantes, etc...

El mayor nivel de intervención que nuestra regulación legal reconoce en favor de los representantes de los trabajadores se concreta en aquellas decisiones empresariales que produzcan el traslado de los trabajadores, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o extingan o suspendan colectivamente relaciones de trabajo, motivadas por razones económicas y/o causas técnicas, organizativas y de producción (artículos 40, 41, 47 y 51 E.T.), y ello con una clara finalidad, disminuir la conflictividad derivada de tales decisiones para así potenciar, en la medida de lo posible, el consenso entre empresarios y trabajadores en su adopción, promocionando de tal modo la autonomía colectiva en el gobierno de las relaciones laborales empresariales.

Ha sido el Tribunal Constitucional (T.C.) el que, como hemos anticipado, ha venido a marcar ciertas diferencias entre estos sujetos en los que se incardina la representación de los trabajadores en la empresa:

1. El T.C. manifiesta que no existe una indefinición constitucional ni una identidad entre todos los sujetos susceptibles del ejercicio de funciones sindicales, pues el artículo 7 del texto constitucional sí que constitucionaliza el sindicato, no haciendo lo mismo con el Comité de Empresa, que es creación de la Ley y sólo encuentra una indirecta vinculación con el artículo 129.2 de la C.E.³⁴². La representación unitaria es una creación legal que, dado su

³⁴⁰ Cfr. F. DURÁN LÓPEZ y C. SAEZ LARA: *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, pp. 139 y ss.

³⁴¹ Como señalan estos autores “...falta el reconocimiento legal del derecho de información como un derecho activo a informarse”. Cfr. F. DURÁN LÓPEZ y C. SAEZ LARA: *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, pp. 139 y ss. Esta consideración tradicional puede, sin embargo, matizarse actualmente, y ello tras la reforma del art. 64 del E.T. introducida por la reciente Ley 38/2007, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1985, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia con el empresario.

³⁴² Cfr. T.C. S. 118/1983, de 13 de diciembre (BOE de 11 de Enero de 1984), fundamento jurídico 4º. Vid, también T.C. S. 37/1983/, de 11 de mayo, y T.C. S. 95/1996, de 29 de mayo.

carácter no sindical, no encuentra un apoyo directo en la C.E. Según el Tribunal Constitucional la representación unitaria sólo encuentra un apoyo indirecto en el artículo 129.2, al hablar éste de que los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa³⁴³.

2. También el T.C. viene a señalar el distinto carácter y naturaleza de la representación que representantes sindicales y unitarios ostentan pues, para el T.C., el Comité de Empresa, así como los delegados de personal, actúan en representación de los trabajadores representados y, por tanto, ejercen derechos e intereses que no les son propios, sino de los trabajadores a quienes representan³⁴⁴. Mientras, los delegados sindicales representan sólo a los trabajadores de la sección sindical que los designan³⁴⁵.

3. Respecto a las posibles diferencias en relación a sus competencias entre sindicatos y comités, éstas han de venir presididas por la consideración de que mientras que las de los representantes unitarios serían solo las que expresamente la Ley les atribuye, los sindicatos reciben sus competencias directamente de la Constitución, de la garantía por el artículo 28.1 de la libertad sindical³⁴⁶. El T.C. llegó a considerar que, bajo estos planteamientos, no era irrazonable, atendiendo al diferente origen y carácter de la representación que ostentan, un planteamiento que pudiera conceder preeminencia a los sindicatos sobre las representaciones unitarias³⁴⁷.

4. Las representaciones colectivas no sólo no tienen que actuar en detrimento y oposición de la representación sindical³⁴⁸, sino que el propio T.C. ha constatado la realidad de que en muchas ocasiones las representaciones unitarias constituyen una vía importante e incluso prioritaria de actuación del sindicato en la empresa, a la vista de los caracteres del modelo organizativo sindical en la misma³⁴⁹.

Pero lo que también debemos de tener muy en cuenta es que en España la evolución de los respectivos sistemas ha venido marcada por las circunstancias que caracterizaron la etapa de la transición política, por la disponibilidad de cauces normativos para la acción sindical, y por la configuración postconstitucional de los mecanismos de representación en la empresa³⁵⁰.

³⁴³ Cfr. J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ: *Curso de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, Séptima Edición, 1998, p.144.

³⁴⁴ Cfr. T.C. S. 74/1983 de 30 de Julio (BOE de 18 de Agosto).

³⁴⁵ Si bien esta consideración puede ser matizada: 1) Los delegados sindicales disponen de alguna competencia que afecta a todos los trabajadores, en concreto “ser oídos” previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo (art. 10.3 LOLS); 2) Por lo que respecta a las secciones sindicales, el ET les confiere competencias que también pueden afectar a todos los trabajadores: sobre todo, en materia de traslados colectivos, modificaciones sustanciales, suspensiones y despidos colectivos, convenios colectivos...

³⁴⁶ Cfr. T.C. S. 37/1983 de 11 de Mayo (BOE de 20 de Mayo).

³⁴⁷ Cfr. T.C. S. 74/1983, cit.

³⁴⁸ Cfr. T.C. S. 208/1989, de 14 de Diciembre (BOE 11 Enero 1990), fundamento jurídico 5º.

³⁴⁹ Cfr. T.C. S. 197/1990, de 29 de Noviembre (BOE 10 Enero 1991).

³⁵⁰ Cfr. F. J. PRADOS DE REYES: *Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas*, op. cit p. 184.

Así, inicialmente, el reconocimiento de la actividad sindical en la empresa se desarrolló sobre todo a través de la negociación de los grandes pactos confederales (ABI, AMI), que fueron los instrumentos a través de los cuales, y hasta que se materializó la Ley Orgánica sobre Libertad Sindical en 1985, se potenciaría la penetración del sindicato en la empresa; primero se llevaría a cabo la actuación respecto de pequeñas y medianas empresas, caso del ABI, y después con carácter general en el AMI, en 1980, incorporándose la figura del “delegado sindical”.

Ya anteriormente, la C.E. de 1978 había asumido una opción político-organizativa que se decantaba claramente por el instrumento sindical, pues si bien en el artículo 129.2 ordenaba a los poderes públicos promover “eficazmente las diversas formas de participación en la empresa”, no constitucionalizó la figura de los representantes unitarios: como antes hemos comentado y el propio T.C. se ha encargado de señalar reiteradamente³⁵¹, éstas “son creación de la Ley y poseen sólo una indirecta vinculación con el artículo 129.2 C.E.”³⁵².

Por tanto, de las diferentes formas de participación y representación de los intereses colectivos de los trabajadores, nuestra Constitución (arts. 7 y 28.1) tan sólo reconoció explícitamente la sindical³⁵³. Posteriormente, el E.T., al ser una ley ordinaria, no podía entrar en la regulación de un aspecto concreto de la libertad sindical como es el ejercicio de la acción sindical, dejando tan sólo cierto testimonio de su existencia en el artículo 87. Al aprobarse el E.T. se mantendría la configuración del doble mecanismo representativo, pues éste optaba claramente por un modelo de representación y participación de naturaleza unitaria o no sindical corregido por la adopción de una fórmula mixta legitimadora (unitario-sindical) en materia de negociación colectiva³⁵⁴. De este modo, si el pluralismo organizativo se resolvía en la Constitución a favor de los sujetos sindicales, la opción estatutaria proyectaría claramente su núcleo de regulación sobre la representación unitaria³⁵⁵, aunque sin cerrar su regulación a la

³⁵¹ En este sentido SS. T.C. 11 Mayo de 1983, 74/1983 de 30 de julio; 118/1983 del 3 de Diciembre y 98/1985 de 29 de Julio.

³⁵² Afirmación que para algunos parece excesiva porque, “a la postre, aquellas representaciones unitarias son un instrumento de participación en la empresa, aunque formalmente no se les atribuya contribuir a la toma de decisiones de gestión”. Cfr. J. RIVERO LAMAS: *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, p. 58.

³⁵³ T. SALA FRANCO: “La representación de los trabajadores en la empresa”, *Relaciones Laborales*, T. II, 1990, op. cit. p. 153.

³⁵⁴ Cfr. E. M. CASAS BAAMONDE y R. ESCUDERO RODRÍGUEZ: “Representación unitaria y sindical en el sistema español de relaciones laborales”, *REDT*, núm. 17, 1984, op. cit. p. 52.

³⁵⁵ Aunque la representación sindical cuenta con el apoyo constitucional y de los Convenios 135 y 154 de la O.I.T., el sistema español privilegia a la representación unitaria en el seno de la empresa, como lo demuestran las preferencias que se aprecian en la regulación legal: a) los representantes unitarios están revestidos de la mayor legitimidad democrática que les otorga su elección por votación personal, libre, secreta y directa de todos los trabajadores de la empresa (art. 62.1 E.T.), mientras que los delegados sindicales son designados exclusivamente por los miembros de la sección sindical y por el método que estimen más conveniente; b) es más amplio el ámbito de representación de los unitarios, ya que una vez elegidos, y al contrario de lo que ocurre con los sindicales que representan sólo a los trabajadores de la sección sindical que los designa, ostentan la de la totalidad de los trabajadores del centro de trabajo o empresa; c) los representantes unitarios tienen, además, una presencia numéricamente muy superior a la de los delegados sindicales, ya que pueden estar presentes en los centros de trabajo o empresas con más de 6 trabajadores y llegar a tener en los comités de empresa hasta 75 representantes (art. 66 E.T.), mientras que los delegados sindicales limitan su presencia a los centros de trabajo o empresas con más de 250 trabajadores, y su número no puede ser superior a 4.

función colectiva negocial de los sindicatos representativos y de las representaciones sindicales a nivel de empresa (art. 87.1 y 2).

Esta opción del E.T. a favor de las representaciones unitarias marcaría una etapa de protagonismo inicial de las mismas, quedando fortalecidas hasta el extremo de asumir funciones fácilmente predicables de la estricta actividad sindical, y cuyo antecedente inmediato se encontraría en el R.D. 3149/1977 de 6 de Octubre, sobre elección de los representantes en el seno de las empresas, y en el propio R.D. Ley 17/1977, de 4 de Marzo, de Relaciones de Trabajo, montado sobre la base de la representación unitaria en la empresa. En cualquier caso, hay que reconocer también que el E.T. reguló la representación unitaria con una notable tendencia sindicalizante, la cual se acentuaría más tarde tanto por la acción de la Ley³⁵⁶, como por la de la jurisprudencia³⁵⁷. Además, a partir de la Reforma de 1994, el propio E.T., en actuaciones importantes contempladas en el mismo (vid. art. 41, 47 y 51) reconocerá competencias para la negociación y el acuerdo no sólo a las representaciones unitarias, sino también a las sindicales, alternativa antes inexistente³⁵⁸.

Como hemos reiterado, será con la L.O.L.S., de 2 de Agosto de 1985, cuando verdaderamente se institucionalice el canal dual de representación de los trabajadores en la empresa: en la Ley se reconocerán las Secciones Sindicales de Empresa y los Delegados Sindicales, como órganos de representación sindical en la empresa. Es, en definitiva, en 1985 cuando se produce el punto de inflexión en el tratamiento de las representaciones sindicales en la empresa (sin desmerecer la significación que también tendría la posterior Reforma de 1994); la disposición de un marco normativo suficientemente desarrollado y la conclusión con ello también del debate sindical sobre la oportunidad de esta figura contribuirá a la extensión de las estructuras descentralizadas de los sindicatos y de sus ámbitos de actuación. Y es que a partir de la L.O.L.S. se dispone ya de un “status jurídico” que alcanza a la definición de competencias de los representantes sindicales y a la protección en el ejercicio de sus funciones, y se establecerá al mismo tiempo los cauces para el desarrollo de este fenómeno, fijando también los mínimos de su tratamiento. Esta circunstancia, unida al mayor potencial de

³⁵⁶ La Ley 32/1984, de 2 de Agosto, modificativa del art. 63.3, sindicalizó la composición de los Comités Intercentros al señalar que “en la Constitución del Comité Intercentro se guardará la proporcionalidad de los sindicatos, según los resultados electorales considerados globalmente”. Este aspecto generó una cierta confusión. Según su tenor literal, cabría concluir con que el Comité Intercentros estaría formado exclusivamente por representantes de los distintos comités de centro que hubieran resultado elegidos en candidaturas presentadas por sindicatos. Pero esta interpretación a favor de la existencia de un monopolio sindical conduciría a resultados absurdos: resultaría que en el caso de que los comités de centro estuvieran formados por representantes electos sólo o mayoritariamente de entre candidatos independientes, no sindicales, no se podría formar un Comité Intercentros, o éste estaría formado exclusivamente por los representantes de las candidaturas sindicales minoritarias. Es por ello por lo que hay que destacar la existencia de una jurisprudencia posterior, correctora de este criterio, que entiende que la composición del Comité Intercentros debe ser proporcional a los resultados obtenidos por los sindicatos en las elecciones a los correspondientes comités de centro, pero también a los resultados obtenidos por las candidaturas no sindicales o independientes. Además, la proporcionalidad no debe establecerse en función del número de votos logrados, sino en función del número de representantes obtenidos en las elecciones. Vid. STSS 10 de diciembre 1993 (9772); STSS 7 de julio de 1999 (5788).

³⁵⁷ Vid. S.T.C.T. 6 de Octubre de 1987 y S.T.C.T. de 13 Julio de 1988 en las que resultaba significativa tal orientación.

³⁵⁸ Incluso cabría señalar que, hasta 1994, la situación de predominio de la representación unitaria en esas materias (traslado, modificaciones sustanciales, suspensión, despido...) podría ser contraria a lo previsto en el Convenio n.º. 135 de la OIT: caso de coexistir en la empresa las dos representaciones (sindical y unitaria), la unitaria no podría ir en detrimento de la sindical. Art. 5 del Convenio n.º. 135 de la OIT.

acción que el reconocimiento constitucional concede a la libertad sindical, se ha traducido en un incremento de la función representativo-sindical en la empresa, lejos ya de las primeras pretensiones estrictamente organizativas, y al margen de lo que se había atribuido a las representaciones unitarias; no en detrimento de ellas, pero sí en relación al papel predominante que estas últimas habían inicialmente asumido.

De este modo, la supuesta confrontación entre representantes sindicales-representantes electos ha ido arrojando un cierto resultado favorable a la mayor potencialidad expansiva de los primeros, pudiendo indicarse varias razones de ello:

- 1) Porque predicando su actividad del ejercicio de la libertad sindical, gozan de una tutela constitucional y una facultad de autoorganización y de libre configuración de su desarrollo que no encuentra parangón en la estricta prefiguración normativa que existe respecto de la actividad representativa de los Comités de Empresa y Delegados de Personal.
- 2) En relación con lo anterior, porque los representantes unitarios han quedado en desventaja frente a los representantes sindicales en cuanto a lo que atañe a la protección jurisdiccional que la ley les dispensa en el ejercicio de su función representativa. A la controversia inicial sobre si los órganos de representación unitaria son titulares o no de la libertad sindical le puso fin el T.C., en la Sentencia 40/1985, dando una respuesta negativa a la misma; ello se traduce en que los representantes unitarios no pueden acudir al proceso especial y urgente de tutela de la libertad sindical, a diferencia de los delegados sindicales, que sí que pueden.
- 3) Finalmente, porque la capacidad de influencia sindical sobre los representantes unitarios mediatiza el funcionamiento de éstos; y no se trata sólo de la composición sindical que manifiestan los representantes electos, sino también de la propia capacidad de control que las estructuras sindicales de empresa pueden proyectar en el funcionamiento de aquellos³⁵⁹.

Pero, en conclusión, más allá de la preponderancia de uno u otro canal de representación en cada una de las diversas etapas de nuestro sistema democrático de relaciones laborales, hay que reconocer que la dualidad de representaciones, unitaria y sindical, ha producido en España en ocasiones un solapamiento de funciones, provocando a veces un fenómeno de competición y emulación entre ambas representaciones, lo cual no ha beneficiado a ninguna de ellas³⁶⁰. Por ello, entendemos que la problemática no puede

³⁵⁹ Téngase en cuenta que la penetración del sindicato en la empresa no sólo se produce a través de las secciones sindicales y de los delegados sindicales, sino que también se produce mediante el fenómeno de la sindicalización de la propia representación unitaria, al ser ésta elegida, de manera mayoritaria, de entre listas presentadas por los sindicatos en las elecciones correspondientes. Así lo señalaba ya la Sentencia del T.C. 134/1994, reconociendo la existencia de cierto grado de interacción en las empresas entre los sindicatos y los órganos de representación unitaria de los trabajadores, y que las diferencias relativas a la naturaleza de estos dos tipos de instituciones, y a sus funciones de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, que en otro tiempo fueron manifiestas, hoy tienden en muchos casos a difuminarse.

³⁶⁰ A. OJEDA AVILÉS: “La representación unitaria en el derecho comparado y en España”, *RMTAS*, nº. 58, 2005, pp. 342-346. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el derecho español no ha establecido una clara y precisa delimitación funcional entre una y otra clase de representación sino que, por el contrario, ambas estructuras comparten importantes áreas encomendadas a la representación de los trabajadores:

plantearse en términos antitéticos; como ya señalara hace tiempo MONEREO PÉREZ³⁶¹, lo deseable sería pensar que en el futuro “el reparto de roles entre las coexistentes representaciones unitarias y sindicales tenderá, probablemente, a establecerse en torno a un principio de complementación dinámica y asimismo de sus respectivas lógicas externas e internas de acción entre ambas instancias representativas como hecho sindicalmente inevitable y apoyo mutuo”.

negociación colectiva (art. 87.1 E.T.), planteamiento de conflictos colectivos (art. 2.2.d) L.O.L.S.), y derechos de información y consulta (arts 64 E.T. y 10. 3 L.O.L.S.), lo cual ha sido origen de numerosos conflictos.

³⁶¹ J. L. MONEREO: *Los Derechos de Información de los representantes de los trabajadores*, op. cit. p. 94.

CAPÍTULO II. “SOCIETAS EUROPAEA”: LA ODISEA DE UN COMPLICADO PROCESO DE GESTACIÓN HISTÓRICA.

2.1. INTRODUCCIÓN.

Durante años, el interés que había suscitado la posibilidad de constituir un nuevo tipo societario de dimensión comunitaria en el seno de la Unión Europea, en gran medida provocado por los procesos de agrupaciones y concentraciones de empresas, volvió a relanzar de nuevo la candente problemática de la participación de los trabajadores en las empresas, especialmente en lo referente a empresas transnacionales ubicadas en el territorio de la Unión. Y es que el intenso proceso de unificación económica que se ha producido en el ámbito europeo ha ido dando lugar, con el paso del tiempo, al desbordamiento del territorio estatal como ámbito natural de actuación económica de las empresas, de manera que la creación de una economía de escala en el ámbito comunitario ha comportado, lógicamente, la conformación de redes empresariales de dimensión europea. Este proceso, unido a otros factores como la armonización del mercado interior, la consecución de la Unión Económica y Monetaria, la constatación de la existencia de un desfase entre la realidad económica y la realidad jurídica con la que hacer frente a los problemas que suscitan las empresas transnacionales³⁶², y a la complejidad que en materia de fiscalidad y de estructuras de decisión conllevan las mismas, fue creando un caldo de cultivo a favor de la elaboración de un Estatuto regulador de una “Sociedad Anónima Europea” (SE)³⁶³, que aparecía como un tipo societario fomentado por las propias instituciones comunitarias para afrontar las consecuencias derivadas de la internacionalización de los mercados y dirigir los esfuerzos hacia un aumento de la competitividad de la economía europea.

Éstos han sido algunos de los razonamientos que se han expuesto a la hora de incentivar la búsqueda de un ansiado consenso que permitiera desbloquear la ordenación comunitaria sobre el Estatuto de la Sociedad Europea, incluyendo dentro del mismo la

³⁶² Al respecto, vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: “El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 217, enero-febrero 2002, pp. 7-9.

³⁶³ Aunque se trata de una Sociedad Anónima Europea, en el Reglamento comunitario se utilizan las siglas “SE” (*Societas Europaea*), que son las que deben figurar en su denominación social, conforme al art. 11.1. del citado texto legal. Con la expresión “Societas Europaea”, se acoge la expresión ya inicialmente preferida en los primeros proyectos sobre el Estatuto de SE por el profesor Sanders.

problemática de la implicación de los trabajadores. Esta problemática tradicionalmente había aparecido como el principal punto de discordia que obstaculizaba dicha ordenación, al coexistir dentro del territorio comunitario posiciones enfrentadas entre Estados miembros de la Unión Europea a la hora de resolver tan compleja cuestión, ya que los modelos nacionales de partida eran muy diversos, suscitándose por ello toda una serie de históricos celos e inquietudes que daban lugar a que la SE durante largo tiempo se considerara “*plus partie du droit rêvé que du droit positif*”³⁶⁴.

La cuestión de la participación de los trabajadores no ha sido la única que ha frenado históricamente la evolución de un Proyecto de Sociedad Europea, pero ha sido sin duda alguna la más peliaguda de resolver, la de más delicado tratamiento. El problema no era tanto si la Sociedad Europea debía contar o no con un sistema de implicación de los trabajadores, esto parecía fuera de dudas y no era discutido por ningún Estado miembro; desde las primeras propuestas de la década de los años 70 éstas articulaban, de uno u otro modo, algún sistema al respecto. Como podrá observarse en páginas sucesivas, ya desde un primer momento, todos los estudios y propuestas relativas al Estatuto de la Sociedad Europea habían incluido en su contenido la cuestión de la participación de los trabajadores, y también desde sus inicios esta cuestión había sido objeto de controversia y polémica. El desacuerdo se situaba más bien en qué nivel de implicación debía ser el adecuado; he aquí donde surgía el principal punto de fricción entre países que tenían unas culturas y modelos participativos muy diferentes, lo cual generaba profundas divergencias que hacían muy difícil la adopción de un consenso, de un acuerdo común que satisficiera las diferentes posiciones al respecto. Más concretamente, el enfrentamiento se producía a la hora de abordar la inclusión o no de sistemas de participación obligatoria en la SE, y si por tanto la participación de los trabajadores en las decisiones empresariales debía ir más allá del establecimiento de un mero sistema de información y consulta, y debía incluirse en el proyecto de Sociedad Europea sistemas que permitieran la participación de los trabajadores en los órganos de la nueva sociedad. Es aquí donde realmente las posturas parecían irreconciliables, ya que nadie parecía dispuesto a ceder: los Estados miembros que tradicionalmente tenían ya previstos sistemas más intensos de participación en sus ordenamientos nacionales (caso alemán, por ejemplo) se oponían al establecimiento de un sistema que no incluyera para una sociedad domiciliada en su territorio los mismos derechos que los de una sociedad nacional, ante el riesgo de que se produjeran fenómenos de fuga de empresas hacia otros países comunitarios más permisivos, temiendo que pudiera producirse en sus territorios una suerte de “*efecto Delaware*”³⁶⁵; por otro lado, los Estados que no preveían en su legislación interna ningún sistema de participación de los trabajadores en los órganos societarios (como podía ser el caso del Reino Unido) se mostraban temerosos a introducir en su derecho nacional modelos que eran ajenos a sus tradiciones jurídicas, aunque fuera sólo en sociedades de carácter voluntario.

Se producía, por tanto, un inevitable choque entre dos modelos radicalmente diferentes a la hora de abordar la problemática de la participación y que incidía directamente en la estructura de la organización societaria: el sistema dualista frente al

³⁶⁴ H. SYNDET: “Enfin la société européenne?”, *RTDE*, 1990, p. 253 ; F. BLANQUET : “Enfin la société européenne, la SE” , *Rev. Droit de l’UE*, 1/2001.

³⁶⁵ Fenómeno por el que la competencia entre sistemas legislativos de diferentes países para atraer al mayor número de operadores jurídicos a su jurisdicción produce efectos negativos en las garantías que esas legislaciones deben procurar a socios, trabajadores y acreedores.

sistema de administración monista. La tradición alemana y su órbita de influencia aspiraban a que en Europa prevaleciese su sistema dual de administración, que se articulaba en torno a dos órganos diferentes: el órgano de dirección (*Vorstand*) y el órgano de control (*Aufsichtsrat*); países como el Reino Unido, y también posteriormente España, pretendían que, independientemente del sistema que se pudiera articular en un proyecto de SE para regular la cuestión de la participación de los trabajadores, ellos pudieran optar por mantener en su territorio un sistema de administración en un solo órgano.

El sistema de cogestión permitía, en principio, y en el modelo dualista de administración, una satisfactoria inclusión de los trabajadores en la gestión social, ya que en él los trabajadores se integran únicamente en el órgano de control, que no tiene atribuidas funciones de dirección propiamente dichas; el modelo monista de administración resulta más problemático en este sentido, con la posibilidad de que los trabajadores entorpezcan la gestión de la sociedad, que debe ser rápida y eficaz. De ahí surgían, en gran medida, las luchas, recelos y consiguientes bloqueos que han caracterizado históricamente todos los proyectos europeos que abordasen los temas relativos a la estructura de las sociedades y la implicación de los trabajadores en las mismas.

El Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE)³⁶⁶, contenido en el Reglamento CE 2157/2001, aprobado por el Consejo de la Unión Europea, así como la Directiva 2001/1986/CE³⁶⁷, en la que se completa este Estatuto en lo que respecta a la problemática de la “implicación de los trabajadores”, son el resultado de un largo y complicado proceso de gestación histórica iniciado hace más de 30 años. La promulgación de las citadas normas comunitarias, Reglamento y Directiva, no viene sino a culminar un dilatado y complejo proceso evolutivo que ha dado lugar a una nueva clase de sociedad anónima de dimensión europea, a la que se pretende dotar de un régimen jurídico propio y diferenciado del previsto en los ordenamientos de cada Estado miembro de la Unión Europea para las sociedades de derecho interno, y que, “vinculada a la integración comunitaria, pretende facilitar las operaciones de concentración transfronteriza de las empresas europeas”³⁶⁸. Así, a partir de ahora, las empresas pueden disponer, junto con los tradicionales instrumentos de Derecho nacional e internacional privado, de una opción específica -un instrumento comunitario-, dirigido prioritariamente a favorecer las citadas operaciones de carácter transnacional, al permitir la constitución de un nuevo tipo societario de dimensión comunitaria, mediante una organización y funcionamiento en forma de Sociedad Europea.

Por tanto, la problemática de la Sociedad Europea no se sitúa en el ámbito de un proceso de armonización de las correspondientes legislaciones nacionales de los países de la Unión en materia de sociedades, proceso al que más adelante nos referiremos también, especialmente en lo concerniente a la Propuesta de Vª Directiva y que, a través de un ambicioso programa de armonización de los derechos nacionales, pretende asegurar, mediante las medidas adecuadas, la protección de los derechos e intereses tanto de los propios socios como de terceros, con la finalidad de suprimir las distorsiones que entre los Estados miembros resultan de la diversidad de derechos nacionales, sino que pretende un

³⁶⁶ DO L 294, de 10 de noviembre de 2001, p. 1.

³⁶⁷ DO L 294, de 10 de noviembre de 2001, p. 22.

³⁶⁸ F. VALDÉS DAL-RÉ: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *Fundet*, Enero 2003, p. 4.

objetivo claro y distinto: establecer una regulación propia a nivel europeo que sea de aplicación directa a aquellas sociedades que, al tener un carácter transnacional, decidan libremente constituirse conforme a este nuevo modelo societario, la SE, con el que se pretende favorecer el funcionamiento de tales empresas transnacionales en el contexto de la realización del mercado único europeo.

Como señala el Preámbulo del Reglamento 2157/2001, en su Considerando Primero, “la realización del mercado interior implica una reestructuración a escala de la Comunidad de las estructuras de producción (...) a tal fin es indispensable que las empresas cuya actividad no se limite a satisfacer necesidades puramente locales puedan concebir y llevar a cabo la regulación de sus actividades a escala comunitaria”.

Para la efectividad de tal reorganización no era ya suficiente el instrumento inicialmente previsto en el Tratado de la Comunidad Europea, consistente en asegurar a las empresas su libertad de tráfico en el área del mercado común, a través de su reconocimiento y libre establecimiento, así como garantizando la libre prestación de servicios³⁶⁹. Esta libertad implicaba y exigía para su consecución la adopción tanto de medidas de armonización, de acuerdo con el artículo 100 del Tratado, como de medidas de coordinación del derecho societario de los Estados miembros de la C.E.E. a través de Directivas comunitarias que, con base en el artículo 54. 3. g) del Tratado (actual 44. 2. g), tienen como finalidad proteger los intereses tanto de socios como de terceros, lo cual parecía corroborar que, en efecto, la sociedad debía estar sujeta a la legislación nacional de un Estado miembro y debía estar organizada de acuerdo a una dimensión nacional.

Esta exigencia inicial del Tratado podría ser considerada suficiente en relación con el objetivo de garantizar la libertad de competencia entre empresas en el interior del mercado común, desde el momento que permitía a éstas operar en un mercado más amplio, evitando al mismo tiempo fusiones y reestructuraciones que podían llevar a las empresas a asumir dimensiones excesivamente grandes, con el riesgo que ello podía originar de reducción de la competencia y de comportamientos abusivos en el mercado. Por otro lado, dicha exigencia se justificaba en una fase inicial de la integración europea en la que la atención se centraba principalmente en el mercado interior y su regulación, más que en la regulación de la propia competencia incluso en función de la participación de las empresas comunitarias en mercados exteriores y de las de terceros países en el territorio de la Comunidad.

Pero la exigencia mencionada se iría progresivamente diluyendo y modificando como consecuencia de las propias necesidades de un mercado cada vez más amplio y globalizado, en el que el mercado comunitario no es más que uno de sus elementos, por lo que las iniciales desconfianzas y reticencias que recaían sobre las fusiones internacionales de sociedades de diversos Estados miembros se irían atenuando en favor de procesos de concentraciones de empresas, las cuales facilitaban la adaptación no sólo a las dimensiones del mercado común sino también a las exigencias que se derivaban de la competencia con grandes empresas de terceros países, ya fuera en el exterior, ya fuera en el interior del territorio comunitario.

³⁶⁹ Cfr. F. POCAR, en introducción, p. VIII de la obra de U. DRAETTA y F. POCAR: *Problema di diritto societario comunitario*, Egea, Milano, 2002.

Si bien la oportunidad de este cambio de exigencia fue sometido a la atención de la Comunidad Europea ya desde 1965, mediante el intento de establecer una “sociedad comercial europea”³⁷⁰, las propuestas destinadas a originar tal cambio no tuvieron una efectividad inmediata por razones y dificultades de diversa índole, no sólo de orden político, como podremos apreciar posteriormente, sino también de orden técnico-jurídico: las significativas diferencias existentes en el derecho societario de los Estados miembros, incluso en lo que respecta a la propia figura de la “fusión”, la ausencia de normas de conflicto comunes o similares y las consiguientes complicaciones en la determinación de la ley aplicable a dichas operaciones de fusión entre sociedades sometidas a las leyes de Estados diversos³⁷¹, y por último, pero no por ello menos importante, el diverso tratamiento de las fusiones entre empresas de Estados diferentes, tras las cuales se situaba la Propuesta de Décima Directiva del Consejo relativa a las fusiones transfronterizas, presentada en 1985³⁷², se encuentran entre tales razones.

La atenuación lenta pero progresiva de las diferencias jurídicas existentes, como consecuencia de la adopción de las correspondientes Directivas de armonización y coordinación de las legislaciones nacionales en materia de derecho societario, adoptadas conforme al citado artículo 44.2.g) (antiguo 54.3.g) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea) y, sobre todo, la exigencia cada vez más acuciante de adecuar en el ámbito de la Comunidad Europea las estructuras societarias a las nuevas dimensiones del mercado, resultantes de la realización del mercado interior en un contexto cada vez más globalizado, han impuesto por fin la exigencia de “hacer corresponder al máximo posible la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa en la Comunidad”³⁷³, y es dentro de esa necesaria correspondencia donde se sitúa la actual Sociedad Anónima Europea, fruto de un dilatado proceso de gestación histórica, y pensada como un tipo societario capaz de hacer frente de manera más eficaz a tales retos.

³⁷⁰ La bibliografía de la época sobre la denominada “sociedad comercial europea” es particularmente numerosa. Puede verse en particular: BAERMANN: “Supranationale Aktiengesellschaften?”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1957, p. 156 y ss.; RAULT: “Pour la création d’une société commerciale de type européen”, *Rev. trim. dr. com.*, 1960, p. 741 y ss.; THOMPSON: “The project for a commercial company of european type”, *Int. and Comp. Law Quar.*, 1961, p. 851 y ss.; VASSEUR: “Per una società di tipo europeo”, *Riv. dir. com.*, 1964, p. 83 y ss.; WILLEMETZ: “Faut-il envisager la création d’une société de type européen?”, *Rev. des soc.*, 1960, p. 364 y ss.; BENEDUCE: “Per una disciplina europea delle società per azioni”, *Riv. dir. com.*, 1962, p. 186 y ss.; CANSACCHI: “La società commerciali di tipo europeo”, *Il Diritto dell’Economia*, 1966, p. 33 y ss.; D’ANTONA: “Osservazioni sul una società di tipo europeo”, *Il Diritto negli Scambi Internazionali*, 1966, p. 33 y ss.; MINERVINI: “Alcuni problemi connessi alla creazione di una società di tipo europeo”, *Rivista delle Società*, 1966, p. 984 y ss.; SARAGÒ: “Il problema della creazione di una società commerciale di tipo europeo”, *Riv. dir. eur.*, 1967, p. 47 y ss.

³⁷¹ Sobre este punto, vid. A. MIGLIAZZA: “I problemi di diritto internazionale relativi alla creazione di una società per azioni europea”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, págs 761 y ss; con referencia específica a las fusiones de sociedades, G. BIETZKE: “Les conflicts de lois en matière de fusions des sociétés (droit communautaire et droit international privé)”, *Revue critique de droit international privé*, 1967, págs 1 y ss.; A. SANTA MARÍA: “La fusione di società soggette a leggi regolatrici diversi nel progetto preliminare di convenzioni della Comunità economica europea”, *Rivista delle Società*, 1968, págs 581 y ss.; R. LUZZATTO: *La Convenzione CEE sulla fusione delle società*, Centro di studi europei dell’Università degli studi di Padova, Il diritto della società nella Comunità economica europea, Padova, Cedam, 1975, págs 101 y ss.

³⁷² COM (84) 727 del 8 de enero de 1985. Hoy ya, Directiva 2005/56/CE sobre fusiones transfronterizas de sociedades de capital.

³⁷³ Sexto Considerando del Reglamento 2157/2001.

Si bien el origen del proyecto de Sociedad Europea se sitúa en torno a 1959 cuando ya el profesor SANDERS expresaba su deseo relativo a la creación de una sociedad comercial sujeta a derecho comunitario, no sería hasta diciembre de 1966 cuando, bajo el auspicio de la Comisión, éste presentase un “Proyecto de Estatuto de SE”, que desembocaría en 1970 en una primera Propuesta de Reglamento.

Sin embargo, ya en 1970 considerables divergencias entre las partes interesadas salen a la luz. Así, ni esta propuesta inicial, por otro lado modificada en 1975, ni la propuesta posterior de Reglamento y Directiva efectuada en 1989 y modificada también posteriormente en 1991, pudieron ser objeto de acuerdo. Precisamente, el punto concreto por el que por más de treinta años las discusiones se encontraban encalladas era el controvertido problema de la participación de los trabajadores.

La creación en 1994 del Comité de Empresa Europeo tuvo el mérito de relanzar las negociaciones, pero parecía evidente que la mera aplicación a la Sociedad Europea de las disposiciones de la Directiva relativa al Comité de Empresa Europeo no era suficiente para resolver el problema. Un grupo de expertos presidido por Etienne DAVIGNON se ocupó en concreto del estudio del tema, y el resultado de su trabajo se reflejó en un Informe, sobre cuya base catorce de los quince Estados miembros de la Unión Europea en ese momento pudieron alcanzar un acuerdo político. Dentro de estos catorce Estados figuraban países como Francia, Reino Unido y Alemania, cuyas diferencias eran precisamente las que habían bloqueado durante mucho tiempo la consecución de tan ansiado proyecto. En esta ocasión era España quién se desmarcaba del mismo, si bien finalmente el consenso político pudo conseguirse en la Cumbre de Niza, con lo que el compromiso alcanzado pudo por fin ser aprobado el 20 de diciembre de 2001 por el Consejo de Ministros de la Unión Europea.

Como puede observarse, todos estos avatares no pueden por menos que configurar un largo y complicado proceso de gestación, que casi puede calificarse de “odisea histórica”, en el que tras momentos de impulso y entusiasmo se sucedían otros de incertidumbre, divergencia o desinterés.

Analicemos ahora, con cierto grado de detalle, dicho proceso de evolución histórica en pos de la consecución de un Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y la relevancia que en ese largo proceso ha tenido la delicada cuestión de la implicación de los trabajadores en la empresa, pues nos ofrecerá interesantes claves para comprender la dilación en el proceso de gestación de la SE y las soluciones que finalmente se ha adoptado en la normativa actual para regular tan controvertido aspecto.

2.2. LOS INICIOS (1949-1970).

La idea de crear una sociedad mercantil de Derecho Comunitario aparece ya prácticamente desde los inicios de la propia Comunidad Económica Europea. Así, podemos remontarnos a la lejana fecha de 1949 para encontrar unos primerísimos antecedentes del proceso de creación de la Sociedad Europea cuando en una proposición adoptada el 16 de diciembre de dicho año por el Consejo de Europa se insta a la elaboración de un Estatuto único que fuese aplicable a “un reducido grupo de empresas europeas encargadas de producir bienes y servicios de interés general”³⁷⁴; proposición que fue rápidamente desechada al considerarse que dicho Estatuto, de realizarse, podría asignar en el mercado europeo una posición privilegiada a estas empresas en perjuicio de las sociedades nacionales de cada país.

Sin embargo, la idea de constituir una nueva entidad empresarial, un tipo societario de dimensión europea que estuviera disponible para las empresas y que dotado de un estatuto jurídico propio y diferenciado lograra que la elección de la sede del mismo no se viera vinculada, con los efectos incentivadores o desincentivadores que en cada caso pudieran derivarse de dicha elección, a cada una de las políticas jurídicas existentes en cada Estado miembro, no surgirá con fuerza hasta 1959, cuando por un lado, el profesor holandés Pieter SANDERS lanzara esta idea en su lección inaugural del Instituto Superior de Estudios Económicos de Rotterdam del 22 de octubre de 1959 y, por otro lado, el notariado francés se hiciera eco de la misma en el 57º Congreso de Notarios de Francia³⁷⁵, aunque como sabemos, hubo de esperarse hasta 1970 para que, después de numerosos trabajos preparatorios, se presentara un primer proyecto de Reglamento regulador de la Sociedad Europea, dándose lugar a las denominadas “propuestas de primera generación”³⁷⁶.

Y es que casi desde su comienzo, el profesor SANDERS fue ya consciente de la necesidad de que la evolución y desarrollo económico de la incipiente Comunidad Económica Europea fuera también acompañada de una evolución de las estructuras societarias, con la finalidad de establecer una correspondencia entre la unidad económica y la unidad jurídica de la empresa en el ámbito comunitario, manifestando tales ideas en su histórico discurso “*Vers une société anonyme européenne?*”³⁷⁷. Desde la concepción de

³⁷⁴ Al respecto, vid. SYNDET: “Enfin la Société Européenne”, *RTDE*, Droit Social, Junio 1990, p. 254.

³⁷⁵ LVIIº Congreso de Notarios de Francia de 1959. Vid. especialmente el informe del notario C. THIBIERGE: “Le statut des sociétés étrangères”, *Statut de l'étranger et le Marche Commun*, Tours, 1959.

³⁷⁶ *Vid. supra*.

³⁷⁷ “Le droit européen”, 9,1960. Publicado también en alemán, “Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters”, 1, 1960; italiano, “Rivista delle società”, 1163, 1966; holandés, *Naar een Europese N.V.?*, “Tjeenk Willink”, Zwolle, 1959 e inglés. Los textos en holandés, inglés, francés e italiano se encuentran recogidos en P.

SANDERS, la constitución de la Sociedad Europea debería estar dotada de un estatuto comunitario propio y específico, sin sometimiento a la legislación nacional. Dicha exigencia facilitaría la constitución de grandes sociedades internacionales, la fusión entre sociedades de órdenes jurídicos diferentes así como la creación de sociedades en Europa por parte de grupos financieros o industriales extranjeros, foráneos al Mercado Común. Estas sugerencias de SANDERS constituían, en cierto modo y salvando las distancias, una extrapolación del sistema de “compañías europeas” que, como hemos señalado, años atrás había propuesto el Consejo de Europa, así como de las iniciativas que conducían a la creación mediante acuerdos “ad-hoc” de empresas internacionales.

Un año después del discurso del profesor SANDERS, a partir de la iniciativa del Colegio de Abogados de París, se celebraría un Congreso internacional para la creación de una sociedad de tipo europeo (16-18 de junio de 1960) que, a partir de un sólido trabajo de derecho comparado, se ocuparía de analizar las reglas que deberían determinar la constitución, funcionamiento y control de la proyectada Sociedad Europea. En esta ocasión, la idea dominante del mismo fue la propuesta de introducir en la legislación nacional de cada Estado miembro del Mercado Común un tipo uniforme de sociedad de capitales que, sin perjuicio de los tipos ya existentes en dichas legislaciones, estaría a la libre disposición de aquellos que voluntariamente quisieran adoptarlo³⁷⁸.

Por esa misma época, la Comisión Europea, con el fin de conocer la sensibilidad de los agentes sociales sobre la cuestión, había decidido enviar un cuestionario a diversas federaciones industriales y comerciales de la C.E.E. Las respuestas a ese cuestionario presentaron un significativo grado de divergencias entre los destinatarios. Así, sin desmerecer la importancia e interés del asunto, UNICE insistía más bien en la necesidad de centrar los esfuerzos en la continuación de la labor de armonización del derecho de sociedades de los Estados miembros y resolver los diferentes problemas sociales, fiscales y financieros a ella asociados. La Federación de Industrias Alemanas expresaba también importantes objeciones al proyecto, mientras que la respuesta de CONFINDUSTRIA sería más positiva.

De 1960 a 1965, el problema relativo a la creación de una sociedad comercial europea fue también tratado desde otras instancias: la Federación francesa de Industria presenta en 1962 un “*Projet de statut de sociétés européennes*”, que pretende ser aplicable por parte de todos los países de la C.E.E. (artículo 1). La constitución de este tipo de sociedad estaría reservada a uno o a una pluralidad de fundadores, personas físicas, poseedoras de la nacionalidad de uno o varios países que formaran parte de la propia C.E.E. (artículo 4). Su capital debería estar constituido en “*unites de comptes*” U.E.P. y debería estar suscrito al menos en un 75% por personas físicas o jurídicas que tuviesen la nacionalidad indicada. Adicionalmente, el proyecto preveía un registro de comercio europeo y un “bureau” de verificación de sociedades europeas. Por su parte, en Alemania el tema tampoco se había dejado de lado; en respuesta a una cuestión parlamentaria el ministro federal de justicia respondió el 19 de abril de 1961 que, “en cualquier caso, los aconsejables avances en el proyecto de Sociedad Europea no debería hacer olvidar la

SANDERS: *European Stock Corporation* (1969). Un comentario del mismo puede encontrarse en D. THOMSON: *The Project for a Commercial Company of European Type* (1961).

³⁷⁸ Los Trabajos del Congreso reunieron una amplia documentación de derecho comparado. Al respecto, vid. *Revue Française du Marche Común*, année 1960, numero spécial.

necesidad de procurar lograr una aproximación del derecho de sociedades de los Estados miembros comunitarios”.

Como sabemos, el Tratado de la Comunidad Europea preveía en su artículo 100 la armonización de las legislaciones nacionales, y vía artículo 54.3. g) la coordinación de las garantías exigidas en favor de socios y terceros, planteándose ya en estas épocas iniciales el debate sobre si estos métodos no serían preferibles a la creación de un nuevo tipo societario uniforme, debate que no dejaría de estar presente con mayor o menor intensidad en todo el proceso histórico relativo a la constitución de la *Societas Europaea*. La discusión no era estéril y realmente incidía en el fondo mismo del asunto: la diferencia fundamental entre la instauración de una “sociedad de derecho europeo” o una “sociedad de tipo europeo” por un lado, y la armonización del derecho en materia de sociedades y de la coordinación de las garantías por otro, reside en que la primera opción implica únicamente, a pesar de todas las dificultades que conlleva, la creación de un nuevo tipo de sociedad, mientras que las segundas implican la modificación de los derechos nacionales y correlativamente, la subordinación directa de éstos al derecho comunitario. Prueba de esta dificultad, como tendrá posibilidad de analizarse en el Capítulo siguiente, es que la Propuesta de Vª Directiva que incide significativamente en una materia que es objeto de estudio en esta Tesis doctoral como es la relativa a la participación de los trabajadores en las empresas, no haya prosperado hasta el momento y haya quedado prácticamente en vía muerta. Y es que, en aquellos momentos iniciales de la Comunidad Europea, la apreciación que se tenía de las ventajas o inconvenientes que comportaba la labor de armonización y coordinación se hacía depender del resultado práctico de la misma, el éxito sería considerado sólo en la medida en que fuese posible llegar realmente a un alto grado de unificación del derecho de sociedades en Europa, y no parecía en esos momentos que la unificación inmediata del derecho de sociedades fuese posible ni técnicamente, dada las significativas diferencias existentes entre las legislaciones nacionales objeto de unificación, ni políticamente, dados los recelos que en materia de derecho de sociedades se suscitaban en los Estados miembros como consecuencia de la intromisión de las autoridades comunitarias en su legislación interna. Todos estos obstáculos y todas las distorsiones que resultaban de la diversidad y separación de los derechos nacionales de sociedades parecían constituirse en poderosas razones que en esos momentos justificaban los intentos para instituir una sociedad europea, cuya difusión exitosa podría incluso facilitar el que de manera indirecta se pudiera lograr posteriormente una unificación, si quiera parcial, del derecho europeo de sociedades.

Un trabajo más profundo sería realizado por esas fechas en Francia a nivel gubernamental en el seno de un Comité específico (Comité HAMMEL) encargado, a instancias del Ministerio de Finanzas y Asuntos Económicos, del estudio de los problemas jurídicos inherentes a la aplicación del Tratado constitutivo de la C.E.E.

Pero, a pesar de las iniciativas indicadas, el proceso tendente a la creación de un Estatuto de S.E. no comenzaría, desde una perspectiva histórica general, a oficializarse hasta 1965 cuando el Gobierno francés, como resultado de los trabajos del Comité HAMMEL, retoma esa idea que permanecía casi adormecida en el ámbito de las Comunidades Europeas desde 1949 y propone mediante una Nota remitida por dicho Gobierno a la Comisión, la elaboración de una reglamentación uniforme sobre sociedades anónimas europeas³⁷⁹, recomendando la creación de una sociedad comercial de “*tipo*

³⁷⁹ Cfr. “Note du Gouvernement français sur la création d’une société commerciale de type européen”, *Rivier telle Sociét.*, 1966, párrf. 1091 y ss. Esta nota partía de la constatación de que la armonización y coordinación

européo”. Esta sociedad sería creada por medio de una legislación comunitaria uniforme que cada uno de los Estados miembros de la Comunidad deberían introducir en su derecho interno. Dicha ley estaría llamada a coexistir con las leyes nacionales no uniformes sobre sociedades, y el nuevo tipo societario sería puesto a la disposición de todas aquellas empresas que quisieran adoptarlo.

Y es que en esta fase inicial del proyecto se planteaba, a su vez, una alternativa que daba lugar a dos tesis diferentes: la de aquellos que proponían la constitución de una “*société européenne*”, frente a aquellos como Francia que proponían la creación de una “*société de type européen*”. La primera fórmula intentaba proponer que tanto los actos conforme a los cuales debía ser constituida la nueva sociedad como su interpretación debían de estar sustraídos a la competencia de los Estados miembros de la Comunidad, rigiéndose por un estatuto propio de derecho comunitario. Con la segunda fórmula se acogía la tesis según la cual las normas que habían de regular la llamada sociedad comercial europea, aun siendo uniformes, debían ser las del sistema legislativo de cada Estado miembro, en cuyo derecho interno debería integrarse, formando parte del mismo dicha regulación uniforme. Evidentemente, la Comisión Europea y el propio profesor SANDERS se mostraron partidarios de la primera solución, que sería la finalmente acogida³⁸⁰; mientras tanto, el Gobierno francés de la época, acompañado por otros Estados comunitarios, prefería una sociedad idéntica en cada Estado pero sometida a los ordenamientos jurídicos nacionales.

De este modo, la Comisión (que en su “Memorándum sobre la creación de una sociedad comercial europea”³⁸¹, de marzo de 1966, había subrayado la necesidad de sobrepasar los límites de la política de coordinación de las sociedades mediante la creación de una forma societaria propiamente europea, al considerar que la creación de este nuevo tipo societario podría ser un instrumento útil para sus objetivos de política económica y social pues favorecería la libertad de establecimiento, el reconocimiento de las sociedades más allá de sus países de origen, las fusiones y operaciones comunes entre sociedades relevantes sujetas a derechos diferentes y el acceso al mercado de capitales) encargó a un grupo de expertos de los entonces seis Estados miembros de la Comunidad, presididos por el propio SANDERS, la elaboración de un proyecto completo de estatuto³⁸². Esta sociedad

de las legislaciones nacionales, si bien era considerada como “una empresa imprescindible”, era algo que se había rebelado como de difícil realización. Sobre esta Nota puede consultarse el artículo del profesor FOYER en *Revue d.C. Marche Común*, 1965, págs 268 y ss.

³⁸⁰ Véase a favor de la propuesta de una “Sociedad Europea” la conferencia ya citada del profesor Sanders, los trabajos mencionados antes por parte del notariado francés y, además, VASSEUR: “Quelques arguments per une société européenne”, *Rev. soc.*, 1965, p.18 y ss.; SCHOLTEN: “The European Company”, *C.M.L.R.*, 1967-1969, p. 9; STORM: “Statute of a Societas Europaea”, *C.M.L.R.*, 1967, p 265 y ss.; LELEUX: Conférence à la Société royale d’économie politique, 15 de noviembre de 1967; VON DER GROEBEN: “Vers des sociétés anonymes européennes”, *C.M.L.R.*, 1967, p. 224; FOYER: “La proposition française de création d’une société de type européen”, *R.M.C.*, 1965, p. 268 y ss.

³⁸¹ El texto puede verse en *RTDE*, 1996, p. 1091 y ss.

³⁸² *Projet d’un statut des sociétés anonymes européennes*, Etudes 6, Série Concurrence, Bruxelles. 1967. Junto al profesor Sanders, el grupo lo constituían eminentes expertos de los otros cinco países que en esos momentos formaban parte de la Comunidad: Arendt, abogado de Luxemburgo; Ernst von Caemmere, profesor de Derecho de la Universidad de Friburgo, Leon Dabin, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lieja, Gabriel Marty, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toulouse y Gustavo Minervini, profesor de Derecho Comercial en la Facultad de Economía y Comercio de la Universidad de Nápoles.

habría de tener una forma jurídica idéntica en todos los Estados miembros, si bien las empresas tendrían la libertad de adoptar o de rechazar dicha forma jurídica.

El Proyecto Sanders adoptaba en materia de participación de los trabajadores un criterio general consistente en remitir la cuestión, en términos generales, a la regla del país de establecimiento; por lo que en tan controvertida materia la Sociedad Anónima Europea debería de regirse por el Derecho nacional de la sede, configurándose de este modo un criterio rígido que será contestado por amplios sectores, apareciendo ya los primeros desencuentros y diferencias de pareceres, entre los que podemos destacar los de LYON-CAEN, quien frente a dicho sistema rígido proponía establecer una fórmula que permitiese una cierta elección entre opciones: LYON-CAEN se mostraba partidario de un Estatuto de Sociedad Europea que estableciera de forma imperativa un modelo de participación de los trabajadores en la misma, que podría ser variable en sus medios, pero equivalente en sus efectos, y que podría consistir tanto en la introducción de representantes de trabajadores en los órganos de la sociedad como también en otros posibles mecanismos³⁸³.

El sistema articulado por el Proyecto Sanders se contenía en su Título V, relativo a la participación de los trabajadores en los órganos de la SE, cuyo punto de partida lo constituía el artículo V-1-2 donde se disponía que las reglas de “cogestión” de un Estado contrayente serían de aplicación a la Sociedad Europea cuando el personal de ésta estuviera exclusivamente, o al menos en un 90%, empleado en los establecimientos que se encuentran en dicho Estado³⁸⁴. Soluciones intermedias eran previstas para el caso en que el porcentaje de los trabajadores de la Sociedad Europea empleados en los establecimientos situados el territorio de uno de los Estados estuviese comprendido entre el 25% y el 90%. Así, por un lado, el Proyecto preveía tres posibles variantes para el caso en que la Sociedad Europea empleara una fracción comprendida entre el 25% y el 90% de su personal sobre el territorio alemán: una de estas variantes (*variante A*) preveía, con ciertas adaptaciones, la aplicación del régimen alemán de cogestión (*mittbestimmung*), caracterizado por la presencia de los representantes de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia de la empresa; otra variante (*variante B*) preveía la posibilidad de la instauración de un órgano de cogestión distinto, cuyo régimen debía estar definido ya en el propio acto constitutivo de la SE conforme a las disposiciones del Proyecto de Estatuto; y finalmente, una última variante (*variante C*) dejaba en manos de los estatutos de la SE la regulación del problema. Por otro lado, si la SE emplease al menos al 25% de su personal en territorio francés, serían de aplicación las disposiciones francesas sobre la cogestión, salvo en el caso en que al menos el 25% del personal se encontrase también en territorio alemán, circunstancia que daría lugar a la aplicación del régimen antes descrito. Finalmente, la legislación sobre cogestión no sería de aplicación en aquellos casos en que una Sociedad Europea emplease menos del 25% de su personal en el territorio de un Estado en que esta legislación estuviese en vigor.

El “Proyecto Sanders de un Estatuto de Sociedad Anónima Europea” de 1967 sin embargo tendría la virtualidad, pese a tan discutidos criterios, de constituir, como se verá de manera casi inmediata, la génesis que daría lugar a la adopción el 30 de junio de 1970 de

³⁸³ RODRÍGUEZ PIÑERO: *El lugar de los trabajadores...*, p. 62.

³⁸⁴ Según el artículo V-1-1 del Proyecto Sanders, “A los efectos del presente Estatuto, hay cogestión en los casos siguientes:

1. Cuando según el derecho de la República Federal Alemana, algunos miembros del Consejo de Vigilancia o del Comité de Dirección deben ser elegidos por los trabajadores
2. Cuando, según el derecho de la República francesa, representantes con voto consultivo deben ser delegados por el Comité de Empresa en el Consejo de Vigilancia.

una primera Propuesta de Reglamento en la materia³⁸⁵, objeto de modificación posterior el 13 de abril de 1975³⁸⁶, al incorporar esta Propuesta modificada de 1975 algunas propuestas de reforma contenidas en los dictámenes del Comité Económico y Social de 1972³⁸⁷, y del Parlamento Europeo³⁸⁸, sobre todo de este último, en relación con el sistema de participación de los trabajadores³⁸⁹.

Pasaremos a continuación a analizar la segunda etapa histórica a favor de la consecución de un Estatuto de Sociedad Europea y que podemos calificar como la etapa de “las propuestas de primera generación”.

³⁸⁵ COM (1970) 600 ; DOCE C 124, de 10-10-1970.

³⁸⁶ Bulletin des Communautés Européennes, supplément 4/75.

³⁸⁷ DO C 131, de 13 de diciembre de 1972.

³⁸⁸ DO C 93, de 7 de agosto de 1974, p. 22.

³⁸⁹ Respecto al contenido de los estudios preparatorios de estas proposiciones, véase N. CATALÀ y R. BONNET: *Droit Social Européen*, París, 1991 p. 195.

2.3. LAS PROPUESTAS DE LA PRIMERA GENERACIÓN (1970-1975).

Con las iniciales propuestas comunitarias que pretendían la configuración de una entidad societaria de dimensión europea, la Sociedad Europea, dotada de un régimen jurídico propio, completo y uniforme, diferente del establecido en los derechos internos de los Estados miembros por medio de la elaboración de un estatuto específico, se pretendía satisfacer los deseos de las empresas europeas de adaptar su estructura a la dimensión progresivamente transnacional de sus actividades³⁹⁰. Para preservar la especificidad de este régimen jurídico propio, las propuestas de “primera generación” establecían que todas las reglas relativas a la constitución, estructura, funcionamiento y liquidación de la Sociedad Europea estarían sustraídas de la aplicación de los derechos nacionales, debiendo registrarse la SE en un Registro Europeo de Comercio dependiente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Ambas propuestas de la Comisión, tanto la de 1970 como la de 1975, se caracterizaban por su extensión y por ofrecer una serie de soluciones innovadoras en materia de órganos societarios, participación de los trabajadores y regulación de los grupos de sociedades³⁹¹.

En concreto, la primera de las dos propuestas, presentada por la Comisión en 1970, reproducía sólo en cierta medida el Informe Sanders³⁹², y se encuadraba dentro de las ideas

³⁹⁰ L. A. VELASCO SAN PEDRO: “La nueva sociedad anónima europea. Último hito del derecho de sociedades de la UE”, *Derecho Comercial y de las Obligaciones*, núm. 199, 2002, p.487.

³⁹¹ Un análisis de estas primeras propuestas puede consultarse en la obra colectiva de GIRÓN TENA (dir): *Estudios y textos de Derechos de Sociedades de la Comunidad Económica Europea*, Madrid, 1978. Aparte de la controvertida cuestión de la participación de los trabajadores, la primera Propuesta de 1970 abordaba cuestiones tan delicadas como la regulación sobre grupos de sociedades, cuestiones de orden fiscal, como la entonces novedosa posibilidad de compensar las pérdidas de los establecimientos permanentes situados en otros Estados Miembros o, por ejemplo, la creación del ya citado Registro Europeo de Comercio. También puede consultarse el desarrollo de la cuestión en la doctrina europea del momento. Al respecto, vid. V. ALLEGRI: “Una proposta della Commissione della Comunità Economica Europea al Consiglio dei Ministri della Comunità in tema de società anonime europee”, *Rivista della società*, 1970, p. 1248 y ss. ; Y. LOUSSOUARN: “La proposition d’un statut des sociétés anonymes européennes et le droit international du commerce”, *Revue trimestrielle de droit commerciale*, 1971, p. 897 y ss. ; J. VAN RYN: “Le projet de statut des sociétés européennes”, *Revue trimestrielle de droit européenne*, 1971, p. 563 y ss.; R. LUZZATTO: “Verso un diritto comunitario delle società commerciali”, *Riv. Not.*, 1974, p. 602 y ss.; A. TRIOLA: “Partecipazione e cogestione nel progetto di Statuto sulle società anonime europee”, *Lavoro e Previdenza oggi*, 1977, número 10, pp. 1.827 y ss.

³⁹² Debe advertirse que la solución propuesta por la Comisión, si bien es cierto que recibía, en cierto modo, las influencias del Proyecto Sanders, difería de manera significativa de las sugerencias contenidas en el mismo. El Borrador Sanders planteaba una solución diversificada que especialmente atendía a la situación de los países donde la Sociedad Europea tuviese realmente instaladas sus empresas. Los resultados de su aplicación hubiesen sido, por ejemplo, que una SE con empresas establecidas sólo en Italia y Bélgica, no tendría ningún representante de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia, mientras que una SE cuyo centro de gravedad

del Memorándum del Consejo Económico de Política Industrial de Colonia de junio de 1970, que reflejaba una amplia concepción del Derecho de Sociedades, al que consideraba que debía servir para mejorar la competitividad de las empresas y para facilitar la fusión y cooperación transnacional de sociedades con el fin de favorecer “una reestructuración adecuada a las dimensiones de la Comunidad de los factores de producción y comercialización”³⁹³.

Dicha propuesta de 1970 constaba de un extenso texto de 284 artículos (frente a los 70 existentes en la actualidad en el Reglamento) cuya amplitud respondía a una concepción institucional de la sociedad anónima y que venían a regular de una manera exhaustiva la mayoría de los elementos del nuevo tipo social, con el objeto de crear un cuerpo jurídico uniforme y de carácter europeo que debía ser independiente de los derechos nacionales, salvo para asuntos fiscales y de orden penal, asuntos que dada su indisoluble vinculación a la soberanía de los Estados se remitían a la legislación nacional del Estado donde la SE tuviera establecida su sede. El proyecto dedicaba todo un Título, el Título V, a la regulación de los derechos de los trabajadores en la SE.

El objetivo que perseguía la Comisión, con esta Propuesta de Estatuto de S.E. de 1970³⁹⁴, no era otro que el de poner a disposición de aquellas empresas de la Comunidad

estuviese en Alemania gozaría de *Mitbestimmung* plena. La eventual aplicación de estos criterios fueron algunos de los motivos que hicieron que el Informe Sanders no recibiese reacciones especialmente favorables.

³⁹³ Propuesta de 1970, Considerando 1º.

³⁹⁴ Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos al menos indicar las notas generales del régimen jurídico configurado para la SE por la Propuesta de 1970:

-*Constitución*: La SE nacía mediante su inscripción en el Registro Comercial Europeo, custodiado por la Corte Europea en Luxemburgo (Art. 8 (1)). La Corte examinaría si la solicitud de inscripción satisfacía los requisitos legales (Art. 17); de este modo, el Estatuto adoptaba la teoría de control judicial preventivo. La SE adquiriría personalidad jurídica a partir de la fecha de la publicación de su registro en el D.O.C.E. (Art. 19 (1)).

-*Capital*: El capital de la SE debía ser, como mínimo, de: (a) 500.000 unidades de cuenta para las fusiones o la creación de un holding; (b) 250.000 unidades de cuenta para la constitución de una filial de dos o más compañías; (c) 100.000 unidades de cuenta para el establecimiento de una filial por una SE (Art. 4). Estas cantidades son elevadas. Revelaban la intención de la Comisión de posibilitar la formación de una SE sólo para las grandes empresas multinacionales, pero no para las pequeñas o medianas empresas. El Estatuto no establecía que las compañías nacionales que promoviesen una SE fuesen de carácter autóctono: dos filiales de una empresa americana situadas en distintos países de la Comunidad podían formar una SE; la SE podía tener uno o varios domicilios sociales radicados en la Comunidad (Art. 5).

- *Órganos de la SE*: La propuesta de Estatuto adoptaba el sistema alemán de consejo en dos niveles. Las notas del Estatuto dan como razón que “este sistema permite una supervisión y control más continuos y eficaces”. La estructura general de la SE aparecía contemplada del siguiente modo: I. *Órganos de administración de la compañía*: 1. El Consejo de Administración (Art. 62 a 72); 2. El Consejo de Vigilancia (Art. 73 a 82); 3. La Asamblea General (Art. 83 a 96); II. *Otros órganos de la SE*: 4. El Interventor (Art. 203); 5. El Comité de Empresa Europeo (Art. 100 a 129); III. *Medidas excepcionales*: 6. Comisarios especiales designados por la corte en caso de serios trastornos en el funcionamiento normal de la compañía (Art. 97).

- *El Consejo de Administración*: Los miembros del Consejo de Administración eran designados y destituidos por el Consejo de Vigilancia (Art. 63 (1) y (7)). La destitución era posible si había motivos serios para justificarla (Art. 63 (7)). Solo las personas físicas podían ser miembros del Consejo de Administración (Art. 63 (2)). Si el Consejo de Administración se componía sólo de uno o dos miembros, éstos debían ser ciudadanos de un Estado Miembro; si eran más, la mayoría debía satisfacer esta exigencia (Art. 63 (3)). Nadie podía ser miembro, a la vez, del Consejo de Administración y del Consejo de Vigilancia (Art. 69 (1)). En los siguientes supuestos, el Consejo de Administración necesitaba la autorización previa del Consejo de Vigilancia (Art. 66): (a) cierre o transferencia de la empresa o de partes substanciales de la misma; (b) reducción o ampliación substancial de las actividades de la empresa; (c) cambios substanciales de

Europea cuya actividad no estuvieran únicamente limitada a la satisfacción de necesidades e intereses meramente locales, un instrumento que les permitiera reorganizar sus actividades, medios de actuación y su propia capacidad competitiva sin parcelaciones del mercado ni obstáculos a la integración económica -objetivo perfectamente realista en dicha época en vistas a la consecución progresiva del mercado único europeo-³⁹⁵.

Desde una perspectiva formal, el Reglamento era en estas primeras propuestas la única norma comunitaria prevista para la ordenación jurídica de la pretendida Sociedad Europea, utilizándose como fundamento jurídico el artículo 235 del Tratado de Roma (actual artículo 308) que atribuye al Consejo competencia para aprobar por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo³⁹⁶, las disposiciones

organización dentro de la empresa; (d) establecimiento de una cooperación a largo plazo con otras empresas o la terminación de ésta.

- *El Consejo de Vigilancia*: El número de miembros del Consejo de Vigilancia debía ser divisible por tres. Si una SE se encontraba establecida de forma permanente en varios Estados miembros, el número mínimo de consejeros era de doce (Art. 74 (1)). Los miembros del Consejo de Vigilancia que representaban a los accionistas eran nombrados en la Asamblea General por un periodo no superior a cinco años (Art. 74 (3)); podían ser reelegidos (Art. 75 (1)); podían ser destituidos por la asamblea general en cualquier momento. Los miembros del Consejo de Vigilancia habían de ser personas físicas (Art. 74 (2)). No se les exigía ningún requisito de nacionalidad; todos podrían ser ciudadanos de un Estado no-Miembro. La función del Consejo de Vigilancia era llevar a cabo un control permanente sobre la administración de la sociedad por parte del Consejo de Administración, que habría de presentar, como mínimo, un informe trimestral al Consejo de Vigilancia (Art. 73 (1)). Para algunos asuntos de mayor importancia anteriormente mencionados, el Consejo de Administración necesitaba la autorización previa del Consejo de Vigilancia.

- *Los comisarios especiales*: Cuando se tuviesen motivos fundados para creer que el Consejo de Administración, el Consejo de Vigilancia o cualquiera de sus miembros haya incumplido seriamente sus obligaciones, o cuando los consejos no puedan seguir ya desempeñando sus funciones, o bien que, debido a ello, existiera el riesgo de que la SE pueda sufrir una pérdida substancial, en tales supuestos la Corte podría designar comisarios especiales para que investigasen el asunto y presentasen el correspondiente informe (Art. 97 a 99). Esta característica del Estatuto de S.E. se fundamentaba claramente en los preceptos de la ley de sociedades inglesa, que permitían al Ministerio de Comercio designar inspectores con la misión de investigar los asuntos de la compañía. El tribunal con facultades para designar a los comisarios especiales era él de la nación en cuya jurisdicción radicase el domicilio social de la SE (Art. 97). Si la compañía tuviera diferentes domicilios sociales en varios Estados miembros, era probable que otros tantos tribunales nacionales se atribuyesen esta jurisdicción al mismo tiempo, un fenómeno que no era inusual en el derecho internacional privado. Los Estados miembros podían instituir un tribunal especial para la sustanciación de estas demandas (Art. 97). El nombramiento de comisarios especiales podía ser solicitado: (a) por los accionistas que poseyesen, conjuntamente, un 10 por ciento del capital o acciones por valor de 200.000 unidades de cuenta; (b) por el representante de los obligacionistas; o (c) por el Comité de Empresa Europeo. Al acusar recibo del informe anteriormente mencionado, el tribunal podía suspender en el cargo a uno o más miembros del Consejo de Administración o de Vigilancia; despedirlos; o bien designar provisionalmente nuevos miembros para estos cuerpos (Art. 99 (2)). El tribunal conservaba el poder de controlar el proceso por él iniciado (Art. 99 (3)).

³⁹⁵ El objeto del Estatuto propuesto para la Sociedad Europea era crear, conforme al derecho comunitario, un modelo de sociedad que tuviese a la vez el status de “compañía nacional” en el territorio de cada Estado miembro. El Artículo 1 (4) establecía de manera inequívoca que: “La SE tiene personalidad jurídica. En cada Estado miembro y conforme a lo previsto expresamente en este Estatuto, será tratada, en todos los aspectos referentes a sus derechos y facultades, como una *société anonyme*, sometida al derecho nacional”. Consecuentemente, la SE no se hallaría en la misma situación que una compañía nacional registrada en uno de los países de la Comunidad. No necesitaba reivindicar su reconocimiento en los demás países de la Comunidad de acuerdo con la Convención para el Reconocimiento Mutuo de Sociedades y Personas Jurídicas del 29 de febrero de 1968, puesto que, en virtud del derecho Comunitario, gozaba automáticamente e ipso facto del status de compañía nacional en cada país de la Comunidad.

³⁹⁶ El texto debe ser sometido a la simple consulta previa del Parlamento Europeo, careciendo éste de poder de codecisión.

pertinentes cuando una acción comunitaria resulte necesaria para alcanzar, en el funcionamiento del mercado común, los objetivos de la Comunidad, si el citado Tratado no hubiera previsto los poderes de acción necesarios al respecto. La propuesta de Estatuto de 1970 era de naturaleza muy diferente a las Directivas basadas en el artículo 54.3. g) del Tratado de la C.E.E. Representaba, a tenor de lo expuesto, una regulación completa en sí misma de la normativa sobre sociedades, pues al contrario que las Directivas, no trataba solamente segmentos de dicha normativa. De hecho, el Estatuto propuesto trataba de aparecer como un código moderno de la ley de sociedades, redactado con gran habilidad y de forma competente.

Por otro lado, al requerirse para la ordenación de la SE la exigencia de “acuerdo unánime”, vía artículo 235 TCE, se estaba reconociendo que “las legislaciones nacionales no resultaban idóneas para alcanzar el objetivo perseguido, de constitución de un tipo societario de dimensión transnacional”³⁹⁷. Pero, la unanimidad del Consejo, requerida para la aprobación de este primer texto de 1970 se convertiría en un auténtico lastre para el mismo, ya que ésta era muy difícil de conseguir, especialmente por los recelos que despertaban las nuevas medidas de la propuesta, al establecerse con carácter obligatorio un sistema dual de administración de la sociedad, con un órgano de dirección y un órgano de control, y un modelo de participación de los trabajadores muy cercano al modelo alemán (*Mitbestimmung*), medidas éstas consideradas por algunos países como “demasiado originales”³⁹⁸, por lo que esta Propuesta de 1970 no pasaría nunca al orden del día para su votación.

Entre las numerosas cuestiones dudosas que suscitaba la constitución de una empresa europea en esos momentos era, en concreto, el sistema de implicación de los trabajadores en los órganos societarios, una de las más dificultosas de resolver y una de las mayores causas de desacuerdo entre los Estados miembros de la Comunidad Europea, hasta el punto que durante largo tiempo casi se consideró como un obstáculo insalvable ya que las situaciones nacionales de partida eran muy dispares. La diversidad de modelos nacionales en esta materia, con sistemas muy alejados entre sí como el alemán - fuertemente vinculado a instancias de cogestión- o el británico -en el que hay un claro dominio de las relaciones contractuales sobre las colectivas- fue el principal motivo del fracaso de los diferentes proyectos que se sucedieron.

³⁹⁷ F. VALDÉS DAL-RÉ: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: un paradigma del nuevo derecho comunitario”, en AA.VV.: <<*Derecho Social Comunitario y Derecho del Trabajo*>>, García Murcia (coord.), Gobierno del Principado de Asturias, Consejería de Industria y Empleo, 2004, op. cit. pág. 34.

³⁹⁸ F. BLANQUET: “Enfin la société européenne, la SE”, *Rev. Droit de l’UE*, (1/2001), cit. p. 69. Entre las disposiciones de la Propuesta de 1970 que suscitarían una mayor controversia conviene destacar precisamente aquellas que posibilitaban la representación de los trabajadores de la empresa en el Consejo de Vigilancia de la empresa. Frente a las posiciones alemanas, otros países miembros de la Comunidad consideraban que la designación por parte de aquellos, no directamente pero sí a través del Comité de Empresa Europeo, de un tercio de los miembros del Consejo de Vigilancia, que dispondrían de los mismos derechos que los representantes del capital, podría modificar profundamente la organización de la propia sociedad y el equilibrio de fuerzas en el seno de la empresa. La oposición vendría también de los más importantes sindicatos obreros de Francia, Bélgica e Italia que, al menos en estos momentos iniciales, se manifestaban contrarios a un sistema que conllevaba la participación en órganos de empresas capitalistas, con el riesgo de “colaboracionismo” que para ellos tal participación suponía.

Era por eso que, en diversas ocasiones, la simple alusión a la posible promulgación de reglas en materia de participación de los trabajadores en los órganos societarios, aun en el marco de instrumentos de carácter facultativo, como ocurre en el Estatuto de Sociedad Europea, ha originado siempre una gran controversia³⁹⁹: en un extremo, los Estados miembros que disponían de sistemas de “participación” temían un debilitamiento de los mismos a partir del momento en que se pusiera a disposición de las empresas un nuevo tipo de sociedad, exenta de incorporar este modelo participativo; de ahí que se opusieran a la constitución de una Sociedad Europea sin participación de los trabajadores en sus órganos. En el extremo opuesto, los países comunitarios que no conocían dichos sistemas rechazaban la importación de modelos nacionales de participación que eran ajenos a sus propias tradiciones internas y prácticas jurídicas.

Y es que como hemos señalado con anterioridad, las diferencias entre los Estados miembros en este punto eran notables pues:

- a) De un lado, existían países sin ninguna previsión normativa general sobre este tema (Reino Unido, Italia...).
- b) En el otro lado, Estados con sistemas de participación muy desarrollados (especialmente Alemania, cuyo derecho prevé la presencia de 1/3 e incluso ½ de representantes de los trabajadores en el llamado Consejo de Vigilancia de las sociedades -anónimas, de responsabilidad limitada y otras- con una plantilla mínima, respectivamente, de 500 o de 2.000 trabajadores).
- c) También otros Estados (como Holanda), con porcentajes de participación igualmente altos (entre un 20% y 1/3), si bien con sistemas de participación diferentes, concretamente “*sistemas de cooptación*”: los representantes de los trabajadores en el correspondiente Comité de Empresa pueden recomendar y oponerse al nombramiento de miembros del órgano de vigilancia; nombramiento que en último término, efectúa el propio órgano de vigilancia. Así, en caso de producirse vacantes en el Consejo de Vigilancia, son los propios miembros del órgano los que se encargan de nombrar a quienes hayan de cubrirlos; los accionistas y el Comité de Empresa (*Ondernemingsraad*) pueden hacer recomendaciones a ese nombramiento, al igual que el Consejo de Administración; ambos tienen derecho de veto en caso de tener objeciones serias contra la decisión final tomada por el Consejo de Vigilancia; en tal caso, un comité especial del Consejo Social y Económico (CSE) establece si la decisión tomada por el Consejo de Vigilancia debe mantenerse, o si el proceso de toma de decisiones debe replantearse de nuevo. Este sistema de “cooptación” difiere del alemán en que los miembros del Consejo no son representantes directos ni de los accionistas ni de los empleados, pero éste debe gozar de la confianza de ambas partes, tanto de los accionistas como del Comité de Empresa.
- d) Por último, Estados que prevén obligatoriamente sólo una representación minoritaria con voz pero sin voto en el órgano de administración o vigilancia (sistema francés). De esta manera, en el sistema francés asisten dos representantes de los empleados a las reuniones del consejo y, si bien no son miembros de pleno derecho del mismo, gozan de capacidad consultiva.

³⁹⁹ Así lo reconoció expresamente el Informe Davignon en su punto 7.

De los modelos citados, las propuestas comunitarias de la primera generación (1970-1975) se orientaron de acuerdo con las influencias recibidas en buena medida por sistema alemán de participación señalado. El Estatuto de SE de 1970 partía del postulado de que “hoy en día, en los Estados Miembros, se acepta por regla general la idea de que un empleado tiene una relación tanto *de iure* como *de facto* con la empresa. El empleado es considerado como un miembro de la unidad constituida por la empresa y fruto de la cooperación ordenada en el proceso de producción, una unidad ésta que se manifiesta a través de una sola autoridad de administración y organización”⁴⁰⁰.

El Estatuto establecía una forma de representación unitaria del personal dependiente de la SE a la que se atribuyen funciones de información, consulta e incluso de codecisión en determinados casos⁴⁰¹, y al que se denominaría *Comité Empresarial Europeo* (CEE). Se establece así pues una instancia de representación con funciones “participativas”, siendo de obligada constitución en todas aquellas SE que contasen con al menos dos centros de trabajo en dos Estados miembros diferentes, ocupando cada uno de ellos 50 o más trabajadores⁴⁰². Por ello, la propuesta de Estatuto de SE garantizaba la representación de los trabajadores en Comités de empresa en el ámbito europeo y, adicionalmente, en Comités Intergrupos para el caso específico de grupos de sociedades donde la sociedad dominante o “*sociedad madre*” (*Muttergesellschaft*) fuese una SE o de grupos de sociedades donde la SE fuese una sociedad hija (*Tochtergesellschaft*) o sociedad dominada por otra empresa⁴⁰³. Ahora bien, en un claro intento de preservar a las organizaciones sindicales de sus funciones tradicionales, el CEE carecería de capacidad negocial, salvo que expresamente le fuera otorgado por un Convenio Colectivo Europeo, no pudiendo entrar a regular tampoco cuestiones disciplinarias⁴⁰⁴.

La figura del Comité de Empresa Europeo obtuvo una respuesta más favorable por parte de los Estados miembros de la Comunidad Europea que la que veremos que obtendría la conflictiva medida relativa a la participación de los trabajadores en los órganos societarios de la Sociedad Europea, donde la situación de partida de los diferentes países era mucho más heterogénea. Los Comités de Empresa existían en prácticamente todos los Estados miembros, aunque su composición y autoridad pudieran diferir⁴⁰⁵. Además, el

⁴⁰⁰ C. M. SCHMITTHOFF: “European Company Law Texts”, *The British Institute of International and Comparative Law*, nº. 7, 1974, p. 40.

⁴⁰¹ A nivel competencial, el Comité de Empresa Europeo quedaba configurado a imagen y semejanza de los consejos de empresa alemanes.

⁴⁰² Artículo 10 de la Propuesta de 1975. A diferencia de este criterio, en la Propuesta inicial de 1970 las empresas con menos de 200 empleados no tenían derecho a ningún representante en el Comité de Empresa Europeo. A partir de dicha cifra se establecía un baremo que determinaba el número de representantes en dicho Comité y que venía establecido en el Artículo 105 de la citada Propuesta.

⁴⁰³ Artículos 100 a 129 del Proyecto de Estatuto de S.E. de 1970 y artículos 130 a 136 del mismo texto.

⁴⁰⁴ Artículo 119. 1 y 2 de la Propuesta de Estatuto de Sociedad Europea de 1975. En caso de reconocerse al CEE capacidad para negociar convenios colectivos, éstos solo podían ser de índole “complementaria”.

⁴⁰⁵ En la R.F.A., el “*betriebsrät*”, establecido en el Decreto de 11 de octubre de 1952; en Bélgica, el “*ondernemingsraden*” o “*conseils d’entreprise*”, establecido por la Ley 20 de septiembre de 1948; en Francia los “*comités d’entreprise*”, por Decreto de 22 de febrero de 1945; en Italia, las denominadas “*commissione interne d’azienda*”, establecidas por medio del Convenio Colectivo de 18 de abril de 1966; en Luxemburgo,

Comité de Empresa Europeo no vendría a sustituir a tales organizaciones, que seguirían existiendo en las empresas de la SE. El CEE sólo se antepondría a ellas en el supuesto de que la SE estuviera establecida en más de un país. Incluso en tal caso, el CEE intervendría “sólo en aquellos asuntos que afecten a la SE como un todo, o bien a varias de sus empresas”⁴⁰⁶. En cuanto a los poderes de que gozaría este CEE, si bien no podemos extendernos en el tema por razones de contención, éstos eran suficientemente importantes y podían ser divididos en tres tipos de derechos:

- 1) el derecho a ser informado (información)⁴⁰⁷.
- 2) el derecho a ser escuchado (consulta)⁴⁰⁸.
- 3) el derecho de aprobación (codecisión)⁴⁰⁹.

las “*délégations ouvrières principales*”, establecidas bajo la Ley de 20 de noviembre de 1962 y las “*délégations d’employés*”, bajo la Ley de 20 de abril de 1962; y, en Holanda, el “*ondernemingsraden*”, introducido por medio de la Ley de 4 de Mayo de 1950.

⁴⁰⁶ Artículo 119 de la Propuesta de 1970.

⁴⁰⁷ El Comité Empresarial Europeo debía ser informado regularmente de la situación económica y financiera de la sociedad así como de las perspectivas de desarrollo de la misma: el Consejo de Administración mantendría reuniones regularmente con el CEE, al que debería informar trimestralmente por escrito acerca del desarrollo económico de la empresa en el trimestre anterior, así como del desarrollo económico previsible a corto plazo. El informe debía incluir, asimismo, las decisiones de inversión que se tomaron en ese trimestre. Estas decisiones podrían tener su repercusión en la propia posición de los trabajadores. Estar al corriente de dicha información a tiempo permite al CEE buscar, junto con la gerencia de la SE, las soluciones adecuadas a los problemas de empleo. El CEE podría invitar a la gerencia a sus reuniones en cualquier momento e informarles acerca de ciertas operaciones de negocio. Podría también solicitar del Consejo de Administración información escrita referente a cualquier materia que considere de importancia, así como dar su opinión al respecto (art. 122). El CEE recibiría las mismas comunicaciones y documentos que los accionistas (artículo 121). De hecho, el CEE -conforme a las estipulaciones del Estatuto- mantendría contactos mucho más estrechos con la gerencia de la compañía que los propios accionistas, y la información que conseguiría obtener podría compararse, en cierta manera, con la del Consejo de Vigilancia, aunque evidentemente subsistirían diferencias importantes, especialmente por lo que atañe al “*timing*”: por ejemplo, los proyectos de inversión no se comunican al CEE si no cuando la decisión ya haya sido tomada; no se consulta al CEE con antelación.

⁴⁰⁸ Las consultas previas al CEE tienen lugar en relación a los asuntos para los cuales la gerencia de la SE, el Consejo de Administración, necesita la previa aprobación del Consejo de Vigilancia (art. 66). Se trata de ciertas cuestiones que inciden en la organización de la empresa: cesación o transformación de la actividad de un centro de trabajo o de una unidad importante de éste; reducciones, ampliaciones o modificaciones en la actividad de la empresa e inicio y cesación de la cooperación permanente con otras empresas. En todos estos temas, el Consejo de Vigilancia no dará su aprobación a tales decisiones hasta que el CEE no hubiese expresado su opinión, siempre que ésta se efectúe en un plazo razonable (art. 125). Del mismo modo, la gerencia de la SE debía consultar al CEE antes de tomar cualquier decisión acerca de la medición del trabajo o de los niveles de salario por trabajo o por unidad de obra (art. 124). Cualquier decisión tomada por la dirección de la Sociedad, no contrastada previamente -de nuevo dentro de un plazo razonable- con la posición del CEE, sería nula y sin efecto alguno.

⁴⁰⁹ Finalmente, en el artículo 123 del Estatuto se contiene una lista de hasta siete asuntos en los que la gerencia de la SE no puede tomar ninguna decisión sin la conformidad previa del CEE. Aquí nos encontramos con la verdadera *Mitbestimmung* incorporada al propio consejo del CEE. Se trata de una lista completa que contiene aquellos asuntos que afectan de manera directa a los empleados de la SE. El CEE debe ser no sólo consultado por la dirección de la SE, sino dar también su aprobación, con carácter previo a la adopción por parte de la misma de decisiones que afecten al personal, tales como las relativas a contrataciones y despidos, promoción y formación profesional, retribuciones, seguridad e higiene, introducción y gestión de beneficios sociales, comienzo y final de la jornada diaria de trabajo y, por último, preparación del calendario de vacaciones. El modo en que la Comisión configura los poderes del CEE en esta Propuesta de 1970 -desde la información a gran escala a la consulta previa, de forma igualmente extensa y, finalmente, la co-decisión

Pero el ejemplo más claro de esa continuidad histórico-política y cultural que en cierto modo supone el Estatuto S.E. con el sistema alemán de participación⁴¹⁰, al inspirarse éste en la Ley de cogestión empresarial alemana de 1952, lo constituía la previsión contenida en los artículos 137 a 145 del Proyecto de 1970, que introducía la participación de los trabajadores dentro de un modelo societario dualista⁴¹¹, en virtud del cual se establecía la constitución de un “*Consejo de Vigilancia*” o control, separado del órgano de dirección, que habría de estar compuesto por dos tercios de representantes de los accionistas (o de la sociedad) y un tercio de representantes de los trabajadores⁴¹², si bien esta representación era susceptible de ser ampliada hasta alcanzar la paridad y sin tener que recaer necesariamente dicha representación en los trabajadores de la empresa, ni ser preceptiva en los casos en que una mayoría cualificada de los trabajadores decidiera no participar en el Consejo de Vigilancia, permitiendo así dar respuesta a las opciones sindicales menos partidarias de la colaboración o cogestión⁴¹³. Los trabajadores no elegían directamente a sus representantes en el Consejo de Vigilancia; los elegía el Comité de Empresa Europeo⁴¹⁴. Los miembros del Consejo de Vigilancia que representaban a los trabajadores desempeñaban su cargo durante el mismo período que los otros miembros del consejo⁴¹⁵, y dejaban de ser miembros del mismo cuando su contrato de trabajo terminaba o cuando el mandato del comité de empresa expiraba o cuando dimitían⁴¹⁶. Los representantes de los trabajadores en dicho Consejo de Vigilancia tenían atribuidos los mismos derechos y obligaciones que los restantes miembros del Consejo⁴¹⁷; asimismo, ellos

(*Mitbestimmung*, en el sentido estricto de la palabra) aplicada a materias que afectan directamente a los intereses de los trabajadores- hace que el CEE, pudiera ser considerado, junto con el Consejo de administración, el Consejo de Vigilancia y la Junta General, incluso como “un cuarto órgano de la SE. (...). El funcionamiento de la SE no podría ser entendido sin tener en cuenta el papel desempeñado por el CEE. El CEE forma parte esencial de la regulación comprendida en el Estatuto”. Cfr. P. SANDERS: “Structure and Progress of the European Company”, op. cit págs 97-98, en C. M. SCHMITTOFF.: <<*The Harmonisation of European Company Law*>>, The United Kingdom National Committee of Comparative Law, London 1973.

⁴¹⁰ G. ZANGARI: “La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese nel diritto comparato e comunitario”, *Rivista de diritto del lavoro*, 1977, número 1, p. 70 y F. VALDÉS DAL-RÉ: *La implicación de los trabajadores...*, p.7. Debe considerarse que, durante mucho tiempo, la existencia de una representación de los trabajadores en los órganos de decisión en la empresa había sido un fenómeno casi exclusivamente alemán. A partir de 1971, sin embargo, se produce una extensión del modelo alemán, con ciertos matices, a otros países europeos como Holanda (1971), Dinamarca (1973) y Luxemburgo (1974). Esta extensión confirmaba el objetivo de la Comisión de exportar a los demás Estados miembros de la Comunidad, dicho modelo alemán, a través de las citadas propuestas.

⁴¹¹ En igual sentido, éste era el modelo contemplado por la primera redacción de 1972 de la propuesta de Vª Directiva.

⁴¹² Artículo 137 de la Propuesta de Estatuto de 1970.

⁴¹³ Cfr. M. RODRIGUEZ PIÑERO: “El lugar de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”. *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1990, op. cit. p. 62

⁴¹⁴ Artículo 139 de la Propuesta de 1970.

⁴¹⁵ Artículo 144.

⁴¹⁶ Artículo 108.

⁴¹⁷ Artículo 145.

deberían disfrutar de la misma protección frente al despido que la que disponían los miembros del Comité de Empresa Europeo.

Posteriormente, la Propuesta reformada de 1975 pasaría a establecer un Consejo de composición tripartita, lo cual constituiría quizás una de las novedades más significativas que introdujo dicha propuesta respecto a la inicial de 1970 y que ahora, recogiendo las influencias del sistema holandés de “cooptación”⁴¹⁸, debería estar integrado por un tercio de representantes de capital, un tercio de representantes de los trabajadores y, por último, un tercio “cooptado” por los representantes de unos y otros por mayoría cualificada de entre personas propuestas por la asamblea de accionistas, el directorio, o el CEE que representen “intereses de carácter general”, estableciéndose en esta Propuesta modificada de 1975 (y en su Anexo II) las reglas de designación de los representantes de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia, en dónde se prevé para los mismos una fórmula electiva, que en unos casos era directa y en otros indirecta o por compromisarios, así como las reglas para designar por cooptación al tercio de “representantes de intereses de carácter general”. Se trataba de un proceso de elección en dos fases, en cualquiera de las cuales los sindicatos con implantación en el seno de la SE podían presentar candidaturas, y en el que no había una constitución de cuerpos electorales diferenciados según categorías ni configuraba representación para los directivos, a diferencia de lo que establecía en este punto la legislación alemana.

Por tanto, la cuestión de la participación de los trabajadores se aborda por la Comisión en la Propuesta de 1970 sobre la base de un sistema que se apoya en dos grandes pilares, representación de un tercio de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia de la SE, por un lado, y constitución de un Comité de Empresa Europeo de otro.

Como expresa VALDÉS DAL-RE⁴¹⁹, “enjuiciada desde una óptica de modelos de participación, las iniciativas de 1970/1975 responden al modelo de participación institucional que (...) funciona mediante la presencia de representantes de los trabajadores incardinados en la empresa” y que se identifican con el viejo concepto ideológico de la democratización de las relaciones industriales, la denominada <<democracia industrial>>, configurando un modelo de participación directa e institucional. Ello suponía, como vemos, un acercamiento al modelo alemán de participación, si bien en el Proyecto de Estatuto de SE hay también un cierto esfuerzo por conciliar la “diversidad de sensibilidades nacionales a las diferentes formas de participación”⁴²⁰, de manera que era posible el rechazo a las formas de cogestión mediante voto mayoritario, lo que permitía la intervención de instrumentos externos de control sindical, al poder celebrar los sindicatos en tal caso convenios colectivos de eficacia limitada. La posibilidad de negociar y concluir convenios colectivos de carácter legal venía regulada en los artículos 146 y 147 del Proyecto de 1970,

⁴¹⁸ Holanda tenía un sistema dualista, sistema que en cierto modo puede considerarse como atípico, en la medida en que los representantes de los trabajadores no tienen atribuido el derecho a elegir directamente a una parte de los miembros del Consejo de Vigilancia, sino el derecho a recomendar u oponerse al nombramiento a la totalidad de los miembros de dicho Consejo, en las mismas condiciones que los accionistas. Este sistema, sistema denominado de “cooptación”, se encuentra actualmente en fase de modificación.

⁴¹⁹ F. VALDÉS DAL-RE: *La implicación de los trabajadores...*, p.7.

⁴²⁰ P. RODIERE: “Droit social de L’Union Européenne”, *LGDJ*, Paris, 2002, p. 312.

donde se preveía la negociación de convenios colectivos entre la sociedad y los representantes de los trabajadores, en este caso a través de organizaciones sindicales.

Lógicamente, estas propuestas de primera generación suscitaron el interés de países como Alemania y posteriormente Holanda, que manifestaron una posición favorable a las mismas, al quedar garantizada la imposibilidad de utilizar la figura de la SE como un instrumento que permitiera eludir a las empresas sus respectivos sistemas nacionales de participación de los trabajadores; pero también, lógicamente, otros países manifestaron una posición contraria, señaladamente Reino Unido, Francia e Italia, que tenían unos modelos de participación diferentes y que “no estaban dispuestos a consentir que, en tales circunstancias, las SE que se pudieran constituir de acuerdo al proyecto de estatuto pudieran acogerse al mismo para eludir la aplicación del derecho interno, entrando en concurrencia con las sociedades nacionales”⁴²¹, acogiéndose a modelos de participación que además resultaban cuando menos extraños a su cultura y tradiciones jurídicas.

Pero la diversidad de modelos nacionales no era la única barrera al proceso comentado. A la disparidad entre Estados se unía tanto la frecuente oposición empresarial como incluso una habitual desconfianza de los movimientos sindicales frente a esa implicación de los trabajadores; la participación por parte de trabajadores en los órganos societarios era mirada con recelo, a veces incluso muy negativamente, por los agentes sociales y en algunos casos por los propios sindicatos, aduciendo en ocasiones ciertos riesgos de “colaboracionismo”. Respecto a la posición asumida por la parte empresarial ante la SE, la Unión de Industriales de la Comunidad Europea (UNICE) si bien inicialmente se adhiere a la iniciativa de constituir un nuevo tipo societario de dimensión europea, manifiesta pronto su enérgico rechazo tanto a la institucionalización de la presencia de representantes de los trabajadores en los órganos sociales como a la constitución de un Comité Empresarial Europeo en el seno de la misma, que es concebido por UNICE no “como lugar de encuentro e instrumento de colaboración” sino como “representación unilateral de los intereses de los trabajadores con fines reivindicativos”⁴²². Por su parte, desde instancias sindicales, la Propuesta de un Estatuto de Sociedad Europea no fue tampoco recibida con una actitud especialmente entusiasta, mas bien con discreción y con cautela por parte de la Confederación Europea de Sindicatos, siendo de destacar la postura de los sindicatos CGT y CGIL, quienes ante la fórmula de representación de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia o control de la SE manifestaban expresamente su rechazo a este modelo, al considerarlo como un “órgano que se perfila con una neta voluntad integracionista y colaboracionista”⁴²³, mientras que la Confederación Europea de Sindicatos condicionaba cualquier incorporación de los trabajadores a los órganos

⁴²¹ F. BLANQUET: “Le règlement pour le Statut de le Société européenne”, *Semaine Social Lamy*, Supplément núm. 1071, de 15 de abril 2002, p. 13.

⁴²² Se trata de diferentes opiniones manifestadas por UNICE en un Memorándum hecho publico en 1971 con ocasión de la Propuesta original de 1970 de SE y que posteriormente serán reiteradas en otro Memorándum posterior de mayo de 1976, en el que, tras la Propuesta modificado de 1975, UNICE vuelve a manifestar sustanciales discrepancias con relación al proyecto de Estatuto de Sociedad Europea.

⁴²³ *Rivista delle Società*, 1972, núm. 3, pp. 887-890. En dicho número se contiene íntegro un documento elaborado por el Secretariado común de los sindicatos CGT y CGIL en donde se contenían una serie de principios que el Estatuto debería recoger: 1) Obligación de información y consulta a los representantes de los trabajadores, pero asumiendo la dirección de la sociedad las responsabilidades de gestión. 2) Garantía de las libertades y derechos sindicales, así como de los mecanismos para su ejercicio. 3) Potenciación del derecho de negociación colectiva.

societarios a una solicitud expresa por parte del sindicato del país de origen⁴²⁴, si bien las restantes instituciones proyectadas, esto es, el CEE y el Comité empresarial de grupo eran con carácter general aceptadas.

Por todo ello, no resultaba posible, al menos en ese momento histórico, una regulación comunitaria unitaria de la implicación de los trabajadores en la SE. Un sistema uniforme, tipo alemán, encontraba la oposición de Estados carentes de previsiones legales al respecto. Una regulación muy flexible, que dejara enteramente en manos de la negociación colectiva la regulación de la implicación, suscitaba la oposición de países como Alemania o similares, que temían que de ese modo, al establecer la SE su sede en Estados menos exigentes, pudiera fácilmente eludirse su normativa interna.

La Propuesta reformada de 1975, tomados en consideración los informes no vinculantes del Comité Económico y Social y del Parlamento Europeo de 1972 y 1974, respectivamente, no presentaba, sin embargo, grandes novedades respecto a la propuesta original anterior de 1970; entre las más significativas, como hemos señalado, podemos destacar quizás la introducción del régimen de cooptación holandés y la facultad concedida a los trabajadores de renunciar, mediante decisión mayoritariamente adoptada en referéndum convocado al efecto, al derecho de contar con una representación en el Consejo de Vigilancia⁴²⁵. Esta propuesta reformada de 1975, pese a tales modificaciones, encontraría también la misma oposición en el seno del Consejo Europeo⁴²⁶.

Las dificultades encontradas, surgidas sobre todo de la disparidad de modelos nacionales de participación existentes entre los Estados miembros, serán reconocidas expresamente por la propia Comisión Europea cuando pocos meses después, en noviembre de 1975, en su Libro Verde “*sobre participación de los trabajadores y estructuras de las empresas*” indica que “determinados Estados miembros no sólo rehúsan aplicar el grado de participación previsto en el marco comunitario, sino que se consideran incapaces de adoptar el principio de participación en un futuro inmediato”, por lo que se considera necesario, con vistas a ese futuro, “estudiar sistemas que, aunque diferentes del previsto, permitan a esos Estados miembros asegurar algunas de las funciones de representación en los órganos de vigilancia de las sociedades y crear así un sistema de transición que pueda conducir posteriormente a una verdadera participación”⁴²⁷, al apostarse de manera clara, pese a tales obstáculos, por el viejo sueño de la democracia industrial, pues “la afirmación cada vez más clara del imperativo democrático, exige que todos aquellos que se vean afectados por las decisiones de las instituciones sociales y políticas participen en la elaboración de dichas decisiones”⁴²⁸.

⁴²⁴ Resolución adoptada por el Ejecutivo de la CES en su Congreso de Londres de abril de 1976.

⁴²⁵ Art. 138.1 de la Propuesta modificada de 1975.

⁴²⁶ Aunque la Propuesta de 1975 fue en algunos aspectos concretos más osada que la precedente de 1970, al contener una peculiar regulación sobre grupos de sociedades, distinta de la incluida en el proyecto preliminar de Directiva sobre grupos elaborada por la Comisión en 1974/1975, germen de la Novena Directiva del Derecho Europeo de Sociedades.

⁴²⁷ *Libro Verde sobre participación de los trabajadores y estructura de las empresas en la Comunidad Europea*, Madrid, 1976, p. 50.

⁴²⁸ *Libro Verde...*, p. 14-15.

Sin embargo, la intención de la Comisión, manifestada en el citado Libro Verde, de “desarrollar y profundizar en el debate sobre la participación de los trabajadores en el proceso decisorio de las empresas”⁴²⁹, especialmente en aquellas de carácter transnacional, no pasaría, a efectos prácticos, del terreno de las buenas intenciones ya que apenas iniciado dicho debate éste quedaría paralizado durante más de una década, no siendo retomado hasta que la Comisión, por iniciativa de su Presidente en esos momentos, Jacques DELORS⁴³⁰, vuelve a proponer la idea de la aprobación de un Estatuto de SE sobre la Propuesta modificada de 1975; primero, en el Libro Blanco de la Comisión sobre la finalización del mercado interior⁴³¹, en cuyo punto 137 se incidía en la necesidad de que antes de 1992 el Consejo hubiese adoptado alguna nueva decisión sobre la propuesta del Reglamento del Estatuto de la Sociedad Europea, bien sobre la base de la propuesta ya existente y bloqueada, bien sobre la base de una nueva modificada, y, posteriormente, en un nuevo Memorándum presentado el 15 de julio de 1988⁴³², “Memorándum sobre Mercado interior y cooperación industrial-Estatuto de la Sociedad Europea”, dirigido por la Comisión al Parlamento, al Consejo y a los interlocutores sociales, en la que se trazan las líneas de una propuesta actualizada y aligerada en su contenido⁴³³.

En este documento, la Comisión insiste en la necesidad de la creación de la figura de la SE, al considerarla como un instrumento que viene a remediar el déficit de medios jurídicos con el que las operaciones transfronterizas se habían tradicionalmente encontrado, produciéndose en la práctica un cada vez “mayor desfase entre la evidencia económica que justifica las reestructuraciones de empresas y la indigencia de los medios jurídicos puestos a su disposición en el momento en que la operación afecta a empresas sometidas a jurisdicciones distintas”⁴³⁴, pero reconoce que la principal barrera para que el proyecto

⁴²⁹ *Libro Verde...*, p. 11.

⁴³⁰ Bajo el mandato de Jacques Delors, y a partir del Libro Blanco sobre la construcción del mercado interior de 1985, puede situarse la aparición de una nueva etapa en la política social comunitaria que se caracterizaría por la potenciación del diálogo social y la subordinación de cualquier decisión de Política Social a la obtención de un consenso previo entre los agentes sociales y económicos. Esta fase es considerada por algunos autores como una fase de “eurocorporativismo”, más que como una fase de liberalismo económico propiamente dicho. Al respecto, vid. H. R. NORTHROP, D. C. CAMPBELL y B. J. SLOWINSKI: “Multinational union-management consultation in Europe: Resurgence in the the 1980s?”, *International Labour Review*, vol. 127-5/1998, p.538.

⁴³¹ COM (1985) 310 final, de 14-6-1985. En dicho punto 137 sobre la cooperación industrial se considera expresamente que “la realización del mercado interior necesita estructuras específicas para las empresas”, haciendo referencia clara al nuevo tipo societario de dimensión europea que la SE conllevaría, precisando además que “las estructuras deben fundarse en un derecho independiente de los Estados miembros, para evitar el cierre de los mercados nacionales en el interior de la Comunidad. El instrumento apropiado para llevarlo a cabo es la Sociedad Anónima Europea, fundada en un Derecho europeo”. Posteriormente, el Consejo Europeo de Bruselas, de 29 y 30 de junio de 1987, invitó a las instituciones comunitarias a hacer “rápidos progresos en lo relativo a las adaptaciones del Derecho de Sociedades que permitan la creación de una sociedad de Derecho Europeo”.

⁴³² COM (88) 320 final, de 15-7-1988.

⁴³³ El Memorándum sigue las conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de 29 y 30 de junio de 1987, que invitó a las instituciones europeas a “hacer rápidos progresos en lo relativo a las adaptaciones del Derecho de sociedades que permita la creación de una sociedad de Derecho Europeo”.

⁴³⁴ Memorándum, punto 3.

prosperare se encuentra precisamente en la participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa⁴³⁵. En relación a este obstáculo, la Comisión reconoce no haber logrado un punto de encuentro entre aquellos países orientados hacia el establecimiento de fórmulas de participación voluntaria y aquellos otros partidarios de establecer en el estatuto de la futura SE fórmulas obligatorias para garantizar que no haya fenómenos de deslocalización de las sociedades y que éstas pudieran huir hacia otros Estados con sistemas menos exigentes, aun cuando es consciente que la participación de los trabajadores en la empresa aparece como un requisito imprescindible para hacer frente a los cambios estructurales que la implantación del Mercado Único y de la moneda única conllevaría, ya que “sin su contribución, sin una participación que les permitiese protagonizar el proceso de construcción europea, y que les mostrase los beneficios de su consolidación, el proceso reformador encontraría mayores obstáculos y las medidas políticas serían menos eficaces”⁴³⁶. En definitiva, la Comisión consideraba que era indispensable regular la materia en cuestión para asegurar el progreso del diálogo social necesario para la construcción del mercado único. Ello se consideraba imprescindible.

En cualquier caso, el Memorándum apuesta ahora, para favorecer la consecución de un mayor grado de consenso, por “el establecimiento de un sistema de participación flexible, en lugar de uniforme, que permita la elección entre varias opciones y en el que se reconozca protagonismo regulador a los agentes sociales y económicos de la SE”, para lo cual aboga por la simplificación legislativa y por la coordinación de la legislación propiamente europea con amplias remisiones al derecho nacional, apartándose de la regulación rígida, completa y cerrada que establecían las propuestas de primera generación⁴³⁷, proponiendo un sistema de opción de modelos de participación, con tres posibilidades, con el objetivo de respetar de este modo las prácticas y tradiciones existentes en los distintos Estados miembros, y en donde de una manera concertada pudiera optarse o por la elección por parte de los trabajadores de una parte del Consejo de Vigilancia o control, o por el establecimiento de un órgano representativo del personal distinto de los órganos societarios, o por modalidades de participación negociadas vía convenio colectivo. Aun así, se plantean dos reservas en el texto del Memorándum: primero, los Estados miembros deberían estar facultados para limitar las opciones posibles, con lo que se pretende evitar una posible utilización del Estatuto de la SE para evitar la aplicación de las

⁴³⁵ En el propio punto 4 del Memorándum se afirma que “El déficit instrumental en medios jurídicos de cooperación transnacional, incluido el estancamiento de la proposición de Estatuto de la Sociedad Europea (que desde el año 1982 no había vuelto a ser estudiada por los expertos) se deriva de un problema perfectamente conocido, que afecta a las diferencias de tradición en materia de implicación del personal asalariado en las decisiones de las empresas: para unos, se ha de establecer sobre la base voluntaria, mientras que para otros debe venir fijado por los estatutos sociales”.

⁴³⁶ R. GÓMEZ GORDILLO: “El Comité de Empresa Europeo. Un estudio jurídico”, *Consejo Económico y Social* (CES), 2003, op. cit. p.59.

⁴³⁷ En el Memorándum, la Comisión, en aras de la consecución del ansiado consenso, descartaría pronto las dos medidas más radicalmente posibles: por un lado, rechaza el sistema establecido por las propuestas de primera generación (1970/1975); por otro, también se opone a una completa remisión a las legislaciones o a las prácticas convencionales de los Estados miembros: “el Memorándum reconoce la inviabilidad del modelo fijado en el Estatuto de 1975, también de la propuesta Sanders de que fuera la regla del país de establecimiento, mostrándose más favorable a la fórmula de elección entre diversas opciones, como la propuesta modificada de Quinta Directiva hacía, y que era la propuesta sugerida en su momento por Lyon-Caen”. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: “El lugar de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, *Relaciones Laborales*, tomo I, 1990, op. cit. p. 64.

normas internas sobre cogestión y, segundo, el establecimiento de un modelo de participación no debería producirse en contra de la voluntad de los trabajadores.

Si algo había quedado claro durante la última década es que la SE pasaba por la necesidad de conseguir un consenso político que evitara las posturas dogmáticas, por una negociación en que todas las partes cedieran, ya que “el Estatuto de la Sociedad Europea renovado habrá de ser, sobre todo, un instrumento (...) que simbolice y recurra a las simbiosis entre las diferentes tradiciones del Derecho de Sociedades de la Europa Occidental”⁴³⁸.

Por último, la Comisión hacía un llamamiento al Consejo, al Parlamento y a los interlocutores sociales para que se pronunciaran, proponiendo propuestas específicas, sobre tres cuestiones importantes: el carácter opcional de la figura, la relación de la SE con los derechos nacionales, y la fórmula adecuada sobre participación de los trabajadores, y ello con vistas a proponer una propuesta formal sobre el Estatuto de la SE que sustituyese el malogrado proyecto anterior de la década de los 70⁴³⁹. Las observaciones realizadas por los agentes sociales y las instituciones comunitarias servirán a la Comisión para, finalmente, realizar una nueva propuesta de Estatuto de la SE que sería presentada al Consejo el 25 de agosto de 1989 y que, presentada posteriormente al Parlamento y al Comité Económico y Social e introducidas las correspondientes enmiendas, fue objeto de una modificación posterior en 1991.

⁴³⁸ Memorándum, p. 21.

⁴³⁹ Memorándum, p. 22.

2.4. LA SEGUNDA GENERACIÓN DE PROPUESTAS (1989-1991).

Partiendo de la experiencia fracasada de las propuestas de primera generación (1970-1975), la segunda generación de propuestas (1989-1991) introduce algunas novedades importantes y, en la búsqueda del anhelado consenso, abandona el modelo único y uniforme de participación de trabajadores en la adopción de decisiones en el ámbito de la Sociedad Europea, propio de dichas propuestas de primera generación, en favor otro modelo de participación más flexible que permitiera recoger las diferentes sensibilidades que en relación con esta problemática existían entre los diferentes miembros de la Comunidad Europea, introduciendo para ello significativas modificaciones a las propuestas originarias. Estas modificaciones configuran un modelo de participación que se va separando cada vez más de su inspirador, el sistema alemán de cogestión, con el objetivo de hacer frente a los obstáculos y dificultades que hicieron sucumbir las anteriores propuestas⁴⁴⁰.

De este modo, en 1989 la Comisión decide, introduciendo un importante cambio formal, escindir en dos textos diferentes el proyecto de Sociedad Europea: un Reglamento para regular de manera uniforme, mediante un Estatuto, la creación y gestión de las sociedades de dimensión europea⁴⁴¹, y una Directiva para determinar el modo de

⁴⁴⁰ K. W. WEDDERBURN: “Participación obrera, negociación colectiva y sociedad europea” (traducción de J. M. Ramírez Martínez), *Revista Treball*, núm 16, 1991, p. 60, señala sobre todo cuatro aspectos conflictivos: la elección inicial del modelo de participación, la estabilidad y control del modelo, la equivalencia entre los modelos y la selección de los representantes de los trabajadores.

⁴⁴¹ DOC COM (89) 268 final SYN 218 y SYN 219 de 25 de agosto de 1989; DOCE, C 263 de 16 de octubre de 1989. Aunque dado el objeto de estudio en esta Tesis doctoral, nos centramos en el análisis de la problemática de la implicación de los trabajadores en la SE, no puede dejar de indicarse ciertos, aunque brevísimos, comentarios a la regulación general que la Propuesta de 1989 realiza sobre la institución de la SE. Así, como aspectos más significativos de dicha regulación pueden indicarse los siguientes:

1. La Sociedad Europea es concebida en la Propuesta de 1989 como una sociedad por acciones y está concebida como una sociedad de segundo grado, en cuanto que no pueden formar parte de la misma personas físicas, sino sólo personas jurídicas u otros entes jurídicos asimilables, en el sentido dado por el propio artículo 58 del Tratado C.E.E., lo que parecía constituir un cierto obstáculo a la apertura de la SE a las pequeñas y medianas empresas.
2. Por otro lado, estaba previsto en dicha Propuesta que al menos dos de las sociedades o de los entes participantes en la constitución de la Sociedad Europea debieran tener su sede en Estados miembros diferentes, dado el carácter “europeo” de la institución, siendo el legislador nacional el llamado a precisar la consecuencias derivadas de la ausencia de tal requisito.
3. La constitución de la SE podía llevarse a cabo por fusión, mediante la creación de una sociedad holding, o a través de la constitución de una filial común, aunque en los primeros dos supuestos debería tratarse de una sociedad por acciones o de otra sociedad que se transforma en sociedad por acciones.
4. Se establece un capital social mínimo de al menos 100.000 ECU para todos los casos, mientras que en las propuestas de primera generación estaban previstos varios importes mínimos para las diferentes hipótesis que

representación de los trabajadores en dicha Sociedad, optándose por primera vez por separar normativamente la regulación del nuevo tipo societario de la SE, que hasta ese momento se contenía en un cuerpo único, si bien “ambos textos deberán de aplicarse conjuntamente al constituir los dos un todo indisociable”⁴⁴²; con ello, la Propuesta de Directiva que completa el Estatuto pretende responder a la exigencia de organizar la participación de los trabajadores en la vigilancia y el desarrollo de las estrategias empresariales de la SE, contribuyendo a superar de este modo los obstáculos derivados de la gran variedad de legislaciones y prácticas existentes en los distintos Estados miembros de la Comunidad.

Ahora bien, siendo como era el objetivo de la Comunidad configurar a la SE como una estructura societaria de derecho uniforme en todos los Estados miembros que favoreciera la cooperación y la integración de las empresas en el ámbito comunitario, aunque conforme a un sistema más flexible que en las propuestas precedentes, causaba en ese momento cierta perplejidad el hecho de que -en relación a un aspecto tan relevante como era el de la participación de los trabajadores, respecto al cual las posiciones asumidas por las legislaciones nacionales eran tan diversas- la elección del legislador comunitario recayese sobre un instrumento normativo como la Directiva que, como sabemos, no es directamente aplicable en el territorio de los Estados miembros, sino que requiere una labor de transposición e integración normativa de la misma por parte de cada uno de ellos, a diferencia de lo que ocurre con los Reglamentos comunitarios.

se planteaban. Dicho importe único respondía a la finalidad de ofrecer a las pequeñas y medianas empresas unas mayores oportunidades de acceso a la Sociedad Europea.

5. La SE debía tener su sede en el lugar establecido en el propio acto constitutivo o estatuto, que debía estar situado en el interior de la C.E.E., y que debía corresponder al lugar donde estuviese situada la propia administración central de la SE.

6. En cuanto a la estructura del órgano de administración de la SE, la Propuesta preveía que dicho órgano pudiera estar configurado según un “modelo monístico” o según un “modelo dualístico”, ambos contemplados en el Reglamento. En realidad, la alternativa entre los dos sistemas señalados era más aparente que real, en la medida que el sistema monístico presentaba algunos rasgos similares al dualístico: según lo previsto por el artículo 66 de la Propuesta de Reglamento de 1989, el órgano único de administración (propio de un sistema monístico) estaba de hecho, en cierto modo, partido en dos, en cuanto que la dirección de la SE estaba conferida sólo a algunos de los administradores y no a todos. La opción por el sistema dualístico parte del presupuesto de que los socios no tengan la capacidad o no tengan la voluntad de ejercitar un control permanente sobre la gestión de la sociedad. Esta situación, obviamente, puede sólo plantearse en las sociedades de mayores dimensiones, en las que la participación accionaria constituye para la mayor parte de los socios sólo una inversión de sus propios fondos y los socios no tienen plena capacidad para controlar la labor de los administradores.

7. En cuanto a la regulación que debiera de aplicarse a las materias disciplinadas por el Reglamento en aquellos puntos que, sin embargo, no estuvieran expresamente regulados por el mismo, se tendría en cuenta, ante todo, los principios generales en los que el Reglamento mismo se inspira y, sólo en vía subsidiaria, la ley que fuera aplicable a la sociedad por acciones en el Estado de la sede de la SE. En aquellos casos de Estados que comprendiesen varias unidades territoriales y cada una de las cuales tuviese sus propias normas aplicables a la materia en cuestión, ninguna de ellas era considerada como un Estado a los efectos de determinar la ley que debiera ser aplicable.

8. Por último, dejando de lado las disposiciones específicas contenidas en el Reglamento de 1989, la SE debía ser tratada en cada uno de los Estados miembros de la Comunidad como una sociedad por acciones de derecho interno en lo que respecta a los derechos, facultades y obligaciones que a la misma competen.

⁴⁴² G. ESTEBAN VELASCO: “La Sociedad Europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial”, *Fundación Educación y Trabajo*, Fundet, enero de 2003, op. cit. p. 7. La propia Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento de 1989 insiste expresamente en que “el Reglamento y la Directiva forman un conjunto indisociable y deben ser aplicados coordinadamente”.

Técnicamente, la Propuesta de Reglamento se fundamentaba en el artículo 100 A del TCE (contando con 133 artículos, un contenido sensiblemente inferior al proyecto precedente), y la Propuesta de Directiva en el artículo 54 (nuevos artículo 95 y 44.2 g) respectivamente), frente a un fundamento unitario del Reglamento anterior contenido en el artículo 235 TCE (nuevo artículo 308).

Estos preceptos, que se remiten al procedimiento establecido en el artículo 251 TCE, exigen la mayoría cualificada del Consejo, si bien en codecisión con el Parlamento, frente a la unanimidad que se requería en las propuestas de primera generación, con lo cual se pretendía que pudiera utilizarse este procedimiento para vencer la resistencia de algunos Estados miembros sobre cuestiones especialmente conflictivas como podía ser, precisamente, la relativa a la participación de los trabajadores. El mencionado artículo 100 A del Tratado preveía que el Consejo pudiera adoptar, si bien por mayoría cualificada, las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales de los Estados miembros que tuviesen por objeto la instauración del mercado interior. Ahora bien, como el artículo 100 A, párrafo 2, precisaba que del ámbito de aplicación propio estaban excluidas las disposiciones fiscales⁴⁴³, las relativas a la libertad de circulación de las personas, y aquellas concernientes a los derechos e intereses de los trabajadores dependientes o por cuenta ajena, parecía necesario situar la regulación relativa a la participación de los trabajadores en una normativa distinta a la del Reglamento, no obstante ciertas implicaciones negativas que esta decisión podía conllevar y que se han evidenciado previamente.

Este mismo mecanismo normativo, fundado en la combinación entre un Reglamento que contiene una disciplina societaria uniforme y una Directiva relativa a la implicación de los trabajadores en la empresa, sería el utilizado por la Comisión en la regulación de los respectivos Estatutos de la Asociación, de la Mutua y de la Cooperativa de tipo europeo: los Estatutos relativos a la constitución de las consideradas “empresas europeas de la economía social”⁴⁴⁴, inicialmente propuestos en 1992⁴⁴⁵, y tras las oportunas modificaciones, de nuevo propuestos en julio de 1993⁴⁴⁶, no hicieron sino confirmar la centralidad asumida por la participación a nivel comunitario, desde el momento en que, como ya se había previsto en la propuesta modificada de 1991 sobre la SE, el registro de la asociación, de la mutua y de la cooperativa europea venía expresamente “subordinado a la elección de un modelo de participación o, en su defecto, de un sistema de información y de consulta, conforme a las disposiciones siguientes”⁴⁴⁷.

⁴⁴³ Artículo 100 A (2). No puede ser usado para provisiones fiscales, aunque la Propuesta de 1989 contenía un artículo en materia impositiva.

⁴⁴⁴ La Comisión, en la comunicación dirigida al Consejo titulada “*La empresa de economía social y la realización del mercado europeo sin fronteras*”, SEC (89) 2187, Bruselas, 18 de diciembre de 1989, p. 4, define el concepto de empresas europeas de economía social, precisando que son “empresas que operan en concurrencia con las formas tradicionales de empresa”, caracterizadas “por la aplicación de técnicas organizativas específicas de la (...) actividad productiva. Estas técnicas se fundan sobre el principio de solidaridad y participación entre sus miembros”. “El ejercicio de una actividad económica -añade la Comisión- es el hecho determinante que permite adscribir la economía social al campo de la política de empresa”.

⁴⁴⁵ Los tres reglamentos, acompañados de las correspondientes directivas, se encuentran publicados en DOCE C 99, del 21 de abril de 1992.

⁴⁴⁶ El texto de las propuestas modificadas puede leerse en COM (93) 252, de 6 de julio de 1993.

⁴⁴⁷ Artículo 1.3 de la Directiva que completa el Estatuto de la Asociación Europea.

El objetivo de este cambio técnico-formal operado por la Comisión con la Propuesta de 1989 era, por tanto, “desvincular la suerte normativa de la SE de los mecanismos de participación de los trabajadores”⁴⁴⁸, utilizando dos fuentes normativas de diversa intensidad, como son el Reglamento y la Directiva: una intensidad mayor para la regulación de los aspectos mercantiles y una menor para la ordenación de los aspectos laborales, con lo que detrás de esta solución transaccional, que sacaba fuera del Reglamento, en una Directiva complementaria, lo que debería haber sido su Título V según sus versiones iniciales, pueden quizás encontrarse no solo razones técnicas sino también condicionamientos de índole política⁴⁴⁹.

Pero este objetivo sería de difícil consecución: tras la presentación de los dictámenes sobre la SE del Comité Económico y Social⁴⁵⁰, y del Parlamento Europeo (siendo ponentes los diputados Christine Margaret Oddy y Willy Rothley)⁴⁵¹, la Comisión presentaba de la mano de Martin Bangeman una nueva Propuesta modificada en 1991⁴⁵², tanto del Reglamento como de la Directiva, respetando el compromiso parcial sobre las enmiendas introducidas por el Parlamento en una primera lectura.

La Propuesta reformada de 1991⁴⁵³, recogiendo las enmiendas más significativas introducidas por el Parlamento, establece la posibilidad de que una sociedad anónima nacional pudiera transformarse en SE, siempre que tuviese filiales en otro estado miembro⁴⁵⁴ y, por otro lado, si bien suprime la previsión según la cual la SE sólo podría ser

⁴⁴⁸ L. A. VELASCO SAN PEDRO: *La nueva sociedad anónima europea...*, p. 488.

⁴⁴⁹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: *El lugar de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea*, op. cit. p. 65.

⁴⁵⁰ DOCE C 124, de 21 de mayo de 1990. El Comité Económico y Social en su dictamen apoyó de manera abierta el modelo tercero, de entre las tres opciones posibles, basado en la subsidiariedad vertical, y mostraba su preocupación por la “equivalencia” de los modelos.

⁴⁵¹ DOCE C 48, de 25 de febrero de 1991.

⁴⁵² Para un análisis crítico del texto modificado del Estatuto de la Sociedad Europea, cfr. A. WHELAU: “The Societas Europaea: A critique of Commission’s 1991 Amended Proposals”, *Common Market Law Review*, 1992, p. 473 y ss.; M. J. BONELL: “La partecipazione dei lavoratori alla gestione dell’impresa nella nuova proposta di Statuto della Società europea”, *Rivista di diritto europeo*, 1991, p. 1 y ss.; S. ISRAEL: “The European Company Statute”, en WYMEERSCH, E (ed.): <<*Further Perspectives in Financial Integration in Europe*>>, 1994; J. DINE: “The European Economic Interest Grouping and The European Company Statute: New models for Company Law Harmonisation” en M. ANDENAS y S. KENYON-SLADE (eds): <<*EC Financial Market Regulation and Company Law*>>, 1993.

⁴⁵³ COM (91) 174 final SYN 218 y SYN 219; DOCE C 176 de 8 de julio de 1991 y DOCE C 138, de 29-5-1991.

⁴⁵⁴ Arts 2(3) y 37 a. Con carácter general, entre las modificaciones más interesantes introducidas por la Propuesta modificada de 1991 pueden, junto a las citadas, destacarse las siguientes:

1. Respecto a la versión inicial, que imponía que al menos dos de las sociedades participantes en la Sociedad Europea tuviesen su administración central en Estados miembros diferentes, en ésta -excepción hecha del supuesto de constitución de la SE mediante fusión- era suficiente la presencia de la Sociedad en otro Estado miembro mediante filial o establecimiento permanente.
2. Se permite, con la exigencia de observar determinado procedimiento, el traslado de la sede de la Sociedad Europea en el interior de la Comunidad.
3. Para la constitución de la Sociedad Europea deberían ser observadas las modalidades previstas para la sociedad por acciones prevista en el Estado en el que la SE tuviese su sede.

constituida en aquellos Estados miembros que hubiesen transpuesto la Directiva, condiciona el registro de la SE al previo establecimiento en ella de alguna forma de participación”⁴⁵⁵. Se trataba de evitar con ello que el establecimiento de la SE supusiera la desaparición o reducción de las prácticas nacionales existentes en materia de participación de los trabajadores, al tiempo que se dejaba un cierto margen de libertad a los actores económicos sobre el modelo de representación de los trabajadores.

Y es que la Propuesta de 1989, renunciando a la implantación uniforme de un sistema rígido y único de participación de los trabajadores en la empresa, propiciaba una aproximación flexible, no sólo por la calidad del instrumento elegido, la Directiva⁴⁵⁶, sino por que además admitía una elección negociada por las partes sociales entre distintos modelos participativos⁴⁵⁷, permitiendo que los fundadores de la sociedad pudieran elegir un modelo de representación que fuera desde la simple información a la codecisión, con el fin de dejarles un espacio de libertad susceptible de permitir la conclusión de un acuerdo sobre el estatuto de sociedad europea, sociedad que por otro lado tiene un carácter “facultativo” para las empresas, pues éstas eran libres o no de constituirse en dicha forma societaria.

En concreto, como aconsejaba el Memorándum, en reconocimiento a las peculiaridades de los distintos Estados miembros, la Propuesta de Directiva permitía la elección, mediante negociación, de uno de entre tres modelos de participación de los trabajadores con el objetivo de permitir su participación en la vigilancia y en el desarrollo de las actividades societarias y con los que se intenta recoger los diferentes sistemas articulados en la práctica del derecho interno de los Estados miembros, ofreciendo una

4. Las normas aplicables a la SE serían las de las disposiciones del Reglamento y, en los casos en los que éste lo consiente, las previstas en los estatutos de la SE. Para lo no disciplinado por el Reglamento, deberían ser aplicadas las normas sobre sociedades por acciones previstas en el Estado miembro en que tiene la sede la SE.

⁴⁵⁵ F. VALDÉS DAL-RÉ: *La implicación de los trabajadores en la empresa europea*, p. 8. La Propuesta modificada de 1991 se asienta sobre la necesidad de elección de un modelo de participación de los trabajadores entre los tres previstos en 1989, como condición “sine qua non” para el registro de la SE.

⁴⁵⁶ A diferencia del Reglamento, la Directiva ofrecía a los Estados miembros un mayor margen de actuación en la aplicación de las normas comunitarias, ya que una Directiva comunitaria es un instrumento normativo que si bien obliga a éstos a alcanzar una serie de objetivos predeterminados en un plazo de tiempo concreto, deja a su libre elección la determinación de los medios y técnicas más adecuadas para su consecución material, lo cual ofrecía un grado de flexibilidad adecuado para conseguir tales objetivos.

⁴⁵⁷ El Preámbulo refleja claramente los propósitos de la Propuesta de Directiva. Con ella no se pretende organizar de manera uniforme la participación de los trabajadores sino coordinar las legislaciones de los Estados miembros con vistas a lograr una equivalencia de sistemas. Así, se dice textualmente en el Preámbulo: “a fin de promover los objetivos económicos y sociales de la Comunidad, resulta conveniente organizar la participación de los trabajadores en la vigilancia y el desarrollo de la SE”. “La gran diversidad de las regulaciones y prácticas existentes en los Estados miembros en cuanto a la forma de participación de los representantes de los trabajadores en el control de las decisiones de los órganos de las Sociedades Anónimas no permite organizar la posición de los trabajadores en la SE de manera uniforme”. “(...) resulta conveniente coordinar las legislaciones de los Estados miembros con vistas a lograr la equivalencia de las garantías exigidas en las Sociedades Anónimas de cada Estado miembro para proteger los intereses de los socios y terceros, habida cuenta de las particularidades de funcionamiento de las Sociedades Anónimas con domicilio social en su territorio”, “...conviene tener en cuenta las particularidades de las legislaciones de los Estados miembros mediante el establecimiento para la SE de un marco con varios modelos de participación al tiempo que se autoriza, por una parte, a los Estados miembros a elegir el modelo o modelos que mejor se ajustan a sus tradiciones nacionales y, por otra parte, en caso necesario, al órgano de dirección o de administración y a los representantes de los trabajadores de la SE o de las sociedades fundadoras a adoptar el modelo más conforme con su entorno social; los distintos modelos de participación deben conceder a los trabajadores de la SE una participación equivalente y una influencia semejante”.

fórmula más flexible que sigue la senda marcada en la propuesta modificada de Quinta Directiva de 1983 y que por primera vez incorpora la autonomía de la voluntad y permite a los Estados miembros un cierto margen de adaptación a sus derechos nacionales.

La idea de base de esta fórmula triple consistía en tratar de satisfacer los diferentes puntos de vista de los Estados miembros recogiendo en el texto comunitario la totalidad de los distintos sistemas de implicación que existían entonces en la Comunidad Europea. De hecho, prácticamente todos los sistemas nacionales estaban recogidos en la triple opción ofrecida a los Estados miembros, de manera que pudiesen elegir de entre los varios modelos propuestos aquel que mejor se adaptaba a sus tradiciones nacionales. Estos podrían optar, en definitiva, por alguno de los siguientes modelos:

- MODELO 1º: Un modelo de participación institucional, regulado en el artículo 4 de la Propuesta de Directiva.

Un modelo de participación interna, articulado a través de la presencia de los representantes de los trabajadores en los órganos societarios, ya fuera en el Consejo de Vigilancia (sistema dualista), ya fuera en el Consejo de Administración (sistema monista), y en el que la elección de los representantes de los trabajadores puede hacerse de dos formas posibles: por un lado, si la elección o designación corresponde a los trabajadores directamente o a sus representantes, éstos deben elegir un número de candidatos que cubrirían entre un tercio y la mitad del órgano (modelo alemán de cogestión); por otro lado, se posibilitaba también que la elección de tales representantes se realizase por el Consejo de Vigilancia o de Administración de la sociedad, en cuyo caso la Junta General de la SE y los representantes de los trabajadores podrían tanto proponer candidatos como vetar a quienes incurriesen en algunas de las circunstancias inhabilitantes contempladas por la Directiva (modelo de cooptación holandés).

Este modelo primero recoge las tradiciones propias de los sistemas instaurados en países como Alemania, Holanda o Luxemburgo. Los derechos y los deberes de los representantes de los trabajadores en estos órganos son los mismos que los que corresponden a los representantes del accionariado, si bien el poder para autorizar ciertas decisiones antes de su puesta en marcha no corresponde más que a la mayoría de los miembros del órgano.

-MODELO 2º: Un modelo de participación “ad hoc”, regulado en el artículo 5 de la Propuesta de Directiva.

Se basa este sistema en el establecimiento de un órgano distinto de representación de los trabajadores, externo a los órganos societarios y electivo por los trabajadores de la SE⁴⁵⁸, al que se le atribuyen derechos mínimos de información sobre la marcha de la SE - estos mínimos consisten en concreto en un derecho de información trimestral sobre la marcha de los asuntos no sólo de la Sociedad, sino también de aquellas sociedades por ella

⁴⁵⁸ Este modelo podría ser quizás “el sistema más fácil de introducir en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en los que ni la norma estatal ni la autonomía colectiva han previsto procedimientos de participación de los trabajadores en los órganos de gestión de la empresa”. Cfr. R. GORDILLO ALHAMBRA: *El Comité de Empresa Europeo*, op. cit. p. 61.

controladas, y su posible evolución y, adicionalmente, un derecho activo a informarse sobre todo aquello necesario para el ejercicio de sus funciones, pudiendo solicitar a este efecto cualquier información o documento⁴⁵⁹, y derechos de consulta previa a la adopción de determinadas decisiones de especial trascendencia -derecho de consulta que se establece con carácter previo a la adopción de las decisiones aludidas en el artículo 72 del Reglamento y referentes a: cierre o traslados de establecimientos o de partes importantes de establecimientos, restricciones, ampliaciones o modificaciones importantes de la actividad de la SE, establecimiento con otras empresas de una cooperación duradera e importante para la actividad de la SE o cese de tal cooperación, y creación de una filial o sociedad holding⁴⁶⁰.

Este es el sistema que podríamos calificar como de “Comité de Empresa”, al modo del sistema vigente en países como Francia o Bélgica. La Directiva remite a la concertación entre los dirigentes y los representantes de las sociedades fundadoras la misión de fijar el número de miembros de este órgano “ad hoc”, así como las modalidades concretas de elección y designación de los mismos.

-MODELO 3º: Modelo de participación negocial o convencional, contenido en el artículo 6 de la Propuesta de Directiva de 1989.

Por último, un modelo caracterizado por la introducción, mediante acuerdo entre la dirección de la SE y la representación de los trabajadores, de derechos de información y consulta en condiciones análogas a las previstas para el órgano de representación unitaria⁴⁶¹: sistema negocial que se acercaba a las prácticas establecidas en los derechos internos de países como el Reino Unido, Italia o Irlanda. A falta de acuerdo, se prevé en la propuesta de normativa comunitaria un “modelo estándar” que sería de aplicación a la SE y que, a la manera de las prácticas nacionales más avanzadas, asegure al menos los derechos de información y consulta de los trabajadores. Por otro lado, el acuerdo puede estar concertado para un período determinado y ser objeto de renegociación a la expiración de

⁴⁵⁹ Así, el art. 5.2.a) de la Propuesta de Directiva de 1989 señalaba: “El órgano de dirección o el órgano de administración comunicará sin demora al órgano propio cualquier información que pueda tener repercusiones importantes en la situación de la SE”, configurándose un deber genérico y dinámico de información que permite tanto el control como la influencia de los trabajadores en las elecciones tomadas respecto a estas empresas de dimensión comunitaria. Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ: *Los derechos de información...*, op. cit. p. 181. A continuación, el citado art. 5.2, en su apartado b), indica: “El órgano propio podrá solicitar al órgano de dirección o al órgano de administración información o una información especial sobre cualquier aspecto relativo a las condiciones de trabajo”. El apartado c) señala: “Todos los miembros del órgano propio podrán entrar en conocimiento de todos los documentos presentados a la Junta General de Accionistas”; y el apartado d) finalmente dispone: “Las operaciones a que se refiere el apartado 1 del artículo 76 del Reglamento, por el que se establece el estatuto de la SE, no podrán efectuarse sin que el órgano propio haya sido informado y consultado por el órgano de dirección o de administración de la SE”.

⁴⁶⁰ Los derechos mínimos de información y consulta analizados han de asegurarse en los supuestos en los que se forme un órgano de representación “ad hoc”, o cuando habiéndose optado por el tercer modelo de fijación convencional no se alcance acuerdo alguno y se aplique a la SE un modelo estándar establecido por la legislación del estado de domicilio.

⁴⁶¹ Al respecto, y según el artículo 6.2 de la Propuesta, el convenio celebrado entre el órgano de dirección o de administración de la SE y los representantes de los trabajadores en la SE deberá, como mínimo, garantizar a los representantes de la SE la información y consulta prevista en el artículo 5 y el acceso a todos los documentos presentados en la Junta General de Accionistas.

este período, si bien, como la Directiva no autoriza, sin embargo, la existencia de ningún vacío jurídico, el acuerdo concertado inicialmente quedaría vigente hasta la entrada en vigor del nuevo acuerdo que se está negociando.

La elección del modelo de participación a aplicar, entre las tres opciones posibles, debería efectuarse, de acuerdo con la Propuesta, mediante un convenio colectivo celebrado entre los órganos de dirección o de administración de las sociedades fundadoras y los representantes de los trabajadores de estas sociedades conforme a lo establecido por la legislación y práctica de los Estados miembros⁴⁶². Esta práctica comercial intentaba fomentar un “modelo de autorregulación colectiva” en lo concerniente a la participación en la gestión, y pretendía que pudiera servir de base para un acercamiento de las heterogéneas formas de participación existentes en los países miembros de la Comunidad Europea, aproximación asentada en la cooperación dinámica de las partes⁴⁶³.

A falta de acuerdo, la opción de dicha elección correspondería a los órganos directivos de la sociedad⁴⁶⁴; pudiendo, de otra parte, los Estados limitar la elección de los modelos indicados, o imponer uno sólo de estos modelos a las SE domiciliadas en su territorio⁴⁶⁵. Por otro lado, se establecía la posibilidad de sustituir el modelo elegido por otro de los dos modelos previstos también mediante un acuerdo análogo al señalado, sujeto a la aprobación de la Asamblea General de la SE.

Igualmente, con el fin de motivar la adopción final de la Propuesta de 1989, se establecía un régimen fiscal favorable, al poder imputar a la base imponible de la SE las pérdidas de los establecimientos permanentes situados en otros Estados miembros⁴⁶⁶, y posteriormente, con tal finalidad motivadora, la Propuesta modificada de Directiva de 1991 permitiría el derecho a negociar por parte de los representantes de los trabajadores y los órganos directivos de la sociedad, mediante acuerdo colectivo, una eventual participación de los trabajadores en el capital y en los beneficios de la SE⁴⁶⁷.

⁴⁶² En concreto, el artículo 3.1 de la Propuesta de Directiva señalaba: “El acuerdo ha de ser celebrado entre los órganos de dirección de las sociedades y otras entidades fundadoras y los representantes de los trabajadores de estas sociedades previstos por la legislación o consagrados por la práctica de los Estados miembros”.

⁴⁶³ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, 1992, op. cit. p. 178.

⁴⁶⁴ Es interesante indicar como, en ausencia de acuerdo entre las partes, la elección del modelo participativo, que constituía, en cualquier caso, condición indispensable para poder proceder al registro de la sociedad europea, era atribuida en la Propuesta modificada de 1991, a la asamblea general de la SE, mientras que la precedente versión de la Directiva reservaba, en dicho caso, la elección a los propios órganos directivos de la sociedad. Análogo procedimiento era el previsto para el supuesto de modificación del modelo de participación de los trabajadores como consecuencia del traslado a otro Estado de la sede de la SE.

⁴⁶⁵ Art. 3.4 de la citada Propuesta de Directiva.

⁴⁶⁶ La Propuesta de 1989 contiene, frente a las propuestas anteriores que eran más ambiciosas en la materia, una sola provisión en materia fiscal, contenida en el artículo 133.

⁴⁶⁷ Art. 11 de la Propuesta modificada de 1991. La participación accionarial no puede conllevar la exclusión de la elección de uno de los tres modelos de participación antes señalados, indispensables para el registro de la sociedad.

Además, en esta ocasión, a diferencia de ocasiones precedentes, la Comisión no se limitó a informar de la propuesta susodicha al Consejo, sino que mostrando una clara apuesta por la misma, animó expresamente al propio Consejo a aprobarla, señalándole un calendario al que debía ajustarse⁴⁶⁸, y establecía adicionalmente en el texto una serie de cautelas para favorecer y garantizar los derechos de participación de los trabajadores: la fijación del modelo de participación se consideraba como condición imprescindible para la constitución de la SE, sin el cual ésta no podría establecerse, y expresamente se consideraba como “ineficaz” una posible renuncia por parte de los trabajadores a sus derechos de participación en la Sociedad Europea, ya que no se prevé que una mayoría de trabajadores de la sociedad pudiera pronunciarse en contra de cualquier forma de participación.

Por otro lado, es de destacar que no se establecía en la Propuesta ningún mínimo de trabajadores necesarios en la SE para el establecimiento de alguno de los modelos citados de representación de los trabajadores. Ésta debería aplicarse con independencia del número de trabajadores que presten sus servicios en la empresa. Es éste un dato importante que debe destacarse, pues el ámbito de aplicación del Estatuto de la SE era así de aplicación en la pequeña y mediana empresa, apartándose de la tradicional orientación político-legislativa consistente en entender restringida a las grandes empresas la regulación comunitaria de los derechos de información y consulta garantizados⁴⁶⁹. Por su parte, los representantes de los trabajadores de la SE debían ser elegidos por todos los trabajadores de la misma, estableciéndose un sistema de elección directa en todos los casos⁴⁷⁰; se les debía de proporcionar los medios financieros y materiales que les permitiesen reunirse y ejercer convenientemente sus funciones⁴⁷¹; y, finalmente, su número debía ser proporcional al número de asalariados que representasen, aplicándose a la elección de los mismos la legislación o la práctica de los Estados miembros.

Los tres modelos eran calificados como “*equivalentes*”, pues en cada uno de ellos los Estados miembros debían de adoptar “las medidas necesarias para que los trabajadores de la SE participen en el control y el desarrollo de las estrategias de la SE”⁴⁷². El establecimiento en los tres modelos de un nivel equivalente de participación de los trabajadores provenía no sólo de motivaciones de política social, sino especialmente se derivaban de la finalidad de “garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior y evitar cualquier disparidad de las condiciones de concurrencia”⁴⁷³, equivalencia entre modelos que, no obstante, como veremos, no estaba exenta de críticas y dificultades.

⁴⁶⁸ La Comisión expresaría su deseo de que se acelerasen por todos los medios los procesos de consulta y decisión, según el calendario propuesto, para que el Estatuto pudiera ser aplicable a partir del 1 de enero de 1992.

⁴⁶⁹ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ: *Los derechos de información...*, op. cit. p. 179. Esta paridad de tratamiento entre empresas de distintas dimensiones fue criticada por Unice. Al respecto, G. ARRIGO: “La partecipazione dei lavoratori nell’impresa Europea”, *Rivista Giuridica del Lavoro y della Previdenza Sociale*, núms. 1-2 (1990), op. cit. p. 64.

⁴⁷⁰ Artículo 7 de la Propuesta de Directiva de 1989.

⁴⁷¹ Artículo 9.

⁴⁷² Artículo 2 de la Propuesta.

⁴⁷³ Considerando 6 de la Propuesta modificada de Directiva.

Esta segunda generación de propuestas pretende asegurar una mayor libertad de acción de los Estados y de las partes sociales en la configuración de los modelos de representación y participación de los trabajadores en los órganos de decisión de las sociedades intentando preservar las divergencias entre ellos. La propia Directiva reconoce que esa diversidad de normas y prácticas de los Estados miembros “no aconseja el establecimiento de un modelo europeo único de implicación de los trabajadores aplicable a la SE” (Considerando 5).

Pero si la primera generación de propuestas suscitó el interés y apoyo de países como Alemania (y también Holanda), al proyectar un modelo de participación que se acercaba y, en cierto modo, se inspiraba en el sistema de cogestión implantado en dicho Estado, frente a las reticencias de otros países como el Reino Unido y Francia, las propuestas de segunda generación producen entre los miembros de la Comunidad Europea un efecto de signo contrario.

Alemania, con el apoyo de Holanda, mostró claras reticencias a la triple opción de modelos que la nueva propuesta configuraba, al considerar que sólo un sistema de cogestión era el que podía garantizar de una manera efectiva el que los trabajadores pudieran ser tenidos en cuenta en las decisiones de la empresa. El sistema de la triple opción dejado a la libre elección de los Estados respecto de las normas a aplicar a las SE radicadas en su territorio constituía, en su opinión, un auténtico peligro para sus sistemas nacionales de participación, en la medida en que las sociedades podrían escapar fácilmente a las disposiciones internas que preveían un modelo de participación más intenso para los trabajadores, decidiendo simplemente establecer su domicilio social en un Estado que hubiese optado por una opción “menos exigente”⁴⁷⁴.

Otros Estados que no tenían previsto en su ordenamiento jurídico interno la presencia de los trabajadores en los órganos societarios mostraron una posición más receptiva en esta ocasión a las nuevas propuestas, en la medida en que éstas les permitían aplicar a la SE establecidas en su territorio el sistema de su elección, por supuesto la opción más similar a la suya propia, evitando así las obligaciones derivadas de un sistema extranjero ajeno a ellos, si bien no faltó algún caso como el del Reino Unido, para el que cualquier sistema que fuera más allá de la información y consulta suponía ir demasiado lejos y que consideraba que, en cualquier caso, estas Propuestas de 1989 y 1991 eran excesivas.

De nuevo volvieron a alzarse voces que plantearon los riesgos de fuga de empresas de unos a otros países ante las diversas opciones que el “sistema de los tres modelos” proponía, y que podría utilizarse con el fin de eludir aquellas legislaciones nacionales de países que pudieran tener mayores exigencias en materia participativa, como era el caso alemán, apareciendo de nuevo temores a un proceso de deslocalización empresarial.

⁴⁷⁴ “La elección del país de inscripción de la SE es totalmente libre, lo que ha impedido siempre la posibilidad de explotar la solución consistente en remitir a las legislaciones nacionales del país del domicilio social. Semejante solución no ha sido nunca contemplada dado que es seguro que se enfrentaría a una oposición feroz de los países participación”. Cfr. F. VASQUEZ: “La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la directiva” en AA.VV.: <<La Sociedad Anónima Europea. Régimen Jurídico Societario, Laboral y Fiscal>>, Esteban Velasco y Fernández del Pozo (coord.), Marcial Pons, 2004, p. 922.

Además, desde un punto de vista técnico, la Propuesta no estaba exenta de grandes dificultades, que la hacían imprecisa e insegura, ya que podría considerarse al menos en cierto modo como ingenua una propuesta que yuxtapusiera y considerara como “equivalentes” modelos de participación tan diferentes, en los que era muy difícil poder analizar si realmente esa equivalencia sería cierta⁴⁷⁵. Como señala VALDÉS DAL-RÉ, “¿Cómo establecer un mínimo común denominador o un baremo objetivo desde el que poder formular o definir, con razonable fundamento, el juicio de equivalencia entre los modelos a confrontación comparativa?”⁴⁷⁶. Y, en todo caso... ¿Cómo garantizar desde una perspectiva material y sustantiva una equivalencia real? Difícilmente pueden considerarse equivalentes modelos de participación de los trabajadores en la toma de decisiones de la empresa que, desde el punto de vista de la calidad, intensidad, sede, oportunidad de acción de control y capacidad de condicionamiento son por naturaleza diversos⁴⁷⁷.

Por todas estas cuestiones, no es de extrañar que las propuestas de segunda generación no tuvieran éxito y el proyecto de crear una Sociedad Europea volviera de nuevo a paralizarse debido al conflictivo tema de la participación de los trabajadores. El propio Consejo se mostró contrario a la “equivalencia” de los sistemas de participación que la Comisión establecía, no compartiendo tales propuestas.

Pero, la oposición no sólo se manifestaba en la diversidad de posiciones adoptadas en torno a la misma por los diferentes Estados miembros, sino que la misma trascendió a los propios agentes sociales, algunos de los cuales mostraban claras objeciones al nuevo proyecto. Algunos sindicatos recelaban del sistema, cuestionando ellos también la equivalencia material de los aludidos sistemas de participación⁴⁷⁸; ciertas organizaciones empresariales no terminaban de vislumbrar aún en esos momentos los posibles beneficios que sobre la actividad económica empresarial podría conllevar la aprobación del Estatuto

⁴⁷⁵ “el principal obstáculo (...) reside en los efectos que pueden desprenderse de la consideración como equivalentes de modelos nacionales que conceden derechos de participación caracterizados, entre otros aspectos, precisamente por el diverso grado de implicación de los trabajadores en el proceso de toma de decisiones de la sociedad”. Cfr. R. GORDILLO ALHAMBRA: *El Comité de Empresa Europeo*, op. cit p. 60.

⁴⁷⁶ F. VALDÉS DAL-RÉ: *La implicación de los trabajadores en la sociedad europea*, op. cit. p. 9. A continuación, el mencionado autor vuelve a plantear una pregunta que ilustra claramente la ingenuidad de la propuesta: “¿Qué criterios pueden permitir el aislamiento de un equiparable contenido sustantivo de participación entre el derecho al voto concedido a los representantes de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia de las sociedades alemanas sometidas a la disciplina de la cogestión paritaria con el derecho a consulta atribuido por la legislación española al Comité de Empresa?”.

⁴⁷⁷ Como puede apreciarse según lo expuesto, puede darse toda una variedad de situaciones en las que nos encontraríamos con casos en que los representantes pueden tener situaciones muy diferentes: desde ser una minoría en un órgano deliberante de control (1/3 por ejemplo en el Consejo de Vigilancia), a integrarse en un órgano “ad-hoc” exclusivamente consultivo. También difiere la participación de los representantes desarrollada en un órgano de control en un sistema dualista, de la consustancial a su integración como miembros no gerentes en un Consejo de administración en un sistema monista. La posición de estos últimos es más débil, más gravosa, y más inestable. F. DURÁN LÓPEZ y C. SAÉZ LARA: *El papel de la participación...*, p. 46, y M. J. BONELL: “La partecipazione dei lavoratori alla gestione dell’impresa nella proposta di statuto della società europea”, *Rivista de Diritto Europeo*, 3/1991, p. 30.

⁴⁷⁸ Especialmente significativos son los recelos del sindicato alemán DGB, que manifestaba su temor ante el hecho de que las nuevas medidas pudieran favorecer la huida del derecho alemán de ciertas empresas, las cuales podrían caer en la tentación de optar por regímenes jurídicos menos garantistas y avanzados en materia participativa que el alemán.

de la SE⁴⁷⁹, por lo que parecía que el proceso conducente a la adopción de un Estatuto que regulase la *Societas Europaea* quedaba de nuevo, como en ocasiones anteriores, paralizado.

⁴⁷⁹ UNICE desconfiaba de un proyecto de SE que obligaba a instituir, aún por vía heterónoma, derechos de participación de los trabajadores en países en los que la tradición de la legislación laboral estatal era prácticamente ajena a tales derechos.

1.5. EL DESBLOQUEO DEL PROCESO: “LOS ÚLTIMOS PASOS” (1994-2001).

Durante la primera mitad de los años 90, la situación de bloqueo que de nuevo se había producido en el proceso de configuración de un tipo societario de dimensión europea, la Sociedad Europea, se ve contrarrestado por un logro que en 1994 se produce en materia de participación: la aprobación de la Directiva 94/45/CE sobre la constitución de un Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria y que, al ofrecer un nuevo enfoque (tanto formal como material) desde el que abordar la problemática de la participación de los trabajadores, va a contribuir a allanar el camino conducente a la adopción, por fin, de un Estatuto de Sociedades Europeas⁴⁸⁰. Esta Directiva creaba por primera vez una normativa comunitaria con carácter vinculante que establecía como destinatarios de sus obligaciones a entidades transnacionales como son las empresas o grupos de empresas que operen en varios Estados miembros y superen en los mismos un número mínimo de empleados dado.

La mencionada Directiva viene a introducir cambios significativos en el tratamiento que hasta ese momento las diferentes propuestas comunitarias habían realizado sobre la temática de la participación de los trabajadores en las empresas transnacionales: desde una perspectiva *formal*, hay una remisión a la negociación colectiva entre las partes afectadas (las direcciones de grupos en cuestión y una representación transnacional de su personal empleado en los distintos países) a la hora de establecer fórmulas de participación en tales empresas, de manera que sólo ante la falta de consecución del acuerdo la Directiva prevé la aplicación obligatoria de un conjunto de normas imperativas de segundo grado⁴⁸¹; desde una perspectiva *material*, la participación de los trabajadores en la empresa quedaba descafeinada al quedar circunscrita a sus modalidades más débiles, esto es, a aquellas que no afectan realmente a la estructura y funcionamiento de la sociedad, al eludir cualquier referencia a una implicación que fuera más allá de la simple información y consulta en el seno de un Comité de Empresa.

En definitiva, esta iniciativa comunitaria contribuye a eliminar los obstáculos conducentes a la ansiada SE, sobre todo por que permite ensayar con éxito ciertas técnicas en la organización de fórmulas de representación de los trabajadores en las empresas y

⁴⁸⁰ Un estudio más detallado de la figura del “Comité de Empresa Europeo” puede encontrarse en el Capítulo IV de la Parte I de esta obra.

⁴⁸¹ Históricamente, la Directiva 94/45 constituye el primer producto de la que se ha venido en denominar “fase de la subsidiariedad”, caracterizada por la aplicación de un doble principio de subsidiariedad que rige el reparto de competencias entre la actuación comunitaria y la estatal, por un lado, y que constituye además, por otro, la regla de articulación entre normas heterónomas y autónomas.”. Cfr. F. DURÁN LÓPEZ y C. SAÉZ LARA: *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Civitas, 1997, p.33.

grupos transnacionales que luego podrán ser proyectadas sobre la propia SE: “preferencia de la vía de la negociación colectiva, más flexible y adaptable a las singularidades de las empresas multinacionales y de los sistemas de implicación de los países europeos; aplicación de la regulación comunitaria de referencia subsidiariamente, sólo en defecto de acuerdo; creación de un órgano de representación transnacional sobre el modelo de comité de empresa europeo con derecho de información y consulta; y, garantía mínima de estos derechos”⁴⁸².

Por tanto, fueron los cambios jurídicos posteriores operados en el ámbito comunitario tanto en el terreno del derecho de sociedades⁴⁸³, como en el del derecho social, los que propiciaron que la vieja aspiración pudiera finalmente adquirir entidad normativa.

Así, en el proceso legislativo comunitario deben resaltarse dos acontecimientos importantes para el desbloqueo del proyecto: 1º) el progresivo avance de la armonización del derecho de sociedades, a pesar del bloqueo de la 5ª Directiva y de la 10ª Directiva, relativos a los poderes de los órganos de la sociedad anónima y a las fusiones transfronterizas y 2º) sobre todo, como antes hemos indicado, la adopción en 1994 de la Directiva sobre representación de los trabajadores en las empresas de dimensiones comunitarias.

Sería por tanto con la Directiva 1994/45/CE, de 22 de septiembre de 1994, por la que se reguló el llamado Comité de Empresa Europeo, con la que realmente comienzan ya a desbloquearse hace casi quince años las dificultades para alcanzar un acuerdo en materia de implicación de los trabajadores.

Un elemento adicional se va a unir en la revitalización del proyecto de Sociedad Europea: el interés creciente por este tipo societario de dimensión comunitaria manifestado expresamente por los grandes agentes sociales europeos. A diferencia de épocas pasadas, en que los sectores empresariales había visto también con reticencias los sucesivos proyectos, algunos grandes grupos industriales europeos, como la inglesa British Petroleum (BP), se mostraban ahora partidarios de relanzar el proyecto de SE al considerarlo como un instrumento útil para relanzar la economía europea y hacerla más competitiva frente al exterior. La demanda de un estatuto de SE fue formulada por un grupo de empresas encabezadas por la BP. Ya en 1989, y más tarde de forma regular, la BP manifestó su interés por la SE, acompañada de 25 grupos empresariales importantes. La propia BP organizaría una campaña a favor del Estatuto de SE en 1993-94 encontrando

⁴⁸² M. E. CASAS BAAMONDE: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”, *Relaciones Laborales*, nº 17, mayo-junio 2003, p. 356.

⁴⁸³ El Consejo de Mercado Interior, del que pasó a depender la aprobación del proyecto de SE desde 1991, logró en noviembre de 1992 un consenso en cuanto al requisito mínimo de capital social (de 120.000 ecus, frente a los 100.000 de la propuesta de 1989), y sobre las reglas sobre quórum y mayorías en la toma de decisiones. También se avanzaron posiciones, aunque sin lograr un consenso, en cuanto a las formas de acceso a la SE, el principio de no discriminación de la SE con las sociedades anónimas nacionales, y la protección de los accionistas minoritarios. Por otra parte, las Directivas 90/434/CEE, sobre régimen fiscal de operaciones transnacionales de fusión, escisión y aportación de activos y 90/435/CEE, sobre régimen fiscal de sociedades matrices y filiales situadas en distintos Estados miembros, contribuyen a allanar el terreno en materia fiscal.

el apoyo de “*La Mesa Redonda de los industriales europeos*”⁴⁸⁴, quien también apoyaba, desde 1989, la reanudación de los debates en torno a la SE. Seguidamente, Lord Simon, Vicepresidente de BP en la época de dicha campaña, iba a contribuir de manera significativa al progreso de los debates en su calidad de Presidente del Consejo del Mercado interior (bajo Presidencia británica en 1998). Todas estas personalidades e instancias empresariales hacían hincapié en su visión de la SE: una única sociedad operando por medio de compañías en los distintos Estados miembros con un único balance anual, una única declaración fiscal, dentro de un único marco jurídico y con asalariados europeos. Según ellos, tal Sociedad Europea iba a facilitar la cooperación transnacional (por ejemplo, las redes transeuropeas); iba a permitir ejercer la dirección de la empresa a nivel de la Unión; a desarrollar una cultura europea entre las empresas que cuentan con una organización paneuropea; a mejorar la competitividad a través de economías de escala en la Unión; a simplificar la estructura de los grupos y facilitar su reestructuración para adaptarla al Mercado europeo; a permitir a las PYME instalarse en otros Estados miembros; y, por último, a mejorar la productividad y la competitividad de la industria europea.

Por otro lado, las instancias empresariales no eran las únicas que se manifestaban a favor de la Sociedad Europea, sino que organizaciones de trabajadores como la Unión de Confederaciones de la Industria y los Trabajadores de Europa también manifiestan expresamente su predisposición favorable a la aprobación de una Sociedad Anónima Europea en la se garantizase un cierto nivel de participación para los trabajadores.

Aprovechando la oportunidad que la Directiva CEU ofrecía, ya que la identidad del elemento transnacional existente entre las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria y la *Societas Europaea* abría la posibilidad de exportar el diseño configurado por la Directiva 94/45 al ámbito de la SE, y el creciente clima favorable manifestado por sectores de empresarios y trabajadores, la Comisión vuelve a retomar el proyecto en junio de 1995 con el llamado “*Informe Ciampi*”⁴⁸⁵, creado por el Grupo de Trabajo sobre Competitividad reunido por la Comisión y, sobre todo, a finales de dicho año, al elaborar una Comunicación en materia de información y consulta de los trabajadores en la que

⁴⁸⁴ La “*Round Table of European Industrialists*” fue creada en 1983. Giovanni Agnelli y Ambroise eran sus consejeros en 1989. Reagrupa a 40 grandes dirigentes de empresas industriales con el objetivo expreso de reforzar la economía europea e incrementar su competitividad.

⁴⁸⁵ Vid. en particular el “*Competitiveness Advisory Group*” de junio 1995, “Informe Ciampi”-First Report to the President of the Commission, the Prime Ministers and Head of State, pág. 9. En dicho informe se decía claramente que el mercado interior no podría lograrse hasta que las sociedades no pudieran operar en el territorio de la Unión de una manera más simple y eficaz, y que un avance importante en este sentido sería la adopción de un Estatuto de SE. El informe estimaba que la SE permitiría una simplificación de las estructuras y una dimensión de los costes derivados de una compleja estructura societaria. El Grupo presidido por Carlo Ciampi consideraba que el Mercado interior no se realizaría mientras las sociedades no pudieran operar en la Unión de una manera más flexible y eficaz, y que un avance importante en este sentido sería la adopción del Estatuto de SE. Según este informe, la SE iba a permitir a las pequeñas, medianas y grandes empresas desarrollar sus actividades en el conjunto de la Unión Europea, mejorar las economías de escala, y aumentar la flexibilidad y la rapidez del proceso de toma de decisiones en vez de tener que operar por medio de una red compleja y costosa de filiales sujetas a los derechos de los distintos Estados miembros. El análisis de la relación coste-beneficio dependería de su tamaño, del grado de centralización de sus actividades, así como del número de sus operaciones a nivel nacional. Las ganancias obtenidas por una gran sociedad, con holding a nivel nacional, con numerosas entidades jurídicas y actividades comerciales más allá de sus fronteras, serían sustanciales. El Informe estimaba que dichas ganancias potenciales podrían ser incluso del orden de 30 mil millones de Ecus cada año.

sugiere dicha traslación como modo de superar las diferencias de posturas e intereses existentes entre los Estados miembros⁴⁸⁶, y en donde la Comisión hace explícito su deseo de que la SE recorriera el camino trazado por la Directiva 94/45/CE⁴⁸⁷. En noviembre de 1995, a través de dicha Comunicación, la Comisión se hacía eco de todos estos llamamientos para la creación de una SE⁴⁸⁸. La importancia del Estatuto de SE para la realización del Mercado interior era reconocida como decisiva en el informe redactado para la Cumbre Europea de Cannes por el Grupo Consultivo sobre la Competitividad, presidido por Ciampi.

Entre las consideraciones que se hacían al respecto en esos momentos se destacaba que el Estatuto de SE ofrecería a las sociedades reguladas por las leyes de los distintos Estados miembros un medio de reestructurarse de una manera que correspondiera perfectamente a las realidades comerciales del Mercado Único. Este instrumento evitaría la necesidad de una red compleja de filiales reguladas por distintas leyes nacionales, lo que reducirá, además, de manera significativa los costes administrativos. El Estatuto de SE permitirá a las sociedades con intereses comerciales en más de un Estado miembro desplazarse en la Comunidad, más allá de las fronteras nacionales, según las necesidades de sus asuntos, sin tener que someterse a los procedimientos complejos y costosos de su disolución en el Estado de origen, ni a la constitución o reconstitución en el Estado en el cual deseen instalarse. Ninguna de estas ventajas era posible conforme a las leyes nacionales vigentes en dicho momento. El Estatuto de SE permitiría atraer los capitales privados necesarios para la realización de las grandes redes transeuropeas, tales como las del sector transporte, tan importantes para la plena integración de la economía europea.

La rápida aprobación del Estatuto S.E. aparecía así como una necesidad para responder a la demanda formulada tanto por las grandes empresas, deseosas de mejorar su competitividad y su eficacia, como por la Unión de Confederaciones de la Industria y de los Empresarios de Europa, que pusieron a la SE entre las primeras de la lista de prioridades que sometieron a la Comisión.

Pero ante la falta de aceptación de la propuesta por algunas instancias comunitarias⁴⁸⁹, así como de aquellos países con fórmulas de participación más intensas - la idea de resolver el problema de la implicación de los trabajadores en la SE únicamente mediante la aplicación a todas las SE de la Directiva relativa a los Comités de Empresa Europea fue bien acogida por los países “no participación”, mientras que los demás Estados miembros manifestaron sus reservas a semejante solución-, y dentro de un contexto de mayor toma de conciencia de la especificidad de las situaciones transnacionales en el proceso normativo comunitario se constituye en 1996, de nuevo a instancias de la Comisión, el Grupo de Expertos “European System Workers”⁴⁹⁰, bajo la

⁴⁸⁶ COM (95) 547 final de 14 -12-1995.

⁴⁸⁷ La prueba evidente del cierto éxito de la Directiva CEU se constata en el hecho de que a finales de 1999 más de 650 multinacionales habían ya negociado acuerdos para constituir comités de empresa europeos.

⁴⁸⁸ *Analysis of Replies to Commission Consultation Paper on Company Law* (XV/6013/97), punto 1(a).

⁴⁸⁹ Vid. Dictamen del CES sobre la Comunicación de la Comisión en DOCE C 212, de 22-7-1996.

⁴⁹⁰ Dicho Grupo de Expertos contaba entre sus miembros, además de los funcionarios de la Comisión encargados del Reglamento y de la Directiva -procedentes de las Direcciones Generales de Mercado Interior y Empleo y Asuntos Sociales, respectivamente-, con representantes de organizaciones sindicales europeas,

dirección del Vizconde Etienne Davignon, antiguo Vicepresidente de la Comisión y Presidente de la Sociedad General de Bélgica, cuyas propuestas, recogidas en el correspondiente Informe de mayo de 1997⁴⁹¹, van a constituir el antecedente más importante del sistema que en la actualidad recoge la Directiva SE. Según este informe, “*más todavía que en los primeros proyectos, el interés que podría presentar la constitución de SE, se muestra hoy, de forma aún más clara, debido particularmente:*

- a la realización de un mercado interior;
- a la inminencia de la creación de la Unión económica y monetaria;
- a la profundización del proceso de internacionalización y concentración de las empresas, asociado a una mayor competitividad para la búsqueda de capital;
- al desfase creciente entre la realidad económica y la realidad jurídica de las sociedades de dimensión europea, y a la complejidad, particularmente en materia de fiscalidad y de estructuras de decisión que resulta de todo ello”⁴⁹².

Sin embargo, el Grupo de Expertos, después de analizar los distintos sistemas nacionales de participación existentes en los diferentes Estados miembros de la Unión, llega a la conclusión de que son más las diferencias que los separan que las similitudes que los unen y que no es posible establecer un modelo válido de comparación para determinar cuál es el más adecuado⁴⁹³.

como la Confederación europea de sindicatos o UNICE. Así, bajo la Presidencia de Etienne Davignon, se reunían un grupo de miembros integrados por Erns Breit, antiguo Presidente de la Confederación Sindical Alemana DGB y de la Confederación Europea de Sindicatos; Evelyn Pichot, asesora en materia de relaciones sociales europeas e informadora de los trabajos del Grupo de Expertos; Silvana Sciarra, profesora especialista en Derecho Comparado y Derecho Social Europeo en la Universidad de Florencia y en el Instituto Universitario Europeo; Rolf Thüsing, miembro del Comité Ejecutivo de la Confederación de Empresarios Alemanes (BDA) y Vicepresidente de la Comisión de Asuntos Sociales de Unice y, por último, Alain Viandier, profesor especializado en derecho de sociedades en la Facultad de Derecho de la Universidad de París V. El secretariado del Grupo correspondía a Fernando Vasquez, Funcionario de la Comisión Europea.

⁴⁹¹ Grupo de expertos “*European System of workers involvement (with regard to the European Company Statute and the other pending proposals)*”, Rapport final, Commission Européenne, Unité vV/D.2. Mayo 1997.

⁴⁹² Punto 14 del Informe Davignon, página 1.

⁴⁹³ En el inicio del Informe, el Grupo Davignon reconoce las dificultades ante las que se encuentra y la trascendencia de su misión:

“Los debates que se han producido desde 1970 en el seno de las Instituciones de la Unión Europea respecto al proyecto de Estatuto de la Sociedad Europea han estado marcados por las dificultades inherentes a cualquier intento de crear una entidad nueva, de Derecho Comunitario, distinta y que se añada a las entidades similares previstas en los derechos nacionales.

A pesar del interés innegable que esa creación presentaba para las empresas europeas deseosas de adaptar su estructura a la dimensión cada vez más transnacional de sus actividades, los debates se han eternizado en torno a la naturaleza específicamente comunitaria de las normas que debían regir este tipo de sociedad.

En este contexto, los principales obstáculos relacionados con el derecho de sociedades han podido ser resueltos, a menudo mediante el recurso a remisiones a los Derechos nacionales. No obstante, este método no ha resultado viable en lo que se refiere al principal elemento de controversia, relativo al sistema de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea.

En efecto, sobre este punto preciso, las discusiones registradas en el marco de la Propuesta de Estatuto de Sociedad Europea han estado y siguen estando aun hoy subordinadas a las condiciones y los límites a los que a tenido que hacer frente la Unión Europea a la hora de establecer a escala comunitaria normas en materia de información, consulta y participación de los trabajadores.

El Grupo Davignon decide entonces casi comenzar desde el principio, haciendo tabla rasa de los sucesivos proyectos esbozados hasta ese momento, empezando a construir de nuevo sobre la base de dos grandes pilares:

- En primer lugar, decide aprender de los fracasos de experiencias anteriores. Ello supone desechar la idea de un modelo estatutario único, rígido y predefinido, concebido al margen de los derechos nacionales (Propuestas de 1970 y 1975), pero les lleva también a rechazar la adopción de un modelo de referencia dejado a la libre elección de los Estados miembros o de los interlocutores sociales e impuesto para la representación y participación de los trabajadores en la Sociedad Europea (Propuestas de 1989 y 1991). La diversidad de los sistemas de implicación existentes en los diferentes países europeos y la especificidad de los sistemas de participación obligaban a descartar la armonización general de este ámbito. Partiendo de esta heterogeneidad de regulaciones, el grupo consideró que la mejor solución para definir las modalidades de implicación de los trabajadores en el marco de la SE debía ser por la vía de la **negociación** y de la **flexibilidad** requerida por la diversidad y originalidad de las empresas transnacionales, teniéndose en cuenta las diferencias de cultura y de situaciones de cada Estado miembro y de cada empresa. En el propio Informe se anima a los representantes de la empresa y los trabajadores a negociar para crear acuerdos de participación a la medida, ad hoc, para cada SE “sobre la base de la libertad total de las partes y la ausencia de cualquier imposición de mínimos”. La negociación de las partes implicadas se sitúa como centro del sistema. A falta de acuerdo, se aplicarían unas normas de referencia en materia de información y consulta y también de participación, a fin de lograr el deseado equilibrio entre las partes “de manera que cada una de ellas pueda determinar sus intereses, pero sin que ninguna pueda crear obstáculos innecesarios a la creación de la SE”⁴⁹⁴.

De forma general, la Unión Europea ha podido superar las divergencias entre los Estados miembros en cuanto a la información y consulta de los trabajadores. El Derecho Comunitario establece hoy una serie de disposiciones en este campo que son ampliamente consensuales. En cambio, la simple mención a normas en materia de participación de los trabajadores en los órganos sociales, incluso en el marco de instrumentos de uso facultativo como lo es el Estatuto de la Sociedad Europea, no ha podido hasta ahora lograr la mayoría precisa en el seno del Consejo.

En efecto, es paradójicamente en el contexto de instrumentos opcionales como el Estatuto de la Sociedad Europea donde la necesidad de este tipo de normas ha sido afirmado con más fuerza por los Estados que cuentan con sistemas de participación dado que estos temen un debilitamiento de sus sistemas a partir del momento en el que un nuevo tipo de sociedad exento de tales dispositivos fuese puesto a disposición de las empresas.

A pesar de los esfuerzos realizados para acercar las posiciones de unos y otros se ha llegado a una situación de bloqueo.

Más recientemente, la nueva ronda de discusiones abierta por la Comunicación de la Comisión de 14 de noviembre de 1995 ha puesto de manifiesto, una vez más, la necesidad de superar este conflicto y de volver a estudiar la cuestión de la implicación de los asalariados en la sociedad europea desde un punto de vista renovado. Los trabajos del grupo de expertos entran en un nuevo marco”.

⁴⁹⁴ Las conclusiones del “Informe Davignon” son ilustrativas de lo anteriormente expuesto. Después de “haber concentrado su atención sobre las vías de reflexión claramente identificadas, cuya utilidad el grupo intuye”, las conclusiones fueron las siguientes y su importancia es tal que conviene citarlas “in extenso”: “El grupo quedó asombrado por la diversidad de los modelos nacionales de información, de consulta y de participación de los trabajadores. Estas diferencias son representativas de realidades y culturas difíciles de armonizar. Por lo tanto, elegimos un enfoque diferente susceptible de superar este importante obstáculo. Se dió, pues, prioridad a la primacía de una solución negociada adaptada a las diferencias de cultura, y que tuviese en cuenta la diversidad de las situaciones. Se hacen algunas propuestas concretas sobre la organización de la negociación susceptible de conseguir, en plazos coherentes, el establecimiento de la nueva sociedad. Los procedimientos de negociación se equilibran de manera que permitan a cada parte

Resumiendo, el Informe Davignon promovía la formalización de acuerdos “a medida” para cada SE, en el marco de una total libertad concedida a las partes y en ausencia de toda condición mínima. A falta de acuerdo, unas disposiciones subsidiarias obligatorias, llamadas “de referencia”, se aplicaban en relación a la información, a la consulta y, asimismo, a la participación y representación de los asalariados, la cual debería alcanzar 1/5 de los miembros (y en todo caso, 2 miembros) del Consejo de Administración o de Vigilancia, según el principio “mismos derechos-mismos deberes”, debiendo ser todos los miembros de esta procedencia “*responsables de la misma manera en la toma de decisiones*”⁴⁹⁵.

Las reacciones acerca de esta “*participación obligatoria*” fueron globalmente negativas:

De un lado, los 7 Estados “participantes”, tal como Alemania, estimaban esta representación demasiado minoritaria con relación a su propio sistema.

De otro, los 8 Estados “no participantes” consideraban injustificado tener que integrar en cada SE un sistema ajeno a sus tradiciones.

- En segundo lugar, se asienta la protección de los derechos adquiridos de los trabajadores en materia de implicación en las decisiones de la empresa, que fue elevada a la categoría de principio fundamental, con la finalidad de evitar que los fundadores de la SE tuvieran la tentación de constituirla con el objetivo de suprimir a los trabajadores de una sociedad hasta entonces nacional los derechos adquiridos por ellos en relación con la participación en la gestión de la empresa. Este principio de conservación de los derechos adquiridos, que fue denominado “*antes-después*”, introdujo un alto grado de sofisticación en los textos, con la finalidad de tomar en consideración las diferentes formas de constitución de las sociedades europeas.

Visto desde una perspectiva evolutiva, el informe Davignon supone un cambio cualitativo no ya sólo en el método utilizado para la implantación de las vías de implicación de los trabajadores en la SE⁴⁹⁶, sino en su regulación sustantiva, que opta por un contenido

poder determinar lo que es su interés, sin que ninguna de ellas suponga un obstáculo para la creación de una sociedad europea. Para lograr este objetivo, el grupo fijó normas de referencia que se aplicarían sólo en caso de que la negociación no llegase a buen fin. Estas normas de referencia atañen a la información y la consulta por una parte, y por otra, a la participación de los asalariados en el consejo de administración o en el consejo de vigilancia, según el caso. Esta última disposición nos pareció necesaria a fin de tener en cuenta el hecho de que algunas legislaciones nacionales prevén este derecho para los asalariados, y que por tanto, no sería conveniente descartarlo, ya que se trata de crear una Sociedad europea. Esta propuesta obviamente no se habría hecho si el estatuto de sociedad de derecho europeo no fuera opcional. La vía que abrimos es, pues, la de una negociación de buena fe entre las partes interesadas para determinar, sin exigencias mínimas, lo más conveniente en cada caso. De este modo, la sociedad de derecho europeo aportaría un nuevo recurso jurídico, coherente con la existencia de un verdadero mercado interior”.

⁴⁹⁵ Puntos 83 y 88 del Informe Davignon, página 9.

⁴⁹⁶ El Informe recomienda reservar la noción de participación sólo para referirse a “la presencia de representantes de los trabajadores en los órganos de decisión o de vigilancia de la sociedad”, mientras que el término implicación podría emplearse de manera mucho más general a “las distintas modalidades de intervención de los representantes de los trabajadores en la toma de decisiones de las empresas” (Anexo II).

minimalista y pragmático. La práctica remisión efectuada a la negociación colectiva a la hora de definir los modos de implicación, la desaparición en las normas de referencia de la “participación a través de un órgano de representación”, y la reducción a la baja en esas mismas normas de referencia (que deben ser aplicadas en caso de falta de acuerdo en la vía negocial) de la representación de los trabajadores en los órganos societarios, son un claro ejemplo de tal afirmación; incluso la modalidad fuerte de participación “no pasa de ser concebida como una representación para la información y la consulta, en lugar de cómo una representación para la codeterminación”⁴⁹⁷.

En términos evolutivos, el informe del Grupo Davignon supone también un gran avance en el allanamiento de los obstáculos al proponer una organización de los derechos de representación de los trabajadores en la nueva Sociedad Europea basada prioritariamente en la negociación colectiva y articulada sobre un principio, el principio de conservación de los derechos adquiridos -el denominado “*principio antes-después*”-, que viene a suponer una garantía para el mantenimiento por parte de los trabajadores de sus derechos de participación o representación adquiridos antes de la constitución de la Sociedad Europea sin obligar a sus fundadores a establecer después de tal constitución sistemas de participación de los trabajadores más intensos que aquellos anteriores, pero sí, por tanto, al menos, a respetar éstos. Si se produjera un fracaso de las negociaciones se aplicarían subsidiariamente las disposiciones de referencia, que deben ser objeto de transposición por los Estados miembros a su respectivo derecho interno, reconociendo a los trabajadores derechos de información o consulta y de participación en el Consejo de Administración o en el Consejo de Vigilancia de las SE; aspecto este último que será el que más controversia seguirá generando entre los Estados miembros⁴⁹⁸.

El informe del Grupo Davignon tendrá el efecto de relanzar de nuevo en las instancias comunitarias el proyecto de creación de la SE y la reanudación de los debates sobre la participación de los trabajadores en la misma, aunque no solucionará de modo inmediato las tradicionales disputas existentes en torno a la implicación de los trabajadores: mientras que los países de la “*participación*” estiman que la presencia de los trabajadores en los órganos societarios propuesta por el informe rebaja manifiestamente el nivel de representación existente en sus sistemas jurídicos, los países del área de la “*no participación*” se oponen a la obligación de integración de trabajadores en la estructura de toda SE, incluso por la vía subsidiaria de las normas de referencia⁴⁹⁹, ya que el Grupo Davignon proponía que toda SE que no hubiera logrado formalizar un acuerdo, tras el proceso de negociación con los representantes de los trabajadores de las entidades fundadoras, debía regirse por un sistema de participación uniforme en el que una quinta parte de los miembros del Consejo de Administración (en los sistemas monistas) o del Consejo de Vigilancia o Control (en los sistemas dualistas) debía de ser elegida o nombrada por los trabajadores de la Sociedad Europea.

⁴⁹⁷ G. ARRIGO: *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Ed. Giufre, 1998, p. 16.

⁴⁹⁸ Cfr. E. PICHOT: *Preliminary draft report in the Group of Experts on European System of Workers Involvement (with regards to the European Company Statute and the other pending proposals)*, 15 de abril de 1997.

⁴⁹⁹ F. VALDÉS DAL- RÉ: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*, op. cit. p. 11.

El proyecto de Directiva del grupo de trabajo Davignon fue propuesto a los Estados miembros, pero a pesar del avance que supuso no logró desbloquear en su totalidad los obstáculos que impedían la constitución de la SE, al imponer la participación en las “disposiciones de referencia”, lo cual aún suscitaba fuertes controversias, especialmente en el Reino Unido que consideraba como inaceptable dicha imposición.

Los miembros de la Unión continuaban divididos y la regla de la unanimidad permitió crear una minoría de bloqueo. Las asociaciones de trabajadores tampoco manifestaban una posición uniforme: algunas como UNICE, se mostraban contrarias a la incorporación de cualquier norma de aplicación imperativa, incluso aunque sólo fuera por medio de las disposiciones de referencia; otras como ETUC, estaban por el contrario a favor del establecimiento de disposiciones que articularan incluso legalmente un sistema uniforme de implicación de los trabajadores.

Después de sortear todavía algunos obstáculos, la adopción de la SE pudo realizarse finalmente en el Consejo Europeo de Niza (7-9 de diciembre de 2000), tras la adopción de un acuerdo político que permitió desbloquear la Propuesta de Directiva que completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

Pero, entre la publicación del Informe Davignon y la aprobación definitiva del Estatuto S.E., habrán de transcurrir aún cuatro años y medio en los que se van dando sucesivos pasos para ello.

Bajo la presidencia luxemburguesa de 1997 se elabora el documento “*Fórmula de transacción sobre la propuesta de Directiva que completa el Estatuto de la Sociedad Europea en lo que respecta a la participación de los trabajadores*”⁵⁰⁰, que con ciertas adaptaciones hace propias las recomendaciones del grupo Davignon.

Por su parte, bajo la subsiguiente presidencia británica de 1998, con Lord Simon a la cabeza se produce un significativo avance al proponer un compromiso que implicaba extender el principio “*antes-después*” también a la aplicación de las disposiciones subsidiarias de referencia, desencadenadas por el fracaso de la vía negociada. De este modo, disminuía el temor de algunos países a la aplicación, aún por vía subsidiaria, de sistemas no pactados, lo que contribuiría a despejar el panorama aunque aún con ciertas resistencias, ya minoritarias, sobre el juego de las susodichas normas de referencia. El reconocimiento de derechos de participación en las SE quedaba de esta manera subordinado a su previa existencia en las sociedades fundacionales, cuando el Grupo Davignon, sin embargo, había reclamado un importante esfuerzo a los Estados miembros que no reconocían la participación de los trabajadores en los órganos societarios, con el fin de evitar discriminaciones entre las distintas sociedades interesadas en crear una SE y que no se produjese una reducción de la negociación como opción prioritaria en el proceso de dicha creación⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ Doc. 10020/97 SOC 191 SE 1, de 18-6-1997.

⁵⁰¹ Recuérdese que el Grupo Davignon se mostraba claramente partidario de conseguir una armonización de los derechos de participación en el modelo de implicación subsidiario o de referencia, para lo cual propugnaba que se atribuyera a los representantes de los trabajadores un quinto de los puestos de los Consejos de

A partir de ahora, y de acuerdo con el renombrado principio, si no había un modelo de participación de los trabajadores establecido antes de constituir la SE, no había motivos para organizarlo en la SE. En contrapartida, si existía antes de esta constitución, iba a ser necesario organizarlo en la SE según las prácticas nacionales más avanzadas para preservar los derechos adquiridos de estos asalariados.

Quedaba por fijar el porcentaje de asalariados que se requeriría para aplicar el sistema de participación al conjunto de la SE. La norma de la mayoría de los asalariados condujo al acuerdo de los 15 en caso de SE holding o filial común, puesto que las sociedades participantes iban a sobrevivir a esta operación y seguir estando sometidas a su sistema según el Derecho nacional aplicable: no habría, pues, pérdida de sus derechos adquiridos. Sin embargo, el bloqueo fue total en el caso de la fusión:

1) Alemania consideraba que la desaparición de las sociedades que se fusionaban para constituir la SE imponía una protección reforzada de los asalariados implicados (y en consecuencia, un umbral más bajo) puesto que estos últimos iban a perder sus derechos. Alemania fue apoyada por los seis Estados restantes con “participación” (Dinamarca, Suecia, Finlandia, los Países Bajos, Luxemburgo, Austria).

2) España, respaldada al principio por algunos Estados, entre ellos Francia, consideraba, por el contrario, que era inaceptable que una minoría de asalariados impusiera su sistema a la mayoría.

Durante la presidencia austriaca del segundo semestre de 1998 todos los Estados miembros de la Unión menos España obtienen un acuerdo de principio sobre el régimen de participación aplicable en caso de constitución de una SE por medio de fusión, quizás el principal obstáculo que quedaba aún, manteniendo España una posición contraria al seguir considerando como inaceptable que una minoría de trabajadores pudiera imponer su sistema de participación anterior a la constitución de la SE tras dicha constitución, cuando ésta se había producido por fusión.

El 2 de diciembre de 1998 catorce Estados se pusieron de acuerdo con un límite máximo del 25% en caso de fusión, pero España iba a bloquear todo el asunto durante dos años. No obstante, el Ministro alemán Walter Riester había destacado que, si no se tomaba una decisión rápidamente, las fusiones iban a multiplicarse “*con sus propias normas*”, y que se estaba demasiado cerca de un acuerdo para correr el riesgo de verse superados por los acontecimientos. España se mantendría en su posición hasta el Consejo Europeo de Niza del 7-8 de diciembre de 2000.

Posteriormente, en el año 1999, ya bajo la presidencia alemana, se publica la Propuesta de Directiva sobre la implicación de los trabajadores en la SE⁵⁰². Pero España seguirá oponiéndose a este acuerdo, hasta que en la Cumbre de Niza celebrada en diciembre de 2000, el Consejo ofrece una solución de compromiso, consistente en otorgar a los Estados

Administración o de los Consejo de Vigilancia, con un mínimo de dos miembros, e igualdad de derechos y deberes con los demás consejeros.

⁵⁰² Propuesta de Directiva sobre la implicación de los trabajadores en la SE. Propuesta de acuerdo político presentada por la presidencia alemana (Doc. 8194/1999 SOC 175 SE 5, de 12 de mayo de 1999).

miembros “la facultad de incorporar o no a su derecho nacional las disposiciones de referencia sobre participación aplicables a las sociedades europeas constituidas mediante fusión”, con la denominada cláusula del “opting-out”⁵⁰³, que despejaba los recelos del Estado Español en tales supuestos de fusión.

Finalmente, en el Consejo de Ministros de la Unión Europea, el 20 de diciembre de 2000, dirigido por Elisabeth Guigou, una vez alcanzada la unanimidad de sus miembros, al manifestar su conformidad el Estado Español, se aprobó la Propuesta de Reglamento y la Propuesta de Directiva; unanimidad requerida por el procedimiento institucional tanto para el Reglamento como para la Directiva por el artículo 308 del Tratado CE (antiguo artículo 235), que se utiliza ahora como fundamento unitario de los dos textos normativos.

En febrero de 2001 (Reglamento) y en marzo de 2001 (Directiva) se enviaron de nuevo los textos al Parlamento Europeo, habida cuenta del cambio de base jurídica y de las importantes modificaciones acaecidas respecto a la anterior consulta, sobre todo en materia de implicación de los trabajadores. Aunque en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, y en la de Empleo y Asuntos Sociales⁵⁰⁴, se sugirieron algunas modificaciones y se reivindicó una intervención mayor del Parlamento en el proceso de decisión⁵⁰⁵, los textos definitivos fueron aprobados sin aceptar ya modificación alguna por el Consejo de Ministros el 8 de octubre de 2001⁵⁰⁶.

- El Consejo Europeo de Niza.

El Consejo Europeo de Niza hubo de “*congratularse por el acuerdo logrado respecto de la vertiente social de la sociedad europea*” y señalar, que “*este acuerdo que contempla la diversidad de las situaciones en los Estados miembros en materia de relaciones sociales, permitirá a los Estados miembros transponer o no las normas de referencia relativas a la participación, aplicables a las sociedades europeas constituidas por fusión en su Derecho nacional. Para que una sociedad europea pueda ser registrada en un Estado miembro que no haya incorporado estas disposiciones de referencia, es necesario que, previamente, se haya concluido un acuerdo acerca de las modalidades relativas a la implicación de los trabajadores, incluida la participación; o que ninguna de*

⁵⁰³ Consensuada políticamente en el punto 22 de las Conclusiones de la Cumbre de Niza, que otorga a los Estados miembros la facultad de incorporar o no a su derecho nacional las disposiciones de referencia sobre participación de los trabajadores en caso de fusión y que, posteriormente, se recogerá normativamente en la Directiva 2001/86/CE, sobre implicación de los trabajadores en la SE.

⁵⁰⁴ Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior del Parlamento Europeo sobre el Reglamento de Sociedad Europea, Doc. de Sesión 1999-2004, A5-0243/2001, e Informe de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales sobre la Directiva sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea, Doc. de sesión del Parlamento Europeo 1994-2004, A5-0231/2001 y Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre el Reglamento y la Directiva, de 4 de septiembre de 2001.

⁵⁰⁵ El Informe recomienda reservar la noción de “*participación*” sólo para referirse a “la presencia de representantes de los trabajadores en los órganos de decisión o de vigilancia de la sociedad”, mientras que el término “*implicación*” podría emplearse de manera mucho más general a “las distintas modalidades de intervención de los representantes de los trabajadores en la toma de decisiones de las empresas” (Anexo II).

⁵⁰⁶ DO L 294 de 10 de noviembre de 2001.

las sociedades participantes estuviere regida por normas de participación antes del registro como tal de la sociedad europea”.

Sobre esta base, el Consejo Europeo se propondrá “ultimar”, antes de que finalice el año 2000, los textos por los que se permite la creación del Estatuto de la Sociedad Europea.

El 20 de diciembre de 2000, Elizabeth Guigou convocó un Consejo especial. De este modo, los dos textos de Reglamento y Directiva pudieron ser “ultimados” en uno de los Consejos más cortos de la historia, y después de una de las gestaciones más largas. Todas las delegaciones se felicitaron por este evento, calificado de “*histórico*”.

La Sra. Diamantopoulou (Comisaria para Asuntos Sociales y Empleo) celebró el respeto de las tradiciones nacionales acerca de la participación de los trabajadores y consideró que la coexistencia entre los principios económicos y sociales se confirmaba de nuevo en este tema, que representaba para la Comisión una de las diez prioridades más importantes en la realización del Mercado interior.

Efectivamente, este acuerdo consagraba la siguiente conclusión del Informe Davignon: “prioridad a la primacía de una solución negociada adaptada a las diferencias de cultura y asumiendo la diversidad de las situaciones”. Pero, esta conclusión, válida para el acuerdo negociado con total libertad, se extendía también, en Niza, a las disposiciones vinculantes estipuladas, en ausencia de acuerdo, en materia de participación en caso de fusión. En contrapartida, el Estado miembro que alegase esta “*diversidad de situaciones en los Estados miembros referente a las relaciones sociales*” para no transponer las disposiciones de referencia en caso de fusión, no podría registrar en su territorio una SE que no protegiese a sus asalariados en tal supuesto.

El texto actual del Reglamento contiene 70 artículos. Las versiones de 1970 y 1975 contenían cerca de 300: el nuevo Estatuto ha ganado indiscutiblemente en flexibilidad y simplicidad. Se eliminaron las dificultades que constituían los derechos de los grupos obligatorios (incluso hoy día, sólo incorporadas al derecho alemán y portugués) y la participación obligatoria en los órganos de la sociedad (que sólo siete Estados miembros tenían introducida siguiendo modelos generalmente minoritarios, con exclusión del modelo paritario alemán), así como la obligación de optar por un sistema dualista, que muy pocos Estados consagraban en su legislación.

El nuevo Estatuto ha ganado también en una mayor apertura, particularmente en favor de las PYME: el capital mínimo requerido en 1970 era importante en caso de fusión: 50.000 Ecus, reducidos a 25.000 en la versión de 1975. Ahora, sólo representa 120.000 euros, una suma al alcance de la mayoría de las empresas que deseen desarrollar una actividad transfronteriza. El acceso se permite incluso a las sociedades extranjeras que mantengan fuera de la Unión Europea su administración central, sus centros de decisiones estratégicos, a condición de que estén registradas en un Estado miembro y tengan “un vínculo efectivo y continuado con la economía de un Estado miembro”. Es decir, un simple establecimiento en la Unión. El nuevo Estatuto ha ganado también en apertura por que autoriza la transformación en SE de una sociedad nacional que pueda probar su carácter europeo a través de una filial que opere desde hace al menos dos años en otro Estado miembro.

El contenido actual de la Directiva también se flexibilizó a fin de tener en cuenta la diversidad de las tradiciones nacionales. Incluso se autoriza a un Estado a no trasladar a su legislación las disposiciones acerca de la participación de los asalariados en caso de fusión, si prefiriese renunciar al derecho a registrar una SE en vez de afianzar en su ley el derecho de una minoría a imponer su modelo de participación a una mayoría de los asalariados de esta SE. Unos acuerdos “a medida” acordados con plena autonomía de las partes que respeten la cultura de la empresa y creen un espíritu de cuerpo entre estos “asalariados europeos”, son asimismo, otra prueba de esta nueva flexibilidad.

En ausencia de acuerdo, las normas de referencia también contemplan las diferentes tradiciones nacionales. De este modo, el objetivo de la Directiva no consiste tanto en exportar la participación allí donde no exista, sino en preservar los derechos de participación adquiridos por los asalariados según el principio “*antes-después*” descrito en el Considerando nº 17.

El nuevo Estatuto ha ganado también en atractivo: numerosos grupos manifiestan actualmente su interés por la SE. Tales grupos hacen hincapié en el hecho de que la simplificación de la estructura de los mismos dará más comprensibilidad a los mercados financieros y ofrecerá a las SE una mayor repercusión en la escena europea e internacional. Consideran igualmente que la constitución de SE permitirá a algunas empresas, además de reforzarlas, no tener que sufrir OPAs hostiles. Asimismo, estiman que la SE les proporcionará importantes economías de escala e incrementos aún más significativos de la productividad.

Todas estas cuestiones, y aun otras distintas referidas al régimen jurídico de la Sociedad Europea y en especial al de la implicación de los trabajadores en dicha SE, constituyen la Parte II de esta Tesis doctoral y serán objeto de un exhaustivo análisis en su momento.

Antes de entrar en el mismo, analizaremos con cierto grado de detalle dentro de esta Primera Parte de la Tesis doctoral, dos mecanismos jurídicos distintos, pero que guardan una evidente relación con la Sociedad Europea y una íntima conexión con la problemática general de la participación de los trabajadores en la empresa a nivel comunitario, como son la Propuesta de Vª Directiva, con sus correspondientes modificaciones (Capítulo III de esta Tesis), y la figura del Comité de Empresa Europeo (Capítulo IV).

CAPÍTULO III. “LA PROPUESTA DE Vª DIRECTIVA SOBRE ESTRUCTURA Y ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA”.

3.1. INTRODUCCIÓN

Los distintos proyectos comunitarios que en las últimas décadas se han articulado en materia de derecho de sociedades han gravitado en torno a dos grandes ejes: por un lado, a través de la creación de un tipo societario específico de dimensión europea, la Sociedad Anónima Europea, que dotada de un Estatuto propio gozase de una regulación única no sujeta al derecho nacional de cada Estado y, por otro, la realización de una labor de armonización de la legislación interna de cada país de la Unión Europea en materia de sociedades en pos de la realización, entre otros objetivos, del mercado interior. Esta última labor ha dado lugar al denominado “Derecho Europeo de Sociedades”, expresión con la que se intenta hacer referencia al conjunto de normas y, en ocasiones, simples propuestas de reglamentación, dirigidas a armonizar las legislaciones nacionales en materia societaria. El proceso de aproximación y armonización legislativa entre los distintos Estados miembros de la Comunidad Europea en materia de sociedades resultaba fundamental para superar los obstáculos existentes en las relaciones comerciales, para garantizar la efectividad del derecho de establecimiento de las empresas, para tutelar la concurrencia entre empresas en el territorio comunitario y, por último, para favorecer el fenómeno cada vez más creciente de los grupos y de las empresas multinacionales.

Las dos líneas de actuación llevadas a cabo en materia “participativa” por las instituciones comunitarias, esto es, la marcada por el Estatuto de SE, y la delineada por la Propuesta de Quinta Directiva, partían de un objetivo común, el de la previsión de la participación de los trabajadores, por medio de sus representantes, en los correspondientes órganos societarios (aunque en uno y otro caso este objetivo se intentara materializar de diferente modo); sin embargo, eran muy diferentes las perspectivas desde las cuales ambas normas se aproximaban a la realidad societaria. Mientras que la Propuesta de Estatuto de SE pretendía prioritariamente crear un nuevo modelo de sociedad con capacidad jurídica suficiente para ejercer su actividad mercantil en todo el ámbito de la Comunidad, la Propuesta de Quinta Directiva partía de un enfoque sustancialmente diverso: presentaba un modelo de sociedad anónima inserto en un contexto armonizador que obviamente tendría un mayor impacto y repercusión en los respectivos derechos nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea y que recibía frecuentemente por parte de algunos

sectores serias críticas debido a la intromisión e imposición que, sobre tales legislaciones nacionales, tal labor armonizadora podría conllevar⁵⁰⁷.

Si en el Capítulo precedente hemos dado cuenta de la evolución histórica hacia la consecución de la SE, deteniéndonos en el Proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea de 1970, con su versión modificada de 1975, y posteriormente en el de 1989, con su correspondiente modificación de 1991, conviene ahora detenernos en la segunda de las labores pretendidas por las instituciones comunitarias: la labor armonizadora del derecho societario y, en especial, en lo concerniente, dentro de este ámbito, a la participación de los trabajadores, labor que, dados los innegables obstáculos con los que se ha encontrado y con los que de hecho se sigue encontrando, parece haber quedado casi completamente paralizada en una especie de vía muerta, y eso que en su momento aparecía como la más importante tentativa a nivel comunitario de realizar una intervención armonizadora sobre la estructuras de las empresas, con el fin de favorecer el desarrollo de operaciones transnacionales en el territorio de la Comunidad Europea⁵⁰⁸.

Y es que, en torno a la década de los años 60, la Comisión Europea comprende que las significativas diferencias existentes en el derecho de sociedades de los Estados comunitarios constituían uno de los principales obstáculos para el desarrollo del mercado común europeo. Las diferentes legislaciones nacionales sobre sociedades anónimas mostraban sustanciales diferencias no sólo en relación a cómo debían ser gobernadas, sino también en quienes debían encargarse de su gobierno. En algunos de los Estados miembros, como por ejemplo Alemania, las sociedades se estructuraban por medio de un sistema dual de órganos consistente en un Consejo de Administración y un Consejo de Vigilancia, mientras que en otros Estados miembros, como por ejemplo Gran Bretaña, se mantenía un sistema monista, con un único órgano, Consejo de Administración, que comprende en su interior tanto a personas con funciones ejecutivas sobre la compañía como a personas que carecían de ellas. Otra importante diferencia existente entre los diferentes sistemas legales nacionales se derivaba del hecho de que en algunos Estados se regulaba la participación de los trabajadores en los propios órganos de la sociedad, ya fuese en un sistema monista o en uno dualista, mientras que en otros no, estando representados en la empresa de manera externa a los órganos sociales, sin una presencia directa en ellos. Por último, existían también ciertas diferencias en la responsabilidad e influencia que cada ordenamiento nacional atribuía a accionistas, directivos, representantes de los trabajadores y, en su caso, a los posibles miembros “neutrales” de los órganos de la sociedad.

Ante esta diversidad de situaciones la Comisión Europea propondría un cierto número de Directivas dirigidas a armonizar el derecho societario de los Estados miembros

⁵⁰⁷ Aún más radical era la opinión de R. NORTHRUP, D. CAMPBELL y B. SLOWINSKI, contenida en la obra “La consultation multinational entre syndicats et directions en Europe renaître-t-elle au cours des années quatre vingts?”, *RIT*, 1983, op. cit. p. 595: “la actuación de la autoridad comunitaria es considerada por los críticos como una de las formas más extremas y potencialmente contraproducentes de una forzada armonización, cuando no de eurocorporativismo”.

⁵⁰⁸ En el Considerando octavo de la Propuesta de Vª Directiva de 1983 se afirma, de hecho, que las divergencias entre las legislaciones de los Estados miembros en materia de participación de los trabajadores deben ser superadas especialmente por que “obstaculizan la aplicación de las medidas comunitarias necesarias para facilitar las operaciones transnacionales de reestructuración (...) de empresas y, en particular, la aplicación del artículo 220 del Tratado en lo relativo a las fusiones internacionales y el traslado de la sede social”.

de la Comunidad. La labor de armonización se centraría en nuestro concreto ámbito de estudio en dos textos: la Propuesta de Vª Directiva sobre estructura y órganos de la Sociedad Anónima de 9 de octubre de 1972⁵⁰⁹, y la Propuesta de 19 de agosto de 1983⁵¹⁰, que viene a modificar la anteriormente citada; textos en los que se centraron los esfuerzos comunitarios por conseguir una armonización de los derechos nacionales de sociedades en relación con la estructura interna de la sociedad anónima, sus órganos, sus modos de funcionamiento y formas de decisión, incluyéndose dentro de estos temas el relativo a la participación de los trabajadores en la sociedad anónima.

Pero la Vª Directiva no era fruto de una labor aislada si no que, como hemos señalado, se integraba dentro de todo un conjunto de Directivas, de las cuales la mayoría ya están aprobadas pero algunas otras aún no y que, pretendiendo la consabida armonización del derecho de sociedades, tienen su fundamento jurídico en el artículo 54.3.g), actual artículo 44.2.g) del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), artículo que preveía la adopción de las correspondiente medidas comunitarias con el fin de hacer equivalentes las garantías exigidas por las respectivas legislaciones internas de los Estados miembros de la Comunidad a las sociedades anónimas para así proteger los intereses tanto de socios como de terceros.

Esta labor de coordinación o armonización del derecho de sociedades aparece como una ardua labor ya iniciada a finales de los años sesenta y aún no concluida: de este modo, a partir de 1968 se llevará a cabo de manera paulatina un intento de armonización que pretende abarcar todos los aspectos relacionados con la sociedad anónima. Resultado de tales intentos son las diez Directivas ya aprobadas, al margen de otras que permanecen como meros proyectos aún no aprobados, y que en materia de derecho de sociedades comprenden aspectos tan significativos como los de la regulación de la tutela de la información societaria y su transparencia (Directivas 1ª, 4ª, 7ª y 11ª), capital (2ª Directiva), auditoría de cuentas (8ª Directiva), reestructuraciones internas (Directivas 3ª, 6ª y 12ª), y fusiones transfronterizas (10ª Directiva). Junto a estas Directivas, otras nueve Directivas vienen referidas a la regulación de los mercados de valores, mercados financieros y seguros.

⁵⁰⁹ DOCE C 131, del 13 de diciembre 1972. Puede consultarse en *Revue trimestrielle de droit européen*, 1973, núm. I, pp. 155 y ss.

⁵¹⁰ DOCE C 240, del 9 de septiembre de 1983. Asimismo, en *Rivista delle Società*, 1987, p. 261 y ss.

3.2. LA PROPUESTA DE Vª DIRECTIVA, DE 9 DE OCTUBRE DE 1972.

Al igual que las iniciales Propuestas de Estatuto de Sociedad Europea de 1970 y 1975, la primera redacción de la Propuesta de Vª Directiva, de 9 de octubre 1972⁵¹¹, establecía un sistema de participación de los trabajadores basado en un modelo de democracia industrial que respondía a la denominada “participación institucional” y que se orientaba hacia una estructura societaria “dualista”, suponiendo por ello una “continuidad desde un punto de vista histórico-político, e incluso cultural”⁵¹², con el sistema alemán de gestión del que recibía además una clara inspiración: en virtud del mismo los representantes de los trabajadores en la empresa se integrarían en el llamado “Consejo de Vigilancia” de la sociedad en proporción a un tercio de sus miembros.

Con las citadas normativas comunitarias, que respondían por tanto a una filosofía parecida con objetivos diversos y que recibían similares influencias (la propuesta inicial de Vª Directiva recogía además de las propias del sistema alemán de gestión, las derivadas del sistema holandés de “cooptación”, que también serían recogidas posteriormente en la Propuesta modificada de SE de 1975) se pretendía un claro objetivo, superar los obstáculos derivados de la diversidad de sistemas de representación de los trabajadores existentes en los diferentes Estados miembros de la Comunidad Europea.

La Propuesta de Vª Directiva estaba fundada en el artículo 54. 3.g) del Tratado C.E.E. y, referida a la “estructura de las sociedades anónimas”, fue presentada por primera vez al Consejo en 1972. Tenía su origen en los informes preparados para la Comisión por los profesores Houin y Würdinger⁵¹³, dos de los principales asesores de la Comisión Europea en materia de derecho societario a finales de la década de los sesenta y que le permitirían a la Comisión ultimar posteriormente la primera Propuesta de Quinta Directiva, que tendría la finalidad de coordinar las garantías que, para la protección de los intereses de los socios y de terceros, son requeridas a los Estados miembros de las sociedades citadas, dentro del sentido expuesto en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, en lo que

⁵¹¹ Para un análisis más exhaustivo de la Propuesta de Vª Directiva de 1972 vid., M. MARLETTA: *La cogestione delle imprese nella CEE. La partecipazione dei lavoratori nelle Proposte di Società Europea e di Vª Direttiva sulle società per azioni*, Padova, 1981; T. P. CONLON: “Industrial Democracy and ECC Company Law: a Review of the Draft Fifth Directive”, *Int. Comp. L. Quart.*, 1975, 24, p. 348 y ss.

⁵¹² Cfr. G. ZANGARI: “La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese nel diritto comparato e comunitario”, *Riv. Dir. Lav.*, 1977, número 1, p. 70.

⁵¹³ HOUIN: “Rapport sur l’administration de la société par actions”, *1ère partie Comm Doc 12.364/III/C/67-F y 2ème partie Comm Doc 317/III/C/68-F*; WÜRDINGER: “Die Versammlung der Aktionäre”, *Comm Doc 14.653/III/C/67-D*.

concierno a la estructura de las sociedades anónimas y a los poderes y obligaciones de sus órganos. Esta Propuesta se articulaba en torno a cinco Capítulos que iban referidos, correlativamente, a los siguientes aspectos: estructura social, Consejo de Dirección y Consejo de Vigilancia, Junta General, adopción y auditoría de las cuentas anuales, y disposiciones generales.

En concreto, la Propuesta de Vª Directiva, partiendo de un modelo rígido y único en el que no cabía la posibilidad de elegir u optar entre distintos modelos legales o convencionales⁵¹⁴, establecía la obligación para las sociedades incluidas dentro de su ámbito de aplicación de adoptar una estructura organizativa “dualista” que se inspiraba claramente en el modelo alemán de participación, lo que constituía un requisito obligatorio necesario para su válida constitución, y cuyo ámbito de aplicación vendría marcado por un criterio sustantivo: sería de aplicación a aquellas sociedades anónimas nacionales que contasen con una plantilla superior a 500 trabajadores⁵¹⁵, aunque dejaba abierto el procedimiento de elección de la representación de los trabajadores en la empresa, al establecerse para ello dos sistemas alternativos:

a) En el primero de ellos, que podríamos definir como el “*sistema alemán*” por inspirarse en el sistema establecido en dicho país, un tercio como mínimo de los miembros del Consejo de Vigilancia debían ser nombrados por los propios trabajadores, dejándose al arbitrio de los Estados miembros el procedimiento a utilizar para la elección de los mismos⁵¹⁶. Debe hacerse notar que la Propuesta de Directiva no prescribía ningún método particular para el nombramiento de tales miembros, remitiéndose en este punto a la legislación nacional de cada Estado, lo cual podía determinar, en particular, que dichos miembros pudieran ser elegidos directamente por los propios empleados o indirectamente por representantes de éstos en los Comités de Empresa o incluso por las organizaciones sindicales con presencia en la empresa.

b) El segundo sistema de los previstos lo podemos calificar como el “*sistema holandés*”, al recoger las influencias de dicho derecho. En este segundo sistema no se preveía, a diferencia del caso anterior, que al menos un tercio de los miembros del citado consejo fuesen representantes de los trabajadores, sino que todos los miembros del Consejo de Vigilancia podían ser nombrados mediante “cooptación” por el propio órgano societario, si bien tanto los representantes de los trabajadores como los de los accionistas, por medio de la Junta General, podían oponerse al nombramiento de algún candidato cuando éste fuera incapaz de cumplir sus funciones o cuando con dicho nombramiento la composición

⁵¹⁴ Al respecto, puede comentarse que los elementos de rigidez que ofrecía la Propuesta de Quinta Directiva pueden incluso considerarse superiores a los de la Propuesta de SE de 1970/75, en la medida en que ésta, aun dentro también de su carácter rígido ya expuesto anteriormente, “permitía una cierta elección entre una pluralidad de fórmulas: presencia de representantes de los trabajadores en los propios órganos societarios, representantes de los trabajadores a nivel de grupo y a nivel de empresa, o la posibilidad de abrir paso a la determinación del mecanismo de la participación mediante negociación colectiva entre la dirección y los sindicatos”. Cfr. G. GÓMEZ GORDILLO: *El Comité de Empresa Europeo*, Consejo Económico y Social, CES, Colección Estudios, 2003, op. cit. p. 43.

⁵¹⁵ Artículo 4. 1.

⁵¹⁶ Artículo 4. 2.

del órgano de control quedase desequilibrada desde el punto de vista de los intereses de la sociedad, de los accionistas o de los propios trabajadores⁵¹⁷.

De acuerdo con el modelo dualista, en las sociedades anónimas que cumplieren con el requisito numérico antes mencionado deberían coexistir necesariamente dos órganos de poder⁵¹⁸, uno de ellos encargado de la gestión y de la representación de la sociedad, el Consejo de Dirección, y otro, el Consejo de Vigilancia, sobre el que recaería la facultad de ejercitar el correspondiente control sobre aquél, contando para ello entre sus diversas atribuciones la de nombrar y revocar a sus miembros. De este modo, la participación de los trabajadores en la estructura de tales empresas se canalizaría por medio de una importante presencia de sus representantes en dicho Consejo de Vigilancia, el cual debería ser consultado en aquellos casos en los que el Consejo de Dirección pretendiese adoptar medidas que afectasen directamente a los intereses y derechos de los trabajadores.

En definitiva, previsión de un sistema dual en la estructura orgánica de las sociedades, por un lado, y necesaria presencia de los trabajadores por medio de sus representantes, por otro, aparecían como los dos pilares básicos en los que la Propuesta venía a asentarse.

Respecto al Consejo de Dirección, se establecía en la Propuesta que los miembros de este órgano debían ser designados por el Consejo de Vigilancia⁵¹⁹, debiendo recaer el nombramiento siempre en personas físicas, no pudiendo éstos ser al mismo tiempo miembros del Consejo de Dirección y miembros del de Vigilancia⁵²⁰. El mandato de los miembros de tales órganos societarios era el mismo: no podía exceder de seis años en ambos casos, aunque cabía la posibilidad de renovación en el cargo⁵²¹. Por otro lado, el Consejo de Dirección estaba obligado a informar al Consejo de Vigilancia, al menos con una periodicidad trimestral, sobre los asuntos de la compañía pudiendo éste, adicionalmente, pedir en cualquier momento un informe especial sobre dichos asuntos o sobre ciertos aspectos de los mismos, así como ejercer el derecho a obtener toda la información que fuese requerida⁵²².

Además, el Consejo de Dirección precisaba de la autorización del propio Consejo de Vigilancia para la adopción de las siguientes medidas (que podían ser ampliadas por las

⁵¹⁷ Art. 4.3 de la Vª Directiva de 1972. Al respecto, señalar que el derecho de veto, de acuerdo con el señalado artículo, puede provenir o bien de la Asamblea General o bien de los propios “representantes de los trabajadores”, si bien en este caso en el texto “no se aclara cuáles son los representantes de los trabajadores que gozan de aquel poder de veto”. Cfr. VALDÉS DAL-RÉ: “Democracia Industrial en Europa: Balance de un debate”, en AA.VV.: <<Estudios de Derecho del Trabajo en Memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón>>, p. 502.

⁵¹⁸ Artículo 2 de la Propuesta de 1972.

⁵¹⁹ Art. 3. 1.

⁵²⁰ Art. 5. 1 y art. 6.

⁵²¹ Art. 7.

⁵²² Art. 11.

respectivas legislaciones nacionales o por las propias normas de la compañía, pero nunca reducidas⁵²³):

- a) la clausura o traslado de la empresa o de partes sustanciales de la misma.
- b) ampliaciones o reducciones sustanciales de las actividades de la empresa.
- c) cambios sustanciales en la organización de la misma.
- d) establecimiento de una cooperación a largo plazo con otras empresas o la terminación de la misma.

En cuanto al Consejo de Vigilancia, sus miembros serían designados por la Junta General, si bien en la propia Propuesta se establecían reglas detalladas con respecto a la participación de los representantes de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia, distinguiéndose al respecto entre pequeñas y grandes empresas. Las primeras, que eran las que tenían una plantilla inferior a quinientos trabajadores, no estaban obligadas a cumplir con dicho requerimiento y, en caso de cumplirlo, los miembros del Consejo de Vigilancia solamente podían ser nombrados por la Junta General; las segundas, con quinientos o más trabajadores, debían contar obligatoriamente con una representación de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia, y así debería ser previsto obligatoriamente por las propias legislaciones nacionales, pudiendo éstas optar por las dos alternativas antes comentadas: bien por el sistema alemán de participación, bien por el sistema holandés de cooptación. Las competencias del Consejo de Vigilancia se limitaban al control del Consejo de Dirección, lo cual no excluía que ciertas actividades directivas, que hemos señalado con anterioridad, requirieran la autorización previa del Consejo de Vigilancia.

La propuesta de Vª Directiva, sin embargo, sería objeto de una importante reformulación posterior, fruto de la labor del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social⁵²⁴, al examinar ambos en 1974 dicha propuesta⁵²⁵. En sus respectivos informes, los dos organismos formularían “diversas proposiciones o enmiendas que tratan de dar más flexibilidad aún al proyecto y de evitar, sobre todo, la imposición a otros países del sistema germánico, tanto en lo referente a la dualidad de órganos de gestión de la sociedad como a la participación de los trabajadores en esos órganos”⁵²⁶, aspectos éstos que habían suscitado toda una serie de críticas provenientes de diversas instancias y que no se hicieron esperar.

Las reticencias a la Propuesta de Quinta Directiva no sólo provenían de los citados organismos. El cambio que con la Propuesta modificada se operaría en el sistema de

⁵²³ Art. 12.

⁵²⁴ DO C 109, 19 de septiembre de 1974. En el mismo, el Consejo Económico y Social manifiesta su opinión de la siguiente forma: “la introducción de la estructura propuesta por la Comisión para todas las sociedades anónimas nacionales podría ir acompañada de dificultades prácticas y psicológicas en algunos Estados; esto, por consiguiente, plantea la duda de que una coordinación radical pudiera ser una acción responsable en esta coyuntura, especialmente en vista de la nueva situación que se ha producido desde que nuevos Estados miembros se han incorporado a la Comunidad”. Asimismo, el Comité propuso el compromiso de que aquellos Estados miembros con un sistema monista, como podía ser el caso del Reino Unido, deberían disponer de la opción de continuar con dicho sistema si ellos así lo deseaban.

⁵²⁵ Sobre estos documentos citados, vid. R. COLEMAN: “The fifth Directive and The European Company Statute”, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 10/1979, p. 247 y ss.

⁵²⁶ Cfr. M. RODRIGUEZ PIÑERO: “El lugar de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, *Relaciones Laborales*, 1990-I, p. 60.

participación de los trabajadores se explicaba también por las reticencias mostradas por algunos Estados miembros a adoptar una nueva regulación en el derecho de sociedades que era extraña y ajena a su propia tradición jurídica y mercantil, y por las importantes críticas que la doctrina expresaría sobre el contenido de dicha propuesta⁵²⁷, que se centraban, especialmente, en la incidencia que la misma tendría en los sistemas de administración de las sociedades de los países miembros, monistas en muchos casos, y por la previsión que contenía de una integración de los representantes del personal en tales órganos sociales⁵²⁸. La Propuesta de Vª Directiva no recibiría por tanto una buena acogida, ni mucho menos, en todos los Estados de la C.E.E. El Reino Unido -reciente miembro de la Comunidad en esos momentos- bloqueó la toma de decisiones por que todavía no se había pronunciado claramente sobre el deseo de una mayor “democracia industrial”. Esto no sería hecho hasta 1977, en el Informe Bullock. También se apreciaba una gran división política sobre dicha cuestión en Francia, donde el Informe Sudreau de 1975 sólo había propuesto débiles formas de participación de los trabajadores. Alemania era quizás la que había adoptado un mayor cambio en su legislación: en 1976 había optado por un modelo de participación de los trabajadores paritario (50/50), con una tenue pero decisiva influencia en el “voto decisivo” a los accionistas. En Italia, todo el interés se concentraba en la participación por la vía de la negociación colectiva.

Por otro lado, al establecer la Propuesta una única forma de participación de los trabajadores en la sociedad, que era obligatoria para todos los países miembros, se planteaba la necesidad de tener que incidir sustancialmente en los sistemas legislativos nacionales, con lo que los efectos modificativos que se derivarían de la aprobación de la norma comunitaria serían de especial trascendencia, ya que implicaban importantes y, en algunos casos, numerosos cambios en el derecho societario de los Estados Miembros de la Comunidad, en especial de aquellos países que no contemplaban en su legislación interna el modelo dualístico de estructura societaria, y que se verían abocados a una casi completa modificación del mismo.

También las organizaciones empresariales y sindicales, obviamente por motivos diferentes, mostrarían sus recelos ante la Propuesta inicial; en el caso de las primeras por que no estaban dispuestos a compartir las competencias propias de la gestión societaria con los representantes del personal, al considerar que ello conduciría a una merma de sus poderes de dirección y organización; por parte de algunas de las segundas, los recelos se

⁵²⁷ Y es que la presencia de representantes de los trabajadores en órganos de decisión empresarial fue durante tiempo un fenómeno casi exclusivamente propio del derecho alemán, que poco a poco, en la década de los setenta, se iría extendiendo a otros países vecinos y que sirvió a la Comisión para pretender extender el resto de Estados miembros la citada propuesta; sin embargo, algunos Estados miembros de la Comunidad Europea se mostraban claramente contrarios a dicho sistema, pues dudaban de la eficacia y de los beneficios de un sistema de “participación institucional” que, además, era visto como un sistema ajeno a sus raíces sociales y tradiciones jurídicas y consideraban como una autentica imposición por parte de la Comisión dicha medida contemplada en la Quinta Directiva, que además incidía en los sistemas de administración de las sociedades de los Estados miembros, a menudo monistas, y que ahora observaban como aquella se decantaba por un sistema dualista. Todo ello fue la causa de que “esa Propuesta fuera objeto de severas críticas por parte de todos aquellos para los que el sistema germánico no era exportable, tanto Estados miembros como organizaciones empresariales, e incluso sindicatos”. Cfr. M. RODRIGUEZ-PIÑERO: “El lugar de los trabajadores...”, op. cit. p. 60.

⁵²⁸ F. DURÁN LÓPEZ y C. SAÉZ LARA: *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Civitas, 1997, op. cit. p. 42.

derivaban del riesgo de colaboracionismo que de la citada norma legal pudiera derivarse, como consecuencia de la adopción de las medidas que en la misma se proponían.

Todas estas críticas y reticencias fueron las que movieron a la Comisión Europea a hacer un análisis de las legislaciones nacionales y a exponer con una mayor claridad su posición al respecto. Ésta vendría contenida en el Libro Verde sobre “Participación de los Trabajadores y estructuras de sociedades” de 1975, que recogía información sobre la situación en los diversos Estados, así como respuestas a las cuestiones más controvertidas en la materia.

En dicho Libro Verde la Comisión reconocía las dificultades para armonizar en esta materia de la “participación” el derecho de sociedades, dada la extraordinaria diversidad de los diferentes sistemas articulados en los Estados comunitarios; pero, sin renunciar al objetivo armonizador, al que consideraba en ese momento como una garantía que podía contribuir a asegurar la participación de los representantes de los trabajadores con voz y con voto en la adopción de las decisiones sociales en todo el ámbito comunitario, se apartaba de la idea de imponer un sistema único a las sociedades para garantizar así la participación de los trabajadores en las mismas⁵²⁹, orientándose ahora hacia una mayor flexibilidad; flexibilidad que se derivaba de la necesidad de que, al menos durante cierto tiempo transitorio, dichas sociedades pudieran elegir entre distintas estructuras posibles, las cuales deberían garantizar entre ellas un mínimo de equivalencia. Esta equivalencia podría consistir tanto en órganos sociales de integración conjunta, como llevarse a cabo mediante órganos específicos y exclusivos de representación de trabajadores, ajenos y externos a la propia estructura social de la empresa. En la práctica, se ofrecían las siguientes posibilidades:

- el modelo alemán, basado en la participación directa de los trabajadores en el órgano de vigilancia;
- el modelo holandés de Consejo de Vigilancia, formado por cooptación;
- un modelo basado en la existencia de comités de empresa, a través de los cuales se articularía la participación de los trabajadores;
- o, finalmente, un último modelo, en el que la participación de los trabajadores fuese regulada mediante la negociación colectiva.

En cualquier caso, tal equivalencia mínima partía del reconocimiento a los representantes de los trabajadores, como mínimo, y en cualquiera de los casos anteriormente expuestos, de derechos de información y consulta, más que de derechos de veto o codecisión, por lo que, en gran medida, “el Libro Verde es, en suma, una profunda rectificación a la baja de la Propuesta de Vª Directiva, y un intento de salvarla en lo posible”⁵³⁰.

⁵²⁹ En concreto, el Libro Verde llega a señalar expresamente en su página 73 que, respecto al propósito de la Vª Directiva de introducir una representación de los trabajadores en los órganos de vigilancia de las sociedades, aunque éste es “valido y razonablemente realista (...) son inservibles las soluciones concretas propuestas en ella”.

⁵³⁰ M. RODRIGUEZ-PIÑERO: *El lugar de los trabajadores...*, op. cit. p. 60. El Libro Verde consideraba que, en cualquier caso, “ha llegado el momento de reformar determinadas instituciones sociales, incluidas las empresas”, con el fin de hacer presente una exigencia cada vez mayor: “la afirmación cada vez más clara del imperativo democrático que exige que todos aquellos que se vean afectados por las decisiones de las instituciones sociales y políticas participen en la elaboración de dichas decisiones”. Cfr. “Participación de los

En ejecución del “Libro Verde”, la Comisión sometería en 1978 un documento de trabajo a la Comisión jurídica del Parlamento⁵³¹. En el artículo 2.2 de este documento se volvía a retomar la noción de “estructura dualista” de la sociedad (órgano de dirección y órgano de vigilancia) que ya había estado presente en la propuesta inicial de 1972. Pero, junto a ello, se prevé también la posibilidad de que los Estados miembros de la Comunidad puedan permitir a las sociedades afectadas elegir, durante un período transitorio de cinco años, entre el sistema dualista propuesto por la Directiva y un sistema monista. En este caso, las compañías con una plantilla superior a 500 empleados podrían elegir entre dos fórmulas distintas para la representación de los trabajadores:

- la designación, por parte de los trabajadores, de un tercio de los miembros del Consejo de Administración.

- o, la creación de un órgano específico de representación de los trabajadores, fuera del Consejo.

Una vez terminado el periodo de transición, el documento hacía una distinción, en lo que concierne a la participación de los trabajadores en el órgano de Vigilancia, entre compañías con menos de 500 trabajadores y las demás. En las primeras, los miembros del Consejo de Vigilancia debían ser designados por la Junta General. En las otras, se mantenía la posibilidad de optar por uno de los dos sistemas conocidos, el del tercio de representantes o el de elección por “cooptación”.

Sobre estas nuevas propuestas de la Comisión, el Parlamento Europeo retoma su actividad en 1978. La Comisión jurídica del Parlamento aprobaría el Informe Schmidt el 26 de abril de 1979⁵³². Éste prevé ahora que, en aquellas sociedades que cuenten con 250 trabajadores o que dispongan de una cifra anual de más de 1,5 millones de unidades de cuentas, el órgano de Vigilancia estaría compuesto por un 1/3 de representantes de los trabajadores, 1/3 de representantes de los accionistas, y 1/3 de personalidades independientes, acordadas por los dos grupos.

El proyecto Schmidt no pudo, sin embargo, ser llevado a la sesión plenaria del Parlamento, ya que éste sería disuelto en mayo de 1979 como consecuencia de las elecciones al mismo que se celebrarían el 10 de junio de 1979.

trabajadores y estructura de las empresas”. *Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1976, p. 11.

⁵³¹ DOC. III/11/78. Documento de trabajo elaborado por los servicios de la Comisión en vista de los debates efectuados en el seno de la Comisión jurídica del Parlamento Europeo sobre la Proposición de Quinta Directiva.

⁵³² El Parlamento Europeo comenzó a examinar la Propuesta de Quinta Directiva en 1973, y continuó haciéndolo durante 1974, sobre la base de un documento de trabajo elaborado por uno de sus miembros, Mr. Schmidt. Las discusiones en el seno del Parlamento quedaron temporalmente paralizadas como consecuencia de la aparición del Libro Verde de la Comisión de 1975, siendo retomadas en 1978, teniendo en cuenta las nuevas propuestas de la Comisión.

En septiembre de dicho año, la nueva Comisión jurídica del Parlamento reanudaría sus trabajos, designando al liberal holandés Geurtsen como encargado de la labor de elaborar un nuevo Informe, que sería presentado el 15 de enero de 1982⁵³³. Este Informe propone un sistema más flexible que mantiene el principio de la “participación”, pero deja a los Estados miembros la posibilidad de aplicar este principio sin tener que modificar completamente el estatuto jurídico de las sociedades. Con la adopción de este Informe en mayo de 1982, por 158 votos a favor, 109 en contra, y 9 abstenciones, el Parlamento Europeo se pronunció a favor de la introducción de un sistema dualista, pero solo a título facultativo, así como por la introducción del régimen de participación en las sociedades que empleasen a más de 1000 trabajadores. En cuanto a la forma de elección del Consejo de Vigilancia, el Parlamento, adoptando la enmienda Beumer, se orientaría hacia un sistema paritario, que garantizase una representación equivalente para ambos, accionistas y trabajadores, y que debería ser adoptado después de un período transitorio fijado por el Consejo.

El Parlamento Europeo tendría oportunidad, por tanto, a tenor de lo comentado, de pronunciarse de nuevo, manifestándose también él, en esta última fecha⁵³⁴, en el sentido de suavizar o flexibilizar las disposiciones referentes tanto a los sistemas de administración de la sociedad como a la participación de los trabajadores.

Es sobre la base de todos estos dictámenes y para dar respuesta a los mismos por lo que, finalmente, en 1983 se llevaría a cabo una versión modificada de Propuesta de Quinta Directiva, con fecha de 19 de agosto, en la que se incluyen, respecto a la versión inicial de Propuesta de Directiva de 1972, disposiciones más flexibles tanto en lo referente a la estructura de los órganos sociales como a la participación de los trabajadores, como tendremos oportunidad de examinar a continuación.

⁵³³ Parlamento Europeo: sesión 1981-1982 – Doc. 1-862/81 de 15 de enero de 1982.

⁵³⁴ DO C 149, de 14 de junio de 1982.

3.3. LA PROPUESTA MODIFICADA DE 1983.

Las fuertes críticas originadas por la rigidez de la Propuesta de Vª Directiva de 1972 provocaron una importante revisión de la misma en 1983 que acogería las enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo.

La nueva Propuesta modificada de 19 de agosto de 1983⁵³⁵, ante tales críticas no tratará de imponer un modelo uniforme de participación de los trabajadores en la gestión de las sociedades anónimas sino que buscará una aproximación flexible de las legislaciones nacionales en materia de estructura societaria, al tiempo que pretende reconocer y garantizar una serie de derechos, tanto genéricos como específicos, de información y consulta a los representantes de los trabajadores.

Para lograr esa flexibilidad la Propuesta establece ahora la posibilidad de optar entre diferentes modelos participativos, que pueden ser internos o externos a los órganos de la propia sociedad, garantizándose en el caso de que se opte por sistemas distintos al de la incorporación de los representantes de los trabajadores en los órganos societarios un estándar mínimo de derechos de información y consulta, con el fin de que todos ellos en cualquier caso, pudiesen presentar un cierto grado de equivalencia. Como la problemática que realmente sobrevolaba sobre la Propuesta de Vª Directiva era la relativa a la inserción de los trabajadores en la estructura interna de la sociedad anónima, ésta decide adoptar una solución flexible a tal problema en un claro intento de salvar los obstáculos que estaban bloqueando la adopción del texto comunitario. Para conseguirlo, la Propuesta de Vª Directiva adoptará una técnica de armonización diferente a la de su predecesora, más respetuosa de la diversidad de regímenes legales, tradiciones e incluso prácticas existentes en los diversos países comunitarios que consistiría en permitirle ahora a la sociedad

⁵³⁵ Sobre la Propuesta modificada de 1983, véase: J. DU PLESSIS y J. DINE: “The Fate of The Draft Fifth Directive on Company Law: Accommodation Instead of Harmonisation”, *J.B.L.*, 1997, p. 23 y ss; R. FOGLIA: “La partecipazione dei dipendenti alla gestione della società”, en A. TIZZIANNI (a cura di): <<*Problemática del diritto delle Comunità europee*>>, Roma, 1992, p. 515 y ss.; R. BLANPAIN y J. C. JAVILLIER: *Droit du Travail Communautaire*, Paris, 1991, p. 197 y ss.; J. DINE: “Implications for the United Kingdom of the EC Fifth Directive”, *Int. Comp. L. Quart.*, 1989, vol. 38, p. 547 y ss.; M. RICOLFI y P. MONTALENTI: “La proposta modificata di quinta direttiva comunitaria sulla società per azioni”, *Giur. Comm.*, 1985, p. 256 y ss.; R. BLANPAIN, J.L. JANSSEN VANN RAAAY y A. MOUNTY: “Workers’ Participation in the European Community- The Fifth”, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, n. 13, 1984; B. VISENTINI: “Contro la proposta di quinta direttiva comunitaria: e ancora contro la “cogestione”, *Riv. soc.*, 1983, p. 116 y ss.; F. BARBASSO: “La democrazia industriale nella proposta di V direttiva sulla struttura delle società per azioni e la partecipazione dei lavoratori”, en AA.VV.: <<*Democrazia industriale e democrazia azionaria nelle direttive comunitarie*>>, Milan, 1983, p. 7 y ss.; A. C. MIMOLA: “La V Direttiva: un possibile dialogo tra diritto delle società e diritto del lavoro”, *ibidem*, p. 72 y ss.; G. ARRIGO: “La partecipazione dei lavoratori all’impresa nelle modifiche alla proposta di quinta direttiva CEE”, *Riv. giur. lav.*, 1980, p. 259 ss.; J. L. MONEREO: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, 1992, p. 213 y ss.; F. DURÁN LÓPEZ y C. SAÉZ LARA: *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Civitas, 1997.

anónima la posibilidad de optar o bien por un sistema monista o bien por uno dualista, dejando además a los Estados miembros la elección del modelo de participación a adoptar entre varios posibles.

Se trataba de un método gradual y flexible, similar al que se establecería posteriormente en la Propuesta de 1989 sobre Estatuto de la Sociedad Anónima Europea con la que, cada una en sus respectivos ámbitos, la Propuesta de Vª Directiva de 1983 guardará un evidente parecido, ya que las dos tenían en común el abandono de modelos normativos rígidos y la adopción de soluciones alternativas tanto en lo que respecta a la estructura societaria como a la forma de participación de los trabajadores. Pese al difícil *iter* de cada una de las dos iniciativas comunitarias, ambas servirían al menos para estimular una innovadora reflexión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, introduciendo la idea de que la estructura societaria no debía ser necesariamente *ajena*, como en ocasiones parecía en los sistemas tradicionales, a una institución típica del derecho laboral como es la de la representación de los trabajadores y su propia participación en la organización de la empresa.

Las modificaciones más significativas introducidas en 1983 respecto a la versión inicial fueron entre otras las siguientes:

a) La previsión también de una estructura unitaria (con un solo órgano administrativo) frente a la estructura obligatoriamente dualista prevista en la Propuesta de 1972.

b) La elevación a 1000 trabajadores (en lugar de 500) como criterio numérico que determina la aplicación obligatoria de los mecanismos participativos previstos.

c) La introducción de una pluralidad de modelos de participación (y no sólo orgánica como en la norma anterior) de los trabajadores.

La primera de las modificaciones versa sobre uno de los aspectos claves de la normativa, el referido a la estructura societaria. La Propuesta de Directiva ofrece en este punto a los Estados miembros la siguiente alternativa:

1. Bien establecer un sistema dualista de gestión: Consejo Administración y Consejo de Vigilancia.
2. Bien establecer un sistema que permita a las empresas elegir entre una estructura dualista o una estructura única, con un Consejo de Administración solamente. Aunque en esta segunda posibilidad, las estructuras monistas debían, no obstante, estar dotadas de algunas características concebidas para armonizar su funcionamiento con el de las estructuras dualistas, exigiéndose para ello ciertos requisitos a ese órgano único de dirección⁵³⁶.

Como hemos ya señalado, la Propuesta modificada de Vª Directiva reconoce junto a la estructura dual de la sociedad, una estructura monista similar a la adoptada en algunos de los países comunitarios; por otro lado, distingue en el interior del Consejo de

⁵³⁶ Art. 21. a).

Administración entre funciones de gestión y funciones de control, de acuerdo con una división ya establecida en ciertos sistemas nacionales, acercándose de esta manera el funcionamiento del sistema monista a aquel que tendría una sociedad con una estructura dualista. La participación de los trabajadores en los órganos societarios es posible sólo como función de control y no como función de gestión directa en la sociedad: en la estructura dualista ello se realizaría mediante la presencia en el Consejo de Vigilancia; en la estructura monista mediante la presencia de miembros no gestores en el Consejo de Administración.

Respecto a la segunda novedad, la Propuesta preveía su aplicación a aquellas sociedades anónimas que empleasen más de 1000 trabajadores, a diferencia de la versión inicial que fijaba una cifra de 500 trabajadores. En principio, la Directiva sería de aplicación también a sociedades matrices de grupos, aunque los Estados miembros podían no aplicarla cuando se tratase solamente de una sociedad de participación financiera o cuando se tratase de una sociedad matriz de un grupo internacional cuyo único objetivo fuese la coordinación de la gestión y financiación de las empresas filiales⁵³⁷. Los Estados podían también excluir del ámbito de aplicación de la Directiva a aquellas sociedades cuyo único o principal objetivo fuese:

- a) político, religioso, humanitario, caritativo, educacional, científico o artístico, o
- b) relativo a informaciones o expresiones públicas de opinión⁵³⁸.

En relación a la tercera de las novedades, los mecanismos participativos contemplados en la Propuesta de Vª Directiva de 1983 se corresponden con tres modelos - que aparecen como alternativos y simétricamente adaptables tanto al modelo dualista como al ahora también posible modelo unitario o monista- que responden respectivamente a una participación orgánica, a una participación externa y, por último, a una participación contractual o negocial. En cualquier caso, a menos que una mayoría de los empleados hubiese expresado su oposición al respecto, la participación era obligatoria.

La nueva Propuesta de 1983 preveía, por tanto, un sistema de participación diferente que era compatible tanto con una estructura dualista como monista de administración social y que se articularía sobre la posible elección por parte de los Estados miembros de alguna de las siguientes tres alternativas⁵³⁹:

1ª. *Modelo de participación orgánica*: en este modelo los miembros del Consejo de Vigilancia -en el sistema dualista-⁵⁴⁰, así como los miembros no directivos del Consejo de

⁵³⁷ Art. 63.

⁵³⁸ Art. 63. d).

⁵³⁹ A diferencia de la Propuesta de SE de 1989, la elección corresponde aquí al legislador nacional y no a las partes sociales interesadas.

⁵⁴⁰ En el sistema dualista se señalaba expresamente por la Directiva que el Consejo de Vigilancia se encargaría de nombrar los miembros del órgano de dirección y establecería cual de estos miembros estaría especialmente responsabilizado de las cuestiones de personal y de las relaciones con los trabajadores (art. 3. 1.

Administración -en el sistema monista-⁵⁴¹, son nombrados por los trabajadores en una proporción que varía entre un tercio como mínimo y la mitad como máximo, a concretar por los Estados⁵⁴², permitiéndose pues, tanto la cogestión minoritaria como la paritaria. Esta última hipótesis de participación paritaria venía condicionada, tanto para el caso dualista como para el monista, por la previsión de que el procedimiento de votación que se adoptara debería asegurar que las decisiones pudiesen ser tomadas en última instancia por los miembros nombrados por la Junta General de accionistas⁵⁴³, con el fin de evitar el bloqueo en la toma de decisiones por el propio órgano⁵⁴⁴.

Es este primer modelo el que, pese a que se pretende que todos los modelos tengan cierto grado de equivalencia, atribuye más amplios derechos a los representantes de los trabajadores⁵⁴⁵, los cuales gozan, al respecto, de una posición de igualdad respecto a los miembros nombrados por la Junta General⁵⁴⁶, y son destinatarios, con una regularidad periódica, de una serie de documentos que comprenden diversos aspectos de la sociedad, como son los relativos a una información actualizada sobre la situación económica y financiera de la empresa, un informe trimestral sobre la marcha de los asuntos de la sociedad, los informes anuales de cuentas y de gestión⁵⁴⁷ (gozando del derecho de examinar todos los informes, documentos e informaciones facilitados por el Consejo de Administración) y tienen, por último, la facultad de requerir incluso por si solos -de hecho, basta que así lo demanden un tercio de los miembros del órgano de vigilancia en el sistema dualista o de los miembros no directivos del único órgano de administración en el sistema monista- “todos los datos y documentos necesarios para el ejercicio del (...) control”⁵⁴⁸, si bien la facultad para iniciar investigaciones debería ser ejercida por el órgano de vigilancia en su totalidad, decidiendo por mayoría en el caso en que fuese necesario.

a)). Por otro lado, los representantes de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia no tendrían que ser necesariamente trabajadores de la empresa, sino que podían ser de fuera de la misma, por ejemplo, sindicalistas. Todos los miembros del Consejo de Vigilancia en un sistema dualista tendrían, en principio, los mismos derechos y deberes.

⁵⁴¹ En el sistema monista, habría un único órgano administrativo con dos tipos de miembros: directivos y no directivos; los primeros, que se encargarían de la dirección de la compañía, serían nombrados normalmente por los miembros no directivos del Consejo de Administración y supervisados por éstos. Un miembro directivo del Consejo de Administración estaría especialmente responsabilizado de las cuestiones de personal y de las relaciones con los trabajadores (art. 21. a) n. 2).

⁵⁴² Arts. 4. b) n. 1 y 21. d) n.1.

⁵⁴³ Arts. 4. b) n. 2 y 21. d) n.2.

⁵⁴⁴ Fuera de esta eventualidad, los derechos y los deberes en un sistema monista de las dos clases de miembros del Consejo de Administración -representantes de los trabajadores y representantes de los accionistas- serían los mismos.

⁵⁴⁵ Arts. 11, 12 y 21 r-s.

⁵⁴⁶ Art. 10. a) n. 1.

⁵⁴⁷ El plazo para la presentación de tales informes por parte del órgano de dirección al órgano de vigilancia, pasa de 3 meses a 5 meses, a contar desde el cierre de cada ejercicio económico.

⁵⁴⁸ Arts. 11. n. 4 y 21. r) n. 4.

Por otro lado, se requeriría en el sistema de estructura social dualista la previa autorización del Consejo de Vigilancia para la adopción de ciertas decisiones especialmente “sensibles” como eran las referentes a:

- a) La clausura o el traslado de la empresa o de secciones importantes de la misma.
- b) Reducciones o ampliaciones de la actividad de la empresa.
- c) Modificaciones sustanciales en la organización empresarial.
- d) El establecimiento de una cooperación duradera con otras empresas así como el cese de dicha cooperación.⁵⁴⁹

Debe advertirse que, sin embargo, en el sistema monista o unitario las decisiones relativas a tales materias no podían ser objeto de delegación por parte del órgano de administración⁵⁵⁰.

Este modelo primero de participación orgánica se completaba con la previsión de dos variantes:

- la primera, referida a la posibilidad -reconocida solamente al sistema dualístico- de adoptar para el nombramiento de los miembros del Consejo de Vigilancia el mecanismo de la “cooptación”. En este caso, el Estado miembro debería garantizar que la Junta General de Accionistas o los representantes de los trabajadores pudieran oponerse al nombramiento de un candidato por incapacidad de éste o por la inadecuación a los intereses de la Sociedad, de los accionistas o de los trabajadores. En caso de oposición, sólo podría nombrarse al candidato si ésta ha sido declarada infundada por un órgano independiente de Derecho Público. Finalmente, sólo podrían ser revocados por decisión judicial, a propuesta del órgano de vigilancia, de la Junta General de accionistas o de los representantes de los trabajadores.

- la segunda, común a ambos sistemas, caracterizada por la atribución a cada Estado miembro de la facultad de derogar el procedimiento previsto para el nombramiento de los miembros del Consejo de Vigilancia, o en su caso, de los miembros no directivos del único órgano de administración⁵⁵¹.

2ª. *Modelo de participación externo*: el segundo modelo previsto por la Propuesta modificada de Vª Directiva de 1983 preveía que la participación de los trabajadores en la empresa se efectuase a través de un órgano específico, integrado completa y exclusivamente por sus propios representantes y externo a los órganos societarios⁵⁵², siendo un modelo de participación compatible tanto con una estructura social monista como con una dualista.

⁵⁴⁹ Art. 12 n. 1.

⁵⁵⁰ Art. 21. s) n. 1.

⁵⁵¹ Art. 4. a) y 21. c).

⁵⁵² Art. 4. d) y 21. e).

Se pretendía de este modo configurar una posible vía de participación que estuviese a disposición de aquellos Estados miembros de la Comunidad Europea contrarios a la integración de los representantes de los trabajadores en los órganos internos societarios.

Este órgano de representación exclusiva de los trabajadores tendría el derecho de ser informado y consultado periódicamente sobre los siguientes aspectos de la sociedad⁵⁵³:

- la administración, situación, evolución y perspectivas de la compañía;
- su posición competitiva;
- situación crediticia y proyectos de inversión.

Gozaría, asimismo, de los derechos de información y consulta conferidos al Consejo de Vigilancia en el sistema dualista, y a los miembros no gerentes del órgano de administración en el monista, debiendo ser consultados antes de que el Consejo de Vigilancia o los miembros no directivos del Consejo de Administración concediesen su autorización sobre los puntos indicados en los artículos 12 y 21. s), que son los referidos a decisiones especialmente “sensibles” y que antes hemos comentado que requieren de una autorización previa⁵⁵⁴. Si el Consejo de Vigilancia o, en su caso, el Consejo de Administración no actuaban de acuerdo con la opinión dada, las razones de tal divergencia debían ser comunicadas al citado órgano de representación de los trabajadores.

Se trata, como podemos apreciar, de derechos de información y consulta bastante intensos y reforzados, que alcanzan a los aspectos más relevantes de la gestión empresarial, aptos para favorecer, incluso en el caso de ausencia de adopción del modelo de participación orgánica, el establecimiento de relaciones industriales caracterizadas por una efectiva confrontación entre la empresa y la fuerza del trabajo.

Además, a este órgano le debería ser facilitada toda aquella documentación e información relacionada con la “agenda” de las reuniones del Consejo de Vigilancia o del Consejo de Administración, según el caso, que fuese necesaria para sus deliberaciones.

Finalmente, a los miembros del órgano la Propuesta les impone un “deber de secreto” -mantenido aun después del cese de sus funciones- cuando las informaciones que les sean suministradas sean consideradas “informaciones de carácter confidencial sobre la sociedad”.

En cuanto a su funcionamiento, podemos precisar que debía reunirse periódicamente y, al menos, inmediatamente antes de cada reunión del Consejo de Vigilancia. A su requerimiento, el Presidente del Consejo de Vigilancia, un sustituto de éste o un miembro del Consejo de Administración debía acudir a sus reuniones.

3ª. *Modelo de participación negocial*: de acuerdo con este modelo, el sistema de participación de los trabajadores vendría establecido por Convenio Colectivo⁵⁵⁵. La

⁵⁵³ Arts. 4. d) n. 1; 4. g) n.1; 21. e) n. 1; 21. h) n.1.

⁵⁵⁴ Arts. 4. d) n. 2; 4. g) n. 2; 21. e) n. 2; 21. h) n.2.

⁵⁵⁵ Arts. 4. e) y 21. f).

Propuesta de Directiva dejaba libertad absoluta a la hora de determinar la capacidad de las partes negociadoras; ahora bien, establecía que los Estados miembros debían imponer uno de los sistemas legales de participación previstos cuando no hubiese negociación colectiva en el plazo de un año desde que la Directiva entrase en vigor.

La Propuesta de Directiva venía a establecer el contenido mínimo de participación que debían reunir los mecanismos participativos a establecer por convenio colectivo, los cuales coincidían aproximadamente con las tres previsiones legales comentadas sobre participación: participación orgánica a través del Consejo de Vigilancia, participación orgánica mediante representación en el Consejo de Administración y participación externa por medio de un órgano de representación exclusivamente laboral; debiendo asegurarse un suficiente grado de equivalencia entre los sistemas fijados por negociación colectiva y los correspondientes que se preveían en el sistema fijado legalmente⁵⁵⁶.

A pesar de ello, ya sea referido al segundo modelo, como al modelo tercero en el que sujetos colectivos hubiesen previsto negocialmente la constitución de un mecanismo de representación de los trabajadores externo a los órganos sociales, el término “participación” no puede ser entendido en un sentido estricto, pues su contenido se debilita en la previsión de unos derechos de información y de consulta que, por más amplios que sean, se diferencian sustancialmente del sistema de tipo cogestional delineado en el primer modelo descrito de participación orgánica. La opción prevista en 1983 de crear un órgano externo para la representación de los trabajadores, así como la posibilidad contemplada en el texto de la Propuesta de poder fijar un sistema de participación por medio de la negociación colectiva, aparecía como una concesión que pretendía mostrar una postura conciliadora con las tradiciones existentes en países como el Reino Unido, Irlanda o Italia.

En cualquier caso, cualquiera que fuese el modelo de participación elegido de entre los tres predeterminados por la propuesta de Directiva, ésta señalaba expresamente unos “principios”⁵⁵⁷ con los que se pretendía garantizar el carácter “democrático” de todos los modelos articulados para la participación de los trabajadores⁵⁵⁸. Eran los siguientes:

- 1º. Los representantes deberían ser elegidos mediante sistemas electorales de representación proporcional, debiéndose de garantizar que las minorías queden protegidas.
- 2º. Todos los trabajadores deberían poder participar en las elecciones.
- 3º. Las elecciones deberían realizarse mediante sufragio secreto.
- 4º. La libertad de expresión debería quedar garantizada.

⁵⁵⁶ Realmente, esta tercera alternativa de participación negocial “no resulta identificable con el sistema de control sindical (caso italiano o inglés) ya que las partes negociadoras no son libres para determinar el contenido de la participación sino que es la ley quien lo fija, limitando así la libertad de contenido negocial. Así pues, los mecanismos de participación son los mismos, lo único que cambia es la fuente de regulación (el convenio colectivo o la ley)”. Cfr. COLINA ROBLEDO, RAMÍREZ MARTÍNEZ y SALA FRANCO: “*Derecho Social Comunitario*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, op. cit. p. 522.

⁵⁵⁷ Artículos 4. i) y 21. j).

⁵⁵⁸ El principal problema que plateaba la aplicación de estos principios era el referido a la participación de “todos” los trabajadores en la elección ya que había países donde la única vía de representación de los trabajadores era la estrictamente sindical. Cfr. COLINA ROBLEDO, RAMÍREZ MARTÍNEZ y SALA FRANCO: *Derecho Social Comunitario*, op. cit. p. 522.

Por último, la Vª Directiva incidía de manera residual en la problemática de los grupos de sociedades⁵⁵⁹, estableciendo una cierta modulación de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores en estos casos, tanto en el supuesto de que la sociedad sea la empresa matriz de un grupo de sociedades, como en el caso de que la sociedad sea una empresa filial de un grupo. No obstante, la Propuesta se refiere a los grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Sin embargo, a pesar de todos los esfuerzos flexibilizadores realizados, esta nueva Propuesta de 1983 no lograría alcanzar en torno a la misma un alto grado de compromiso y consenso. La opinión política de los diferentes Estados comunitarios era muy divergente. Por una parte, el Ministro de Trabajo alemán calificaría la Propuesta como un intento de “armonización simbólica”, al entender que esa mayor flexibilidad había conseguido desnaturalizar el objetivo perseguido. Por otra, también sería objeto de críticas, en sentido contrario, por parte de otros Estados comunitarios, especialmente del Reino Unido, así como de la organización empresarial europea, tanto por el grado de detalle que contenía como por la amplitud de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores que concedía. UNICE se resistía además a que a través de la Directiva se pudieran exportar modelos participativos a países que carecían de tales experiencias participativas, aunque se diese la opción de otros modelos más cercanos a las propias. Y es que, aunque la Propuesta de 1983 era mucho más flexible que su predecesora, no lo era lo suficiente como para llegar realmente a satisfacer los intereses defendidos desde posiciones “neo-liberales”.

Las críticas también provenían de instancias sindicales: los sindicatos de ciertos Estados como Inglaterra o Italia se mostraban todavía recelosos de formas de participación que supusiesen una implicación de los trabajadores en la vida de la empresa, en aras a una preservación de la pureza reivindicativa e ideológica. El proyecto suscitaría también las reservas de la Conferencia Europea de Sindicatos (CES) por la debilidad que, a su juicio, conllevaba la posibilidad de excluir del todo, con voto contrario de los trabajadores, el mecanismo participativo.

Todas estas oposiciones serían suficientes para que la Propuesta de Vª Directiva fuese rechazada nuevamente, abandonándose por la Comisión, a partir de ese momento, todo objetivo armonizador en la materia participativa. La Comisión, como consecuencia del fracaso, centraría ahora todos sus esfuerzos futuros en la elaboración de una nueva Propuesta de Estatuto de Sociedad Europea, propuesta que aparecía como un intento de reglamentación carente de una pretensión armonizadora de las legislaciones nacionales y que estaría privada de funciones sustitutivas o reformadoras de los regímenes jurídicos societarios de los Estados miembros; por el contrario, el Estatuto de Sociedad Europea, estaría destinado, a diferencia de la Propuesta de Vª Directiva, a desempeñar una finalidad complementaria respecto a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ Vid. Art. 63. b).

⁵⁶⁰ Un interesante balance se puede encontrar en M. GOLD y M. HALL: *Legal regulation and the practice of employee participation in the European Community*, Dublín, Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y trabajo, 1991; y una sintética descripción de la situación de varios países en la nota “Survey of board level employee representation”, en *EIRR*, n. 2/1991, p. 205.

Con todos estos presupuestos, el Consejo se abstendría de tomar una decisión sobre la Propuesta modificada de 1983, siendo sometida en cambio a la consideración de un grupo de trabajo.

Cuando posteriormente en 1990 y en 1991 la Comisión añadió algunas nuevas enmiendas a la Propuesta de Vª Directiva⁵⁶¹, y ello con el fin de reforzar la posición del accionista en el ámbito societario, prácticamente ninguno de esos cambios iba ya referido a la cuestión de la participación de los trabajadores en la empresa; si bien, se consideraba que tales cambios al menos presuponían aún un cierto interés por la citada Propuesta. Al igual que el Estatuto de la Sociedad Europea, ésta había estado dentro y fuera de la agenda comunitaria por más de veinte años sin que una decisión hubiese sido finalmente tomada por el Consejo. Desde entonces hasta ahora, ningún movimiento se ha vuelto a accionar por lo que la Propuesta de Vª Directiva parece haber quedado paralizada en una especie de vía muerta casi definitiva, apenas existiendo posibilidades de que el tren pueda ponerse en marcha de nuevo.

Y es que el juicio sobre la Propuesta de Vª Directiva no puede ser, por tanto, positivo. Aparece como criticable, sobre todo, la excesiva flexibilidad de la regulación efectuada por la Comisión ya que, mientras que por un lado no llega a conseguir un consenso sobre la misma por parte de los diversos agentes económicos y sociales, por el otro, ha objetivamente minado la posibilidad de conseguir un suficiente nivel de armonización entre las legislaciones de los Estados miembros.

Esta Propuesta de Directiva sobre sociedades anónimas encuentra, de hecho, un primer límite en la propia exigencia de 1000 empleados prevista para la aplicación de los diversos modelos de participación prefigurados en la norma. La objetiva capacidad de armonización de la Propuesta viene además fuertemente debilitada, en aras de conseguir una pretendida flexibilidad que pudiera conciliar posiciones, por la pluralidad de los modelos de participación previstos; debilidad que viene a verse intensificada, por la no idéntica configuración de tales modelos en el ámbito del sistema dualístico y en el ámbito del sistema monístico o unitario, así como por la propia pluralidad de variantes delineadas en el interior del modelo de la participación orgánica.

Pero lo que más dificulta la consecución de una efectiva armonización es la facultad atribuida a los Estados miembros de prever que ninguna forma de participación de los trabajadores deba ser adoptada en el caso que una mayoría de los trabajadores se pronuncien contra dicha participación⁵⁶².

Particularmente elusiva e intrínsecamente contradictoria aparece la consideración prevista en el artículo 63. b) de la Propuesta, en lo que respecta a la sociedad por acciones perteneciente a un grupo de empresas. Mientras que, por un lado, se permite que la participación de los trabajadores sea preferiblemente realizada a nivel de grupo, con inclusión de los trabajadores de las empresas filiales en el sistema de participación o de

⁵⁶¹ Los textos modificados fueron publicados, respectivamente, en DOCE C 7, del 11 de enero de 1991, y en DOCE C 321, del 12 de diciembre de 1991; el parecer del Comité Económico y Social puede leerse en DOCE C 269, del 14 de octubre de 1991.

⁵⁶² Arts. 4 n. 2. y 21 n. 2.

representación de los trabajadores de la empresa matriz de acuerdo con la Directiva, por otro lado, está conferida a los Estados miembros la facultad de excluir de la regulación que marca la Directiva en materia de participación a la sociedad madre calificada como sociedad de participación financiera, así como a aquella sociedad matriz de grupos internacionales que tenga como único objeto la coordinación directiva y financiera de las sociedades filiales.

Además, a los Estados miembros les es dada la posibilidad de no aplicar a la empresa matriz la disposición contenida en los artículos 10. a) párrf. 2 y 21. q) párrf. 2 de la Propuesta, según los cuales, respectivamente, todos los miembros del órgano de administración “deben ejercitar sus propias funciones en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de los accionistas y de los trabajadores”.

Cuando la sociedad fuese la empresa filial de un grupo, los Estados miembros tienen, de hecho, la posibilidad de excluir la necesidad de autorización previa del órgano de vigilancia para la adopción de las decisiones “sensibles” previstas en el artículo 12 o la no delegación de las mismas por parte del órgano de administración, en el sentido expuesto por el artículo 21.s) y, asimismo, derogar el régimen previsto en materia de responsabilidad civil por el artículo 14 de la Propuesta “siempre que los trabajadores de la empresa filial estén incluidos en el sistema de participación y representación de los trabajadores aplicable en la empresa matriz del grupo” conforme a la Propuesta de Directiva.

En la práctica, la regulación contenida en el artículo 63. b), conlleva, en definitiva, una debilitación mayor de la potencialidad de armonización de la Propuesta: reduce los poderes de los representantes de los trabajadores en el ámbito del grupo y se abstiene de tomar en consideración la relevante problemática relativa a los grupos multinacionales, limitándose en este punto a dejar a salvo la regulación prevista en materia de información y consulta de trabajadores ocupados en empresas de estructura compleja y, en particular, transnacionales, dentro del ámbito de la ya recordada Propuesta Vredeling de 1980.

CAPÍTULO IV: “LA FIGURA DEL COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO”.

4.1. INTRODUCCIÓN

4.1.1. Planteamiento de situación y contexto en el que aparece la Directiva C.E.U.

El 22 de septiembre de 1994 fue adoptada por el Consejo de Ministros de la Unión Europea, de acuerdo con el sentido expuesto por el artículo 2, párrafo 2, del Acuerdo anexo al Protocolo de Maastricht sobre Política Social, la Directiva 94/45 relativa al establecimiento de un **Comité de Empresa Europeo** o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria⁵⁶³. Se trata del primer acto normativo vinculante, de naturaleza supranacional, emanado con el específico fin de asegurar a los trabajadores de empresas multinacionales el respeto a un adecuado sistema de relaciones industriales, marcado por la lógica de la colaboración.

La Directiva sobre Comités de Empresa Europeos (Directiva C.E.U. en adelante) presenta una serie de aspectos de notable interés, no sólo por el contenido objetivo que en materia de obligaciones de información y consulta establece, sino también por el tratamiento por ella reservado a los problemas de derecho privado y de extraterritorialidad propios de la materia, que inevitablemente surgen en cada intento de regulación de las empresas multinacionales.

Ya en la bien conocida “**Propuesta Vredeling**” de 1980⁵⁶⁴, la Comisión había intentado introducir, en las empresas comunitarias de estructura compleja, obligaciones jurídicas de información y consulta a favor de los trabajadores; pero, sin olvidar los múltiples y significativos elementos de conexión existentes entre las dos propuestas (Vredeling y CEU), y partiendo de que ambas tienen por objeto aquellas formas de participación consideradas menos “intensas”, constituidas por un sistema combinado de

⁵⁶³ DOCE n. L 254 de 30 de septiembre de 1994, p. 64 y ss.

⁵⁶⁴ Presentada por la Comisión al Consejo el 24 de octubre de 1980, la Propuesta de Directiva relativa a los procedimientos de información y consulta de los trabajadores de las empresas de estructura compleja, y en particular de las empresas transnacionales (*Propuesta Vredeling*), fue modificada posteriormente en 1983. Cfr. DOCE C 297 del 15 de noviembre de 1980, y DOCE C 217, del 12 de agosto de 1983.

información y consulta, lo que también se pone de manifiesto, en una comparación mutua, es que entre las dos hay significativas diferencias.

En 1980 las instancias comunitarias propusieron una iniciativa que pretendía obligar a las sociedades multinacionales a informar y consultar a los representantes de los trabajadores en el ámbito de la Comunidad Europea. Para tal fin se adoptaría la Propuesta de Directiva Vredeling del 24 de octubre de 1980, que sería modificada posteriormente el 13 de julio de 1983, dándose lugar a la denominada “**Propuesta Vredeling-Richard**”, que alteraba a la baja la Propuesta precedente produciendo, en la práctica, una flexibilización de la misma.

La Propuesta Vredeling contemplaba deberes de información y consulta no sólo para las empresas transnacionales, incluidas aquellas cuyo centro de decisión estuviese situado en un tercer país, fuera del ámbito territorial de la Comunidad, sino también, en un claro intento armonizador, para las empresas de estructura compleja que tuviesen una dimensión nacional, y cuyo centro de decisión se situase en el mismo país.

Pero, mientras que la Propuesta Vredeling estaba dirigida, por tanto, a “armonizar” las legislaciones de los Estados miembros respecto a las obligaciones de información y consulta a los trabajadores para las empresas operantes en el interior de uno sólo o de más Estados comunitarios, de acuerdo con el artículo 100 (hoy artículo 94) del Tratado CE, asumido como base normativa, y con el artículo 117 (actualmente correspondiente al artículo 136 TCE), referidos expresamente en el Considerando tercero de la misma, la Propuesta inicial de Directiva sobre Comités de Empresa Europeos de 1990-91, apoyándose aún en el artículo 100 también, prescindía ya de referirse a empresas que, aunque de estructura compleja, tuviesen un carácter exclusivamente interno, pues establecía como presupuesto necesario para su operatividad el que la empresa tuviera un carácter “transnacional”. Es por ello que, de manera bastante comprensible, se había advertido de la necesidad de introducir en el texto de la Directiva C.E.U. normas propias de derecho internacional privado⁵⁶⁵, y de desarrollar soluciones tendentes a sortear los problemas relativos a la eficacia territorial que conllevaría la citada Directiva. Posteriormente, en la versión de Directiva C.E.U. aprobada por el Consejo el 22 de septiembre de 1994, habrá ya una remisión al artículo 2 del Acuerdo anexo al Protocolo sobre Política Social y al artículo 189 C del Tratado.

Por otro lado, mientras que la Propuesta Vredeling preveía que las obligaciones de información y consulta fueran cumplidas de acuerdo con la regulación en vigor existente en cada Estado miembro⁵⁶⁶, la Directiva C.E.U. introduce, aunque sea solamente como alternativa a procedimientos diversos, la creación de un organismo específico de representación de los trabajadores, destinado a configurarse como un elemento homogeneizador de la estructura organizativa propia de las empresas multinacionales europeas. Este órgano representativo “ad-hoc” tiene, además, acceso directo con la empresa central, a diferencia de lo que ocurría en la Propuesta Vredeling, en la que el procedimiento

⁵⁶⁵ Art. 3. 6.

⁵⁶⁶ Más concretamente, el derecho aplicable a la sociedad madre en orden a definir sus obligaciones de información y consulta será el del país comunitario del que ésta fuera nacional. Si la sociedad madre fuera de un tercer país, fuera de la Comunidad, regiría el derecho comunitario del país de la filial. Asimismo, la Propuesta de Directiva Vredeling se remitía a la legislación y práctica de los Estados miembros a la hora de determinar en concreto quiénes son los “representantes de los trabajadores”.

establecido para el desarrollo o cumplimiento de las obligaciones de información y consulta vinculaba a los representantes de los trabajadores sólo con el empresario local.

Este sistema no favorecía, por tanto, el acceso de los mismos a los centros reales de decisión, ya que sólo en el caso de que los derechos de información quedasen insatisfechos por la empresa filial, que a su vez recibía la información de la empresa central, los representantes de los trabajadores podrían dirigirse a esta última directamente⁵⁶⁷, configurándose un denominado efecto “*by-pass*”⁵⁶⁸, que para más inri, sería eliminado posteriormente en la Propuesta Vredeling-Richard, al ser sustituido en esta nueva versión por la mera posibilidad de los representantes de los trabajadores de dirigir una petición escrita de información a la dirección de la sociedad madre, y la obligación de ésta de comunicar inmediatamente tal información a la dirección de la filial⁵⁶⁹.

Por último, pero no menos importante, al ser una consecuencia de la aplicación del denominado “*principio de subsidiariedad*”, veremos posteriormente como, a diferencia de la Propuesta Vredeling, el convenio colectivo está llamado a desempeñar un papel prominente para garantizar la aplicación y desarrollo de la Directiva que nos ocupa, circunstancia que no ocurría en la Propuesta Vredeling.

⁵⁶⁷ Se establecía, en definitiva, una especie de mecanismo en cadena, en el que la empresa central vendría obligada, de acuerdo con la Propuesta Vredeling-Richard, al menos una vez al año a dar información a las empresas filiales que, a su vez, debían transmitirla a los representantes de los trabajadores, frente a la anterior Propuesta Vredeling que establecía que esta información debía de darse al menos cada seis meses. Esta información de la empresa central debía referirse a diversos aspectos: la estructura, situación económica y financiera, posible marcha futura de los negocios, producción, ventas, situación y perspectiva del empleo y perspectivas de inversión, pudiendo obviar las cuestiones confidenciales. Asimismo, también se establecían específicos deberes de consulta sobre aquellas decisiones importantes que se refiriesen al cierre o traslado de una filial o de una parte importante de la misma, a las reducciones o modificaciones sustanciales de la actividad, a las modificaciones importantes en materia de organización, métodos de trabajo y procesos de fabricación, establecimiento o cesación de sistemas de cooperación con otras empresas y a las medidas que afectasen a los trabajadores en materia de salud y seguridad en el lugar de trabajo. En el artículo 6 de la Propuesta Vredeling se preveía la obligación de comunicar, con al menos cuarenta días de antelación a su adopción, a la empresa filial estas decisiones que pudieran afectar negativamente a los intereses de los trabajadores; luego, la empresa filial debería comunicar las mismas a los representantes de los trabajadores y éstos dar su opinión sobre ellas en el plazo de 30 días, pudiendo solicitar el inicio de consultas para llegar a un acuerdo sobre tales medidas propuestas. La Propuesta Vredeling-Richard efectuaría después una reducción a la baja, con respecto a su versión precedente, de las materias sobre las que podía operar. Al respecto, vid. art. 3.2 de la Propuesta Vredeling-Richard, que limitaba las materias objeto de información solamente a los aspectos relacionados con la estructura de la empresa, situación económico-financiera, evolución de la producción y ventas, situación y evolución previsible del empleo y las inversiones, eliminándose de este modo informaciones de gran interés, contempladas en la Propuesta Vredeling, como eran las relativas a los procesos de trabajo, la introducción de nuevas tecnologías o los proyectos de futuro que pudiesen afectar a los intereses de los trabajadores, amén de aquellas materias sobre las cuales la dirección de la empresa calificase, mediante el oportuno expediente, como secretas, al considerar que su difusión podría acarrear un perjuicio grave para la propia empresa o hacer fracasar nuevos proyectos (art. 7).

⁵⁶⁸ Esto no planteaba especiales problemas cuando la dirección de la empresa dominante está en el mismo país o en otro país de la comunidad. El problema se planteaba cuando el centro de decisión estuviese situado fuera de la Comunidad Europea: en este caso particular, la cuestión trata de resolverse mediante la presencia en la Comunidad de un responsable de la empresa dominante con poder para cumplir tales obligaciones de información y consulta, o en otro caso, imponiendo la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la dirección de la empresa dominante a la dirección de la empresa filial que emplease dentro de la Comunidad el mayor número de trabajadores.

⁵⁶⁹ Art. 3.5, Propuesta Vredeling-Richard de 1983.

La innovadora formulación con la que la Comisión afrontará la problemática relativa a la información y consulta de los trabajadores en la Directiva C.E.U. se explica por una pluralidad de factores que, operando a diverso nivel, han contribuido todos ellos, en su propia medida, a establecer las premisas adecuadas para esta nueva aproximación a la materia en cuestión.

Esencialmente, se trata de los siguientes aspectos a considerar:

- a) La realización del mercado interior.
- b) El desarrollo del “principio de subsidiariedad”.
- c) El nuevo papel atribuido a la temática participativa en el ámbito comunitario.
- d) La gradual aparición de estructuras representativas de los trabajadores a nivel internacional en un creciente número de empresas.
- e) La estipulación del Acuerdo anexo al Protocolo de Maastricht sobre Política Social.

a) La realización del mercado interior suponía un impulso decisivo para el proceso de internacionalización de las empresas comunitarias, así como para la implementación de las acciones comunitarias dirigidas a configurar los instrumentos jurídicos necesarios que permitiesen la evolución proyectada: en concreto, este proceso se ha ido traduciendo en la aprobación de importantes Directivas en materia de sociedades, siendo especialmente destacable la adopción, después de veinte años de tentativas, del Reglamento del Consejo núm. 4064/89 relativo al control de las concentraciones de empresas a nivel europeo, que ha influido en diversos aspectos en la redacción del texto de la Directiva que nos ocupa⁵⁷⁰. A este propósito, se observa que el Reglamento sobre concentraciones contenía ya un embrional reconocimiento del derecho de los trabajadores a asumir una implicación, aunque fuese de manera indirecta, en las decisiones adoptadas por las empresas en esta materia, cuando tales decisiones viniesen a tener una incidencia sobre la situación de la ocupación existente en la misma. Así, a los representantes de los trabajadores de las empresas interesadas en la concentración y a los miembros de los órganos de administración o dirección de éstas “que demuestren un suficiente interés les viene, de hecho, reconocido el derecho a participar en el procedimiento correspondiente ante la Comisión dirigido a valorar la conformidad de la operación en cuestión al derecho comunitario”⁵⁷¹.

b) Un papel fundamental en la génesis de la Propuesta de la Directiva le corresponde también al denominado “**principio de subsidiariedad**”⁵⁷², que introducido en el Acta Única Europea de manera limitada para la materia medioambiental en el artículo

⁵⁷⁰ DOCE L 395, del 30 de diciembre de 1989, p. 1 y ss. En la doctrina, cfr. A. SANTA MARIA: “El reglamento comunitario n. 4064/89 sul controllo delle concentrazioni”, *Dir. Comm. Int.*, 1990, p. 127 y ss.

⁵⁷¹ Art. 18. 4, Reglamento 4064/89.

⁵⁷² COMISION CE: “Le principe de subsidiarité”, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen, del 27 de octubre de 1992, *Bulletin Quotidien Europe*, n. 1804/05, Bruxelles, 30 de octubre de 1992.

130 R (artículo 174 del TCE)⁵⁷³, ha encontrado una acogida general en el artículo 3B, párrafo 2, introducido a su vez en el Tratado de Maastricht (ahora artículo 5 del TCE), que expresamente viene a señalar que, en los sectores que no son de su exclusiva competencia, la Comunidad intervendrá según el principio de subsidiariedad, lo que implica que dicha intervención se producirá solamente y en la medida en que los objetivos de la acción prevista no puedan ser suficientemente realizados por los Estados miembros y, de acuerdo con las dimensiones o efectos de la acción en cuestión, pudieran ser mejor realizados a nivel comunitario.

De esta manera, el principio de subsidiariedad está llamado a desempeñar un papel relevante en el desarrollo del ordenamiento jurídico comunitario⁵⁷⁴: de hecho, a la subsidiariedad está ya adaptada la Directiva sobre Comités de Empresa Europeos pues, ante todo, la Comisión se ha limitado a disciplinar aquellos elementos que estuviesen caracterizados por un elemento de “transnacionalidad”, dejando a la competencia de cada singular Estado comunitario la regulación de las relaciones entre la dirección y los trabajadores en las empresas o grupos de empresas que tuviesen un carácter exclusivamente nacional. Una segunda aplicación del principio de subsidiariedad la encontramos en la autonomía que la Directiva ha reservado a las propias partes sociales, al dejar a su voluntad la elección de instituir o no el C.E.U., siendo con referencia a estos dos planos distintos que en materia social se suele hablar de una “doble subsidiariedad”⁵⁷⁵. Por último, es también manifestación del citado principio la decisión de aplicar, para la determinación de los “representantes de los trabajadores”, las leyes y prácticas vigentes en cada uno de los Estados miembros, reduciendo de esta manera al mínimo la intervención del legislador comunitario⁵⁷⁶.

c) La realización de una unidad económica y social en Europa, construida a través de una adecuada evolución de las relaciones industriales, ha constituido para la Comisión uno de sus objetivos básicos de la segunda mitad de los años ochenta, lo que ha

⁵⁷³ DOCE L 169, del 29 de junio de 1987. En doctrina, cfr. H. J. GLAESNER: “L’acte unique européen”, *R.M.C.*, 1986, pp. 311 y ss.; J. P. JACQUÉ: “L’acte unique européen”, *Rev. trim. dr. eur.*, 1986, pp. 597 y ss.; A. TIZZANO: “L’atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno”, *Foro it.*, 1989, IV, c. 75 y ss.; E. VOGEL-POLSKY: “L’acte unique, ouvre-t-il l’espace social européen?”, *Dr. s.*, 1989, pp. 177 y ss.; A. GIARDINA: “Il mercato interno alla luce dell’Atto unico”, *Riv. dir. eur.*, 1991, pp. 279 y ss.

⁵⁷⁴ Sobre el “principio de subsidiariedad” se ha desarrollado una notable literatura. A los fines limitados del presente comentario vid. F. A. PERAL: “Le Principe de subsidiarité: progrès ou statu quo après le traité d’Amsterdam?”, *R.M.U.E.*, 1/1998, pp. 95 y ss.; G. STROZZI: “Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell’Unione Europea”, *R.I.D.P.C.*, 1993, pp. 59; Ph. LANGLOIS: “Europe sociale et principe de subsidiarité”, *Dr.s.*, 1993, p. 201 y ss.; R. PERISSICH: “Le principe de subsidiarité, fil conducteur de la politique de la Communauté dans les années à venir”, *R.M.U.E.*, 1992, pp. 5 y ss.; G. ARRIGO: “Politica sociale e sussidiarietà: <<Una sola moltitudine>> di diritti?”, *Riv. Giur.Lav.Prev. Soc.*, 1992, I, pp. 629 y ss.

⁵⁷⁵ Se trata de una distinción clásica de la doctrina que, a tenor de lo expuesto y con relación al principio de subsidiariedad, distingue entre: a) una *subsidiariedad vertical*, en función de la cual la Comunidad actuará “sólo cuando la dimensión comunitaria y los efectos comunitarios de la materia así lo exijan” y, b) una *subsidiariedad horizontal*, ya que la “negociación de las partes sociales puede, si estas lo desean, desplazar o sustituir a la acción de la Comunidad”. Al respecto, vid. M^a. E. CASAS BAAMONDE: “Doble Principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1993, pp. 54-55.

⁵⁷⁶ En el mismo sentido, vid. M. HALL: “Behind The European Works Councils Directive: The European Commission’s Legislative Strategy”, *British J. Ind. Rel.*, diciembre 1992, pp. 547 y ss.

desembocado en la adopción en diciembre de 1989 en la llamada “**Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales**”⁵⁷⁷.

Aunque se ha criticado desde algunos ámbitos el carácter atípico y no vinculante de la Carta⁵⁷⁸, ciertamente la misma ha contribuido a resituarse de nuevo en el centro del debate comunitario la temática participativa y, así, el artículo 17 de la misma expresa la procedencia de desarrollar el derecho de información, consulta y la participación de los trabajadores siguiendo modalidades apropiadas y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diversos Estados miembros, con la advertencia de que esto debería tenerse especialmente en cuenta en las empresas o grupos de empresas que cuenten con establecimientos o empresas en varios Estados miembros de la Comunidad Europea, siendo objeto dicho artículo de expresa referencia por parte del Considerando cuarto de la Directiva sobre Comités de Empresa Europeos.

A pesar de la ausencia de fuerza vinculante, la adopción de la Carta y del relativo programa de acción legitimaría a la Comisión a emprender nuevas iniciativas dirigidas a favorecer formas de participación de los trabajadores. Dichas iniciativas pueden contemplarse desde una doble perspectiva: la primera, justificada por la necesidad de modificar algunas Directivas precedentes, en vigor desde hacía bastantes años, como ocurría con la Directiva en materia de despidos colectivos, modificada precisamente con relación a los aspectos relativos a la información y consulta con los representantes de los trabajadores; la segunda, dirigida a “revitalizar” proyectos anteriormente acometidos y luego temporalmente abandonados, como ocurría en la materia de información y consulta de los trabajadores.

Un elemento común a todas las iniciativas en cuestión ha sido la de haber adoptado una aproximación a la materia más realista, flexible y, por decirlo así, pragmática, basada en la armonización de objetivos y de mecanismos procedimentales. De este modo, una de las principales características de las nuevas propuestas consiste en la previsión de una pluralidad de modelos institucionales alternativos entre los cuales los Estados miembros podrían elegir, tratándose de esta manera de respetar la diversidad y las tradiciones jurídicas nacionales.

d) Una característica que se puede extraer de la observación de las prácticas derivadas de las relaciones económicas e industriales internacionales está constituida por la espontánea evolución de la estructura organizativa de numerosas empresas multinacionales,

⁵⁷⁷ Cfr. COMISIÓN C.E.: *Comunicación de la Comisión sobre su programa de acción en lo relativo a la realización de la Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, COM (89) 568, Bruselas, 5 de diciembre de 1989. En doctrina, C. COVA: *L'Europe du travail: la Charte Sociale*, *R.M.C.*, 1990, pp. 108, y más recientemente, P. POCHET: *Le premier rapport sur l'application de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs*, *Dr.s.*, 1993, pp. 10 y ss.

⁵⁷⁸ Cfr. COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL: *Diritti sociali fondamentali comunitari*, Parere, 1989, Bruxelles; una similar valoración crítica es manifestada por S. J. SILVIA: “The Social Charter of the European Community: a defeat for European Labor”, *I.L.R.R.*, 1991, pp. 626 y ss. No faltan en la doctrina posiciones de signo contrario asumidas, por otro lado, por juristas anglosajones; cfr. J.T. ADDISON y W. S. SIEBERT: “The Social Charter of the European Community: evolution and controversies”, *I.L.R.R.*, 1991, pp. 597 y ss. Para una reconsideración de la temática relativa a la tutela de los derechos sociales fundamentales a la luz del Tratado de Ámsterdam, cfr. L. F. M. BESSELINK: “Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiary in the European Union”, *C.M.L.R.*, 1998, pp. 629 y ss.

que se ha plasmado en la introducción de sistemas de representación de los trabajadores a nivel europeo, a los efectos de información y consulta.

Los procedimientos adoptados son multiformes, pero del conjunto de los acuerdos adoptados emerge la común convicción de las empresas de la importancia de obtener una corresponsabilidad de los trabajadores en la marcha de la empresa⁵⁷⁹. Los cambios operados en las relaciones económicas e industriales a nivel europeo han inducido a la Comisión a promover una serie de iniciativas legislativas dirigidas a la consecución de un doble objetivo: por un lado, regular las nuevas empresas de dimensión transnacional y, por otro lado, conectar el ejercicio a escala europea de las actividades económicas e industriales con la adopción de una lógica colaborativa en las relaciones con el personal.

Es este el contexto en el que se enmarcaba la aprobación de la Directiva C.E.U., y la reactivación, a finales de los años ochenta y nuevamente en el año 2000, de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo al Estatuto de Sociedad Europea finalmente adoptado, cuya operatividad, como sabemos, se haya condicionada a la realización de una Directiva anexa relativa a la implicación de los trabajadores en dicha Sociedad.

e) Por último, también debemos referirnos a la entrada en vigor, el 1 de noviembre de 1993, del Tratado de Maastricht, con el respectivo “**Protocolo y Acuerdo sobre Política Social**”⁵⁸⁰. Con ellos, los Estados miembros, con exclusión del Reino Unido, en el intento de proseguir con la vía trazada en la Carta Social de 1989, establecían importantes objetivos a realizar en los ámbitos social y laboral, ampliando en los mismos el recurso al voto mayoritario frente a la exigencia de unanimidad, convirtiendo dicho recurso en requisito suficiente para la adopción de instrumentos normativos en materia de información y consulta a los trabajadores.

De una parte viene establecido que, mediante decisión unánime (con exclusión de los representantes del Reino Unido), el Consejo podrá aprobar Directivas en materia de “representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y empresarios, incluida la cogestión”; pero, al mismo tiempo, se prevé la posibilidad de adoptar Directivas

⁵⁷⁹ Un análisis comparativo del contenido de algunos de los acuerdos más importantes adoptados por las multinacionales europeas se encuentra en P. BONNETTON, M. CARLEY, M. HALL y H. KRIEGER: “Accords en matière d’information et de consultation dans les multinationales européennes”, *Europe Sociale, Suppl.* 5/95, 1996, Bruxelles-Luxembourg, y en F. GUARIELLO: “Accordi di gruppo e strutture di rappresentanza europea”, *D.L.R.I.*, 1992, pp. 21 y ss.

⁵⁸⁰ Sobre el Protocolo y sobre el Acuerdo de Maastricht sobre Política Social vid. M. WEISS: “The Significance of Maastricht for European Community Social Policy”, *I.J.C.L.L.I.R.*, 1992, pp. 3 y ss.; J. C. SECHÉ: “L’Europe sociale après Maastricht”, *Cah. dr. eur.*, 1993, pp. 509 y ss.; D. C. DOWLING Jr.: “EC Employment Law After Maastricht: <<Continental Social Europe >>”?, *Int. Lawyer*, 1993, pp. 1 y ss, B. BERCUSSON y J. J. VAN DIJK: “The implementation of the Protocol and Agreement on Social Policy of the Treaty on European Union”, *I.J.C.L.L.I.R.*, n. 1, pp. 3 y ss. Para un análisis más completo de la evolución de las competencias comunitarias en materia de trabajo y relaciones industriales nos remitimos a T. TREU: “L’Europa sociale dall’Atto Unico a Maastricht”, *Q.D.L.R.I.*, 1991, pp. 9 y ss.; B. FITZPATRICK: “Community Social Law after Maastricht”, *Int. Law. Journ.*, 1992, pp. 199 y ss.; O. DUTHELLET DE LAMOTHE: “Du traité de Rome au traité de Maastricht: la longue marche de l’Europe sociale”, *Dr. s.*, 1993, pp. 194 y ss.; R. BLANPAIN y C. ENGELS: *European Labour Law*, Deventer, 1995, pp. 116 y ss.; S. SCIARRA: “Social Values and the Multiple Source of European Labour Law”, *Eur. Law. Journ.*, 1995, n. 1, pp. 60 y ss.; M. BIAGI: “Le relazioni industriali nell’Unione Europea”, *D. R. I.*, 1997, N. 3, pp. 17 y ss.; G. ARRIGO: *Il diritto del lavoro dell’Unione Europea*, Tomo I, Milano, 1998.

por mayoría cualificada en el ámbito de la “información y consulta de los trabajadores”. Por último, se excluye cualquier competencia comunitaria respecto a “los derechos de asociación, de huelga y cierre patronal”⁵⁸¹.

Y es que el Acuerdo sobre Política Social constituye un decisivo salto cualitativo en la construcción del espacio social europeo, y deja entrever la posibilidad de llegar a la formulación de un verdadero Derecho Comunitario del Trabajo, en la medida en que extiende la posibilidad de la intervención comunitaria a elementos esenciales de la regulación laboral optando, por otro lado, por la adopción del criterio de la mayoría cualificada para algunas relevantes materias, entre las cuales viene oportunamente incluida la información y consulta de los trabajadores.

Desde una perspectiva diversa, significativamente interesante, se pone de manifiesto la adopción por parte del Acuerdo sobre Política Social de una filosofía de promoción del diálogo social, confiriendo un renovado protagonismo a las partes sociales en el proceso de producción normativa a nivel comunitario, hasta el punto que en cierto sector de la doctrina se ha llegado a hablar de una especie de “*subsidiariedad horizontal*”, en virtud de la cual la acción de los sindicatos y de las asociaciones empresariales podría sustituir a las instituciones comunitarias y a los Estados miembros en la labor de transposición de la Directiva.

En definitiva, fue precisamente, la exclusión inicial del Reino Unido y la renuncia a exigir unanimidad las que hicieron posible la adopción de la Directiva sobre Comités de Empresa Europeos. Posteriormente, en el Consejo Europeo de Amsterdam, de julio de 1997, el Reino Unido cambiaría de manera casi inesperada su posición, al manifestar su propia decisión de acceder a las disposiciones sociales del nuevo Tratado, haciendo de este modo posible la incorporación del Acuerdo sobre Política Social, anexo al Tratado de Maastricht, en el nuevo texto del TCE, artículos 136-143 (ex arts. 117-120)⁵⁸².

Éste es el contexto general en el que se sitúa la aprobación de la Directiva C.E.U. de 1994, pero no debemos olvidar, analizando brevemente la génesis de la misma, que una Directiva sobre comités de empresa europeos había sido ya propuesta en diciembre de 1990⁵⁸³; y es que un proyecto de viable realización en su momento lo supuso la Propuesta inicial de Directiva sobre la creación de Comités Europeos a efectos de información y consulta de los trabajadores, que presentada por la Comisión de las Comunidades Europeas el 25 de Enero de 1991, posteriormente modificada en septiembre de 1991⁵⁸⁴, y vuelta a proponer por

⁵⁸¹ Art. 2 del Acuerdo de Política Social.

⁵⁸² Desde el 15 de diciembre de 1999 la Directiva también se aplica al Reino Unido. Directiva del Consejo 97/74, de 15 de diciembre de 1997, que extiende al Reino Unido la Directiva 94/45. DOCE L 10/22, de 16 enero de 1998.

⁵⁸³ COMISIÓN CE: *Propuesta de directiva del Consejo sobre la creación de Comités de Empresa Europeos en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitarias a los efectos de información y consulta de los trabajadores*, DOCE n. C 39/10 del 15 de febrero de 1991.

⁵⁸⁴ Cfr. DOCE n. C 336/11 del 31 de diciembre de 1991.

la Comisión en abril y en julio de 1994, sólo en septiembre de este último año pudo producirse por fin su aprobación definitiva⁵⁸⁵.

La inicial Propuesta de Directiva de 1991, sobre la creación de Comités de Empresa Europeos en las empresas de dimensión comunitaria, se situaba en el contexto de la dinamización del mercado interior y, en este sentido, no hay que olvidar que la creación del mercado único supondría en su momento un renacimiento del interés por los derechos de información y consulta en las empresas multinacionales, como antes hemos apuntado⁵⁸⁶.

De este modo, esta primera Propuesta de Directiva CEU aparecía históricamente como deudora de las experiencias previas que sobre el establecimiento de Comités de información y consulta se habían ya probado en empresas europeas multinacionales, generalmente basadas en acuerdos voluntariamente concluidos en el seno de las mismas.

Ya a finales de los años 60 y en la década de los años 70 podemos situar un primer intento, proveniente generalmente de estructuras sindicales internacionales, por extender las relaciones colectivas del trabajo, especialmente la negociación colectiva, al ámbito supranacional⁵⁸⁷; sin embargo, por diferentes causas, sólo se alcanzaría en muchos casos el nivel de reuniones con empresas europeas de diversas nacionalidades⁵⁸⁸. Habría de esperarse hasta bien entrada la década de los ochenta para conseguir la adopción en algunas empresas transnacionales de acuerdos de información y consulta⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ Las propuestas modificadas se encuentran publicadas, respectivamente, en DOCE n. C 135/8 del 18 de mayo de 1994 y en DOCE n. C 199/19 de 21 de julio de 1994.

⁵⁸⁶ Con carácter previo a la citada Propuesta de 1991 pueden, en este sentido, citarse la Resolución del Consejo sobre participación de los trabajadores, relativa a la proposición de Directiva Vredeling; la opinión conjunta de ETUC, UNICE y CEEP, dentro del marco del Diálogo Social de Val Duchese, sobre los derechos de información y consulta en relación con la introducción de nuevas tecnologías, que mostraba una posición común entre tales organizaciones sindicales y empresariales; el dictamen del CES de 18 de octubre de 1989 sobre las consecuencias sociales de las concentraciones transfronterizas de las empresas, y la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de febrero de 1990, dónde se recomendaba el establecimiento de comités consultivos europeos en las empresas multinacionales.

⁵⁸⁷ Entre estas experiencias podemos destacar, como más significativa, quizás la resultante del Acuerdo firmado en 1975 por el grupo francés BSN-Gervais Danone con sindicatos y representantes de las empresas filiales en Austria, Bélgica, Francia y Alemania, por el que se establecía una Comisión permanente de empleo, integrada por representantes empresariales y delegados sindicales nacionales.

⁵⁸⁸ Los motivos por los cuales se frustrarían muchas de estas primeras experiencias son diversos, y van desde la propia desconfianza sindical ante una cesión de poder a favor de estructuras internacionales, a la existencia de reservas empresariales ante fórmulas de consulta, pasando por el clima de incertidumbre que, como consecuencia de la crisis económica de los años 70, restaría interés a esta cuestión, ante la necesidad de hacer frente a otros problemas más acuciantes. Cfr. H. R. NORTHRUP, D. C. CAMPBELL, B. J. SLOWINSKY: “Multinational union-management consultation in Europe: Resurgence in the 1980’s?”, *International Labour Review*, vol. 127-5/1988, p. 526.

⁵⁸⁹ En el desarrollo de este fenómeno desempeñaría un importante papel el impulso “político-nacional” que en Francia se produciría en esas fechas, con la llegada al poder de los socialistas franceses, su política de nacionalizaciones y las leyes Auroux, sobre el establecimiento de Comités de Grupo y de fortalecimiento de los derechos de información y consulta. Cfr. F DURÁN LÓPEZ y C. SÁEZ LARA: *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, op. cit. p.56.

Así, desde mediados de los años ochenta empezaría a alcanzarse un significativo número de este tipo de acuerdos a escala europea y que, referidos a los derechos de información y consulta de los trabajadores, implicarían, en la mayor parte de los casos, la constitución de un comité u órgano de representación a este nivel⁵⁹⁰, teniendo estos acuerdos anteriores a la constitución de la Directiva C.E.U. un verdadero valor de precedente de dicha normativa comunitaria. En este sentido, debe destacarse que, antes de la aprobación de la Directiva C.E.U., unas cuarenta empresas europeas disponían ya de mecanismos de información y diálogo entre los representantes de los trabajadores y la dirección de la empresa.

Desde 1985 hasta 1991 se apreciaría un claro predominio de tales acuerdos en empresas francesas, de manera que casi podría hablarse hasta ese momento de una práctica privativa de las empresas de nacionalidad francesa. A partir de 1991, aparecerían también algunos acuerdos sobre comités de información y sobre reconocimiento de reuniones informativas anuales en ciertas empresas alemanas del sector químico, produciéndose en los años inmediatamente siguientes una aceleración de tales prácticas, de tal forma que en los años 1993 y 1994 el número de acuerdos se había duplicado⁵⁹¹.

Ahora bien, debe también reconocerse que estas experiencias previas a la adopción de la Directiva 94/45 tuvieron un carácter limitado, ya que se extendieron sólo a ciertos países de la Unión Europea (empresas francesas y luego alemanas fundamentalmente) y sólo a ciertos sectores productivos (sector del metal, químico, alimentación y financiero). Tras la aprobación de la comentada Directiva CEU el proceso cobraría un significativo impulso, y en los años inmediatamente posteriores se extiende también a otros países (especialmente nórdicos) y a otros sectores productivos, lo que permitiría que mediante acuerdos que han tenido lugar posteriormente ya a dicha aprobación, pero aún antes de la entrada en vigor de tal Directiva, se hubiera anticipado ya la vigencia de la misma en alrededor de doscientas empresas o grupos de empresas⁵⁹².

⁵⁹⁰ El primer acuerdo sería el firmado en octubre de 1985 por el grupo electrónico Thompson Grand Public, sobre derechos de información a nivel europeo, por el que se establecieron dos comités integrados conjuntamente por representantes de la empresa y por representantes sindicales y unitarios de los trabajadores. A partir de este acuerdo, otros se producirían en otras empresas galas, como BSN (1987), Bull (1988), St. Gobain (1990), Rhône-Poulenc (1990), Elf- Aquitaine (1991), etc...

⁵⁹¹ De las 18 empresas multinacionales que a fines de 1992 poseían tales acuerdos, las negociaciones dirigidas a lograr tales resultados se habían extendido ya a 32 empresas de sectores diversos durante 1993. Cfr.: << EIRR >>, 228/1993. Posteriormente, en diciembre de 1994, la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo publicaría los 35 Acuerdos que sobre información y consulta en empresas multinacionales europeas existían hasta la fecha. Al respecto, vid. M. HALL, M. CARLEY, M. GOLD. P. MARGINSON y K. SISSON: “European Works Councils: Planning for the Directive”, *J.R.S.*, pp, 15 y ss.

⁵⁹² La Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo fue recopilando y publicando dichos Convenios, firmados en respuesta a la Directiva CEU en los años 1994-1996. Cfr. << Review of current agreements on information and consultation in european multinational>> (EF 96/10).

4.1.2. Propuesta de Directiva de la Comisión, de 25 de enero de 1991, sobre la creación de Comités de Empresa Europeos en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria a los efectos de información y consulta de los trabajadores.

Sin perjuicio de la importancia de los acuerdos comentados, no cabe duda que en la posterior aparición de los Comités de Empresa Europeos tuvo una significativa importancia, como antes hemos señalado, la aparición en enero de 1991 de una Propuesta de la Comisión sobre Comités de Empresa Europeos, que si bien no fue finalmente adoptada, vendría a dar legitimidad a la idea de promover el desarrollo de las prácticas de información y consulta en las empresas de dimensión comunitaria y supondría un estímulo decisivo para la posterior aprobación de la Directiva 94/45.

En esta ocasión, y a diferencia de otras anteriores, la Comisión encontraría en principio un clima favorable a su actuación, ya que en los propios agentes sociales existía la convicción de que mejorar las posibilidades reales de participación de los trabajadores era una necesidad en las empresas multinacionales. En este contexto que parecía inicialmente propicio, la Comisión aprobaba una primera Propuesta de Directiva el 25 de enero de 1991, sobre la creación de Comités de Empresa Europeos en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria a los efectos de información y consulta de los trabajadores⁵⁹³. Tras su paso por el CES y por el Parlamento Europeo, la Comisión presentaría una Propuesta modificada de Directiva sobre la creación de Comités de Empresa Europeos, de 16 de septiembre de 1991⁵⁹⁴, que venía a incluir algunas modificaciones respecto a la versión precedente, orientadas a suavizar aquellos aspectos que habían recibido una mayor contestación⁵⁹⁵.

La pretensión de esta **Propuesta de Directiva de 1991** se dirigía no tanto a innovar y ampliar el umbral de derechos de información y consulta de los trabajadores como mecanismo de influencia permanente en las decisiones de las empresas, sino hacia quizás el objetivo más ambicioso y novedoso de garantizar el acceso de los representantes de los trabajadores a los reales centros de decisión de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria que operasen al menos en dos Estados miembros de la Comunidad Europea⁵⁹⁶.

⁵⁹³ COM 91 581 final.

⁵⁹⁴ COM 91 345 final.

⁵⁹⁵ Sobre la misma vid. J. CRUZ VILLALÓN: *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo, un marco legal insuficiente*, Editorial Trotta, Madrid 1992, op. cit. pp. 199 y ss.; J. L. MONEREO PÉREZ: *Los derechos de información...* pp.186 y ss. F. DURÁN LÓPEZ y C. SÁEZ LARA: *El papel de la participación...*, pp. 49 y ss.; P. TOSSI: “Informazione, consultazione, e partecipazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi d’imprese delle CEE”, *Notiziario Giurisprudenza Lavoro*, Suplemento núm. 9, 1993; T. TREU: “Informazione, Consultazione, Partecipazione. Prospettive Comunitarie e realtà italiana”, *Quaderni di diritto del lavoro e Relazioni Industriali*, núm. 10, 1991; M. HALL: “Behind the European Works Council Directive: the European Commission’s Legislative Strategy”, *British Journal of Industrial Relations*, 1992, pp. 547 y ss.

⁵⁹⁶ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ: *Los derechos de información...*, op. cit. pp. 187.

Se partía del interés existente por ofrecer un marco normativo comunitario de sustento y garantía de la eficacia de la autonomía colectiva en la regulación de los derechos de información y consulta en las empresas o grupos transnacionales: el modelo normativo comunitario propuesto adoptaría un protagonismo supletorio, de carácter subsidiario, aplicable sólo en los supuestos de fracaso del proceso de negociación colectiva.

La citada norma permitía la facultad de acceso directo de los representantes de los trabajadores al propio centro de decisión de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria, que bien podría producirse en la sociedad madre o empresa principal, o en la sociedad o empresa “más importante” residenciada en territorio de la Comunidad⁵⁹⁷. Por otro lado, en esta propuesta se apreciaba también una cierta tendencia hacia la normalización jurídico-laboral de las “empresas de grupo”⁵⁹⁸, ya que el fenómeno de la empresa de grupo tendía cada vez más a configurarse como un mecanismo de acentuada flexibilidad externa, ya que permite a los empresarios adaptarse a un entorno cada vez más cambiante; desde este punto de vista, la empresa de grupo no aparecía sino como una forma evolucionada de los modelos de organización de las empresas⁵⁹⁹.

Destáquense como aspectos principales de la Propuesta de Directiva que ahora nos ocupa los siguientes:

a) El objetivo y motivo principal de la aparición de la Propuesta de Directiva C.E.U. no era otro que el de “mejorar la información y la consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”: para evitar que aquellas se dispersasen en procedimientos que no permitiesen ningún seguimiento coherente, se proponía la creación de un Comité de Empresa Europeo, desde el momento en que así lo solicitasen los trabajadores o sus representantes siguiendo un procedimiento transparente⁶⁰⁰.

⁵⁹⁷ En este último caso, parece que en atención al número o umbral de efectivos. Como puede observarse, el grupo de coordinación queda excluido del ámbito de aplicación de la Directiva C.E.U., puesto que sólo entran dentro del supuesto fáctico o sociológico de la norma los grupos por subordinación o de estructura jerárquica, formados típicamente por una empresa dominante que ejerce el control y las empresas controladas por aquellas. Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ.: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, op. cit. pp. 187-188.

⁵⁹⁸ Sin llegar a pretender constituirse en norma de fuente comunitaria para la organización de un sistema de relaciones profesionales en el marco de las empresas de grupo, pues como señala Monereo Pérez “*subyacía en ella todavía una concepción excesivamente restrictiva de la empresa de grupo, vista fundamentalmente desde la perspectiva de organizar su control y de garantizar mecanismos de influencia de los trabajadores en las decisiones de gestión*”; en cierto modo, podría decirse que la propuesta de Directiva opera, al menos, una relativa institucionalización jurídica-laboral de la figura del “*grupo de empresas*” en el ámbito comunitario, aunque sólo sea a los efectos de los derechos de información y consulta de los trabajadores en los grupos de empresas de dimensión comunitaria. Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ: *Los derechos de información...*, op. cit. p. 197. Así, el grupo de empresas queda definido como el “*complejo empresarial integrador de la empresa que ejerce el control y las empresas controladas por aquellas*”, con arreglo a los criterios que se establecen en la propia normativa comunitaria (arts. 2c y 3). Vid. artículos 2 y 3 de la citada Propuesta de Directiva.

⁵⁹⁹ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ: *Los derechos de información...*, op. cit. p. 187.

⁶⁰⁰ Cfr. Presentación de la Comisión de la Propuesta de Directiva C.E.U., *Relaciones Laborales*, núm 8 (1991), p. 73.

De esta manera, la filosofía que impregnaba toda la Propuesta de Directiva no era otra que la de la adaptación de los procedimientos de información y consulta de los trabajadores a la estructura compleja y transnacional de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. La Directiva pretendía, en definitiva, que la circulación de informaciones y el procedimiento de consulta de los representantes de los trabajadores en las empresas de grupo y en otras empresas de estructura compleja de dimensión comunitaria se convirtiera en una práctica regular.

b) Por lo que se refiere al ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva, se proponía la creación del C.E.U. sólo en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria cuyos efectivos globales superasen un mínimo de 1.000 trabajadores y contaran, al menos, con dos centros de trabajo o empresas en dos o más Estados miembros que empleasen por lo menos a 100 personas cada una⁶⁰¹. Por tanto, se excluía del ámbito de aplicación de la norma comunitaria a las pequeñas y medianas empresas y también a aquellos grupos de empresas que tuviesen un carácter estrictamente nacional⁶⁰², pues por una parte, la norma, de haberse aprobado, sólo afectaría a las empresas o grupos de empresas que empleasen a más de 1000 trabajadores en el conjunto de los Estados miembros de la Comunidad⁶⁰³, y por otra, se exigía que la empresa o grupo estuviera establecido en, al menos, dos Estados miembros de la Comunidad Europea, y que ocupara, por lo menos en dos de ellos, a más de 100 trabajadores⁶⁰⁴. Además, el legislador español optaría después por modificar el párrafo 1º del apartado 1º del artículo 3, señalando que a los efectos de esta Ley se entenderá por Estados miembros “...los Estados Miembros de la Unión Europea y el resto de los Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”⁶⁰⁵.

El Art. 4.3 comprendía, por su parte, los casos de empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria cuya sede social estuviese situada fuera de la Comunidad. En este caso, se procedía a simular la existencia de una empresa de dimensión exclusivamente comunitaria, contabilizándose sólo sus efectivos en los Estados miembros. A ellas, la Propuesta daba el mismo trato y por tanto se imputaba el deber de creación del C.E.U. correspondiente bien al agente que representase a esta empresa o grupo de empresas en la Comunidad, o bien a la empresa instalada en el territorio de la Comunidad que emplease al mayor número de trabajadores⁶⁰⁶.

⁶⁰¹ Vid. art. 2 de la Propuesta de Directiva C.E.U. Este doble umbral pretende precisar, por un lado, que no se aplica a las pequeñas y medianas empresas, quedando excluidas las empresas aún vinculadas de menos de cien trabajadores; por otro, que la propuesta no afecta a la forma de regular la información y la consulta dentro de cada Estado miembro. Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ.: *Los derechos de información de los representantes...*, p. 198. Asimismo, vid. Presentación de la Comisión, *Relaciones Laborales*, núm 8 (1991), p. 73.

⁶⁰² Carácter transnacional plenamente coherente con la Exposición de Motivos de la Propuesta, expresión del principio de subsidiariedad vertical.

⁶⁰³ Condición ya establecida en la Propuesta Vredeling-Richard.

⁶⁰⁴ Requisito novedoso que viene a excluir a las empresas o grupos de empresas de menores dimensiones, si bien, una vez superados los límites establecidos la Propuesta de Directiva pudiera haber sido aplicada al conjunto de la empresa o grupo, aunque los mismos no hubieran superado en un determinado Estado los límites aludidos.

⁶⁰⁵ Redactado por el artículo único.Uno de la Ley 44/1999, de 29 de noviembre.

⁶⁰⁶ Este tipo de mecanismos delimitadores del ámbito de aplicación ya se encontraban en la Propuesta Vredeling-Richard, siendo objeto de importantes críticas por parte de diversas multinacionales extracomunitarias, especialmente de Estados Unidos y Japón.

c) Respecto al procedimiento de creación del C.E.U. es de destacar que, en esta Propuesta de 1991, su constitución era contemplada como potestativa para los representantes de los trabajadores, los cuales podían rechazarla por unanimidad⁶⁰⁷. Por otro lado, la iniciativa para la creación del C.E.U. podía partir bien de la dirección empresarial o bien de los trabajadores afectados o de sus representantes.

Si la negociación conducía finalmente a la adopción de un acuerdo colectivo (<<acuerdo C.E.U.>>), este acuerdo sería el encargado de definir la naturaleza, composición, forma de funcionamiento y competencias del C.E.U., incluido el propio procedimiento de información y consulta al mismo. En caso de falta de acuerdo se aplicarían los requisitos mínimos fijados por la legislación del Estado miembro en el que se encontrara la dirección central de la empresa o, en el caso de un grupo, de la empresa que ejerciese el control; requisitos que debían estar sujetos a las normas contenidas en el anexo de la Directiva y que formaban parte de la misma.

d) Desde el punto de vista de su esfera competencial, el C.E.U. no aparecía concebido como una simple instancia “informativa”: aunque el objetivo de la Propuesta era asegurar derechos de información y consulta, y no se hace referencia al derecho de participación en el sentido “fuerte” del término⁶⁰⁸, las atribuciones de facultades de información y consulta que se hacían permitían intuir que se le asignaba a las mismas una cierta intensidad en la participación, lo que le permitiría además al C.E.U. articular una función de control sobre determinadas decisiones adoptadas en la empresa de estructura compleja, configurándose, de esta manera, como un órgano de control de los grupos de sociedades de dimensión comunitaria⁶⁰⁹. Destáquese, además, que la autonomía colectiva podía dotar en el acuerdo de constitución del C.E.U. de amplios contenidos, incluso negociadores, a las competencias del mismo; salvo un núcleo mínimo de atribuciones garantizadas, el <<acuerdo C.E.U.>> era libre para determinar la esfera de las funciones y atribuciones del Comité de Empresa Europeo⁶¹⁰.

Pero, sobre las mismas deben hacerse dos precisiones: si por un lado las competencias del C.E.U. se circunscribían a los aspectos concernientes a la dimensión comunitaria de la empresa o grupos de empresas en las que operara, por otro lado se le garantizaban al C.E.U., como mínimo, las siguientes competencias, en el sentido que a continuación se relata:

⁶⁰⁷ El art. 2.d) se refiere a la noción de representantes de los trabajadores a efectos de la presente Directiva, estableciendo que serán aquellos “representantes de los trabajadores establecidos por la legislación o prácticas de los Estados miembros, excluidos los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia de la empresa que formen parte de dichos órganos en calidad de representantes de los trabajadores”. Si no hay representantes de los trabajadores, será el conjunto de éstos quien elegirá representantes para el grupo especial de negociación y para el Comité de empresa (art. 5.1).

⁶⁰⁸ “la Comisión parece insistir más en la idea de consulta e información, adoptando una posición neutra que puede ser aceptable tanto para ordenamientos en los que la consulta e información se hacen desde la lógica de la cooperación, como para aquellos que en los que esa consulta e información sirven más bien de apoyo a la acción sindical y a la negociación colectiva”. Cfr. M. RODRIGUEZ-PIÑERO: “Los derechos de información y consulta de los trabajadores y la dimensión comunitaria de la empresa”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 1990, p. 77.

⁶⁰⁹ J. L. MONEREO: *Los derechos de información...*, op. cit. p. 201.

⁶¹⁰ Art. 6.1.

1) *Derecho de contacto directo con la dirección*: la Propuesta preveía un mecanismo de relación directa y estable entre la dirección central de la empresa y la representación de los trabajadores⁶¹¹, y en el que el C.E.U. tendría el derecho a ser informado sobre la marcha y perspectivas de los negocios de la empresa o grupos de empresas, circunstancia que suponía un importante paso adelante hacia la constitución de un ámbito comunitario permanente de relación entre ambas partes⁶¹². Sin embargo, debe advertirse que este mecanismo era limitado, con una cadencia temporal preestablecida de carácter anual, lo que dificultaría un seguimiento dinámico de los problemas de la gestión del complejo empresarial.

2) *Derechos información y consulta*: El C.E.U. tendría, además de la reunión especial anterior de carácter anual, el derecho a ser informado y consultado por la dirección de la empresa o empresa que ejerce el control sobre cualquier propuesta de la dirección que pudiera tener consecuencias para los intereses de los trabajadores. Esta consulta se realizaría con la debida antelación, y se efectuaría basándose en un informe de la dirección empresarial. La decisión final recaería exclusivamente sobre la dirección central de la empresa o de la empresa que ejerce el control.

e) Por último, uno de los aspectos más criticables de la Propuesta era la autorización que se confería a la dirección central para no comunicar ciertas informaciones concernientes a materias que tuviesen carácter “secreto”. Aparte de esto, se imponía un deber genérico de discreción respecto de las informaciones de carácter confidencial. La Propuesta de Directiva autorizaba a los Estados a establecer importantes limitaciones sobre la disponibilidad y la divulgación de informaciones por parte de los representantes o de los trabajadores que la reciban. Se diferenciaba así entre información secreta no comunicable a los representantes⁶¹³, y las informaciones meramente confidenciales para cuyos destinatarios grava solamente un deber de no divulgación a terceros, considerando que no tenían esta condición los trabajadores representados⁶¹⁴.

⁶¹² A diferencia de lo que ocurría en anteriores Propuestas, como la Vredeling, que también establecían la obligación de informar y consultar sobre las actividades del conjunto de la empresa o del grupo, carga jurídica que correspondía a las direcciones centrales, pero que no correspondía materializar a aquellas, ya que finalmente la información sería suministrada por las direcciones locales del grupo. Sólo en aquellos supuestos en los que las direcciones locales incumpliesen sus obligaciones, se permitía a los representantes de los trabajadores a acceder a la dirección central reclamando la información no suministrada. Posteriormente, incluso este efecto “*by-pass*” se vería eliminado en la Propuesta Vredeling-Richard, en donde limita la posibilidad de actuación de los representantes de los trabajadores, que ahora con ella, sólo podrían dirigirse por escrito a la dirección central para reclamar dicha información no suministrada por la filial correspondiente.

⁶¹³ Así, el art. 8.1 dice: “Cada Estado miembro podrá disponer que la dirección central de la empresa de dimensión comunitaria o de las empresas que ejercen el control situadas en su territorio puedan abstenerse de comunicar información cuya divulgación pudiera ocasionar graves perjuicios a los intereses de las empresas”.

⁶¹⁴ Art. 8.2: “Los Estados miembros dispondrán lo necesario para que los miembros del C.E.U. o los trabajadores a los que informen, no revelen a terceros cualquier información confidencial que les haya sido confiada”.

4.2. LA DIRECTIVA DEL CONSEJO, DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1994, RELATIVA A LA CONSTITUCIÓN DE UN COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO O AL ESTABLECIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO DE INFORMACIÓN Y CONSULTA A LOS TRABAJADORES EN LAS EMPRESAS O GRUPOS DE EMPRESAS DE DIMENSIÓN COMUNITARIA.

A pesar de ese clima inicialmente propicio en el que parecía situarse la Propuesta de Directiva C.E.U. de 1991, marcado por el interés creciente de los agentes sociales por mejorar las posibilidades reales de participación de los trabajadores en las empresas transnacionales y por los antecedentes de las experiencias de acuerdos de información y consulta negociados en empresas multinacionales del entorno geográfico comunitario, la Propuesta de 1991 permanecería bloqueada en el Consejo durante todo el proceso de ratificación de los nuevos Tratados, que se prolongaría hasta noviembre de 1993, cuando definitivamente éstos entran en vigor.

Durante 1993 las presidencias semestrales de Dinamarca y Bélgica intentaron de nuevo que se aprobara la Propuesta, pero sus respectivas iniciativas no lograron conseguir el acuerdo necesario. Y es que, como era tradicional en la actuación de la Comisión Europea en la materia que nos ocupa, no faltaron las reacciones de signo contrario al texto de la Propuesta de 1991. Por un lado, el Gobierno británico se opondría fuertemente a una Propuesta que implicaba una intervención heteronómica en las relaciones laborales, trasluciéndose de nuevo claras diferencias ideológicas en este tema. Por otro lado, también desde instancias británicas se levantaron críticas a la carencia de fórmulas que operasen una promoción de la participación individual de los trabajadores⁶¹⁵. Reacciones igualmente adversas surgieron de la organización empresarial europea, al considerar que la Comisión no había tomado suficientemente en consideración la diversidad propia de las distintas legislaciones nacionales, las prerrogativas empresariales, la propia autonomía de las partes sociales y las necesidades económicas de las empresas⁶¹⁶.

Posteriormente, con la intención de solventar las dificultades planteadas por las organizaciones empresariales y aprovechando ahora los nuevos procedimientos previstos en el Tratado de la Comunidad Europea, la Comisión exploraría la posibilidad de conseguir un acuerdo entre los interlocutores sociales durante los primeros meses de 1994. Desechada esta vía, la Comisión decidiría finalmente presentar una nueva Propuesta de Directiva en abril de 1994⁶¹⁷.

⁶¹⁵ Sobre la posición del Reino Unido, vid. United Kingdom, Involvement or Participation, *EIRR*, 192, p. 23.

⁶¹⁶ Cfr. UNICE renews its opposition to EWCs, *EIRR*, 233, p. 3; *The EWCs Directive and previous participation initiatives*, cit. p. 27.

⁶¹⁷ DOCE C 135, de 18 de mayo de 1994.

De este modo, la nueva Directiva será el fruto de una nueva Propuesta formulada por la Comisión que ya no se basaría en el artículo 100 del Tratado, sino en el Protocolo sobre la Política Social anejo al Tratado de la Unión Europea y en el punto 17 de la Carta Comunitaria de derechos sociales. El Consejo Económico y Social emitiría un dictamen favorable sobre esta Propuesta el 1 de junio de 1994, e igualmente favorable sería también el dictamen del Parlamento Europeo, de 4 de mayo de 1994. Por su parte, en el Consejo de Ministros de Asuntos Sociales se conseguiría adoptar una posición común sobre la Propuesta de Directiva, que contaría con el decidido impulso de Alemania, país que ocupaba en esos momentos la presidencia semestral⁶¹⁸. Por último, el 22 de septiembre de 1994, el Consejo de la Unión Europea lograría, por fin, aprobar la Directiva 94/45⁶¹⁹.

Como podemos ver, la aprobación de la **Directiva 94/45/CEE.**, de 22 de Septiembre de 1994 (Directiva C.E.U.), relativa a la constitución de un Comité Europeo o al establecimiento de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria supuso, por tanto, un logro importante en la andadura iniciada hacía ya años con tal propósito⁶²⁰. La adopción de esta Directiva no ha sido fácil. La intervención de la Comunidad en este terreno contó, como antes indicamos, con la significativa inicial oposición de UNICE, favorable a la exclusiva actuación de los interlocutores sociales en relación con los derechos de información y consulta en la empresa, siendo en definitiva posible dicha intervención gracias al Tratado de la Unión Europea y al Protocolo Social anexo al mismo. Y es que esta nueva Directiva era la primera que se elaboraba ya según el procedimiento contenido en el Protocolo de Maastricht sobre Política Social, teniendo como base jurídica concretamente los artículos 3 y 4 del mismo, y su apoyatura política se encontraba en la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores de 1989, artículo 17, que también incluía el desarrollo de la información, consulta y participación de los trabajadores con carácter general, situándose en un doble plano:

⁶¹⁸ DOCE C 199, 18 de julio de 1994.

⁶¹⁹ DOCE de 30 de septiembre de 1994.

⁶²⁰ Originariamente, el proyecto europeo para regular las relaciones entre los trabajadores y sus representantes de un lado, y las empresas de otro, era muy ambicioso: se pensaba realmente en establecer una normativa armonizadora de las legislaciones de los Estados miembros aplicable a todas las empresas y, esto es lo más significativo, referida a la participación de los trabajadores en las empresas como algo más amplio que las funciones de información y consulta. Con el paso del tiempo, probablemente la evolución social, económica y política del mercado europeo provocaron un cambio de objetivos, del que resultó una Directiva restringida a regular los derechos de información y consulta y aplicable a concretas empresas, las de dimensión comunitaria y a los grupos de empresas transnacionales. Vid. F. J. GORDILLO ALHAMBRA: Los comités de empresa europeos y otros procedimientos de información y consulta análogos, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1997, nº 2, p. 131. Además, existe una importante diferencia entre la Directiva C.E.U. y otros instrumentos anteriores, como la Propuesta de Directiva Vredeling-Richard, a saber: la Directiva C.E.U. se configura como una normativa de apoyo a la negociación colectiva a escala comunitaria, y en particular en la empresa o grupo de empresa de dimensión comunitaria; las anteriores propuestas pretenderán garantizar directamente, con independencia del desarrollo negocial, procedimientos de información y consulta; esta consideración nos permite calificar a la nueva Directiva como <<nueva propuesta>> y no como simple <<reposición>> de la Directiva Vredeling-Richard. Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ: “Por un nuevo modelo de regulación jurídica de los grupos de empresas en el derecho comunitario y en el ordenamiento español: Problema, Sistema y método”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho Social Internacional y Comunitario*, 1998, nº 7. En similar sentido, F. GUARRIELLO: *Luci ed ombre nell'esperienza dei consigli europei d'impresa*, cit. p. 308.

a) el proceso de concentración empresarial en el espacio europeo como arma precisa frente a la competencia internacional de empresas norteamericanas y japonesas.

b) la apuesta decidida desde diversos sectores por unas relaciones más participativas como aspecto clave para alcanzar mejoras de productividad, calidad e innovación

En este sentido, se partía de la consideración de que la realización del mercado interior daría lugar a procesos de concentraciones de empresas, fusiones transfronterizas, absorciones y asociaciones, y a una transnacionalización de las empresas y grupos de empresas, lo que exigiría también que las empresas y grupos de empresas que operen en varios Estados miembros informen y consulten a los representantes afectados por sus decisiones; por ello, se propone la creación de un comité de empresa europeo o el establecimiento de otro procedimiento adecuado para la información y consulta transnacional a los trabajadores, con el fin de evitar casos en los que, al no tenerse en cuenta el carácter transnacional de la entidad que adopta las decisiones, se pudiera dar una desigualdad de trato a los trabajadores afectados por las mismas dentro de una empresa o de un mismo grupo de empresas.

La **aplicación territorial** de esta Directiva tenía como ámbito inicial de aplicación a la Unión Europea, con exclusión de Gran Bretaña⁶²¹, o sea, los once países que firmaron el Protocolo de Política Social con el Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, más los tres nuevos Estados que se adhirieron en 1995, Austria, Finlandia y Suecia, previniéndose la posibilidad de su aplicación a Noruega, Finlandia y Liechtenstein, países integrados en el Espacio Económico Europeo, aunque no pertenecieran a la Unión Europea. Posteriormente, la Directiva 98/74/CE, del Consejo, de 15 de diciembre supondría la ampliación de la misma al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y, en el caso español, sería la ley 44/1999, de 29 de noviembre, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, cuyo artículo único. Dos modificaba la ley 10/1997⁶²², dando una nueva redacción al artículo 24 de la misma, la que recogería en nuestro ordenamiento jurídico dicha ampliación.

⁶²¹ La exclusión de Gran Bretaña no se podía considerar absoluta, ya que la Directiva también era aplicable aunque la sede de la empresa o sociedad matriz se encontrara en dicho país cuando existiesen establecimientos o empresas del grupo en otros países comunitarios. La Directiva también será de aplicación a empresas y grupos multinacionales no europeos respecto de sus centros y empresas situados en los Estados miembros. De otra parte el mayor número de entidades que cumplan las exigencias de la Directiva serán “grupos de empresas”. Vid. M. HALL, M. CARLEY, M. GOLD, P. MARGINSON y K. SISSON: *European works Councils: planning for the Directive*, cit. pp. 11-13. Un listado sobre las empresas previsiblemente incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva C.E.U., puede verse en dicha obra, pp. 56 y ss.

⁶²² La distancia temporal existente entre la fecha de aprobación de la Directiva C.E.U. y la promulgación de la Ley 10/1997 hicieron que una Directiva que inicialmente sólo iba a aplicarse en el territorio de los 11 Estados miembros de la Unión Europea -todos los integrantes de la Unión Europea en ese momento, con la excepción británica- pasará en el momento de aparición de la norma española de transposición a afectar ya a 17 Estados, al incluir a los nuevos socios comunitarios, Austria, Suiza y Finlandia, a los que se añadirían Noruega, Islandia y Liechtenstein, al decidir el 22 de junio de 1995 la Comisión Mixta del Espacio Económico Europeo incluir en el Anexo XVIII del Tratado del Espacio Económico Europeo a la Directiva C.E.U. Tras la aceptación británica del Acuerdo sobre Política Social y su posterior incorporación al tratado de la Unión, la Directiva C.E.U., por medio de la Directiva 97/74/CE de 15 de diciembre de 1997 y la norma española de transposición, por medio de la citada Ley 44/1999, de 29 de noviembre serían modificadas con el objetivo de ampliar su ámbito de aplicación territorial y adaptarse a dicha circunstancia. A fecha de 22 de Septiembre de 1996 cinco países de la Unión Europea habían efectuado la correspondiente transposición a su derecho interno de la Directiva C.E.U. Posteriormente Austria (17 de octubre de 1996), Italia (6 de noviembre 1996) y Alemania (1 de noviembre de 1996) realizaron dicha labor, que sería seguida en 1997 por Holanda (5 de

En cuanto a su **ámbito de aplicación**⁶²³, de manera sintética podemos afirmar que la Directiva 94/45 quiere garantizar que los trabajadores o grupos de empresas transnacionales que actúen en el espacio de la Unión Europea puedan ser informados y consultados a través de los procedimientos alternativos que prevé la Directiva, siempre que se trate de:

a) Una empresa de dimensión comunitaria: toda empresa que emplee un mínimo de 1.000 trabajadores en el conjunto de los Estados miembros y, por lo menos en dos Estados miembros diferentes, un mínimo de 150 trabajadores en cada uno de ellos⁶²⁴.

b) Un grupo de empresas de dimensión comunitaria: todo grupo de empresas - conformado por la empresa que ejerce el control y las empresas controladas- que dé empleo como mínimo a 1.000 trabajadores en el conjunto de los Estados miembros, que comprenda por lo menos a dos empresas que formen parte de aquel grupo en Estados comunitarios diferentes, y que al menos una de estas empresas emplee a 150 trabajadores en un Estado miembro y otra a 150 trabajadores en otro Estados miembro⁶²⁵, computando la plantilla mínima exigida “con arreglo a la media de los trabajadores, incluidos los trabajadores a tiempo parcial, empleados en el curso de los dos años precedentes”⁶²⁶, afectando a todos los establecimientos y a todas las empresas del grupo establecidas en los Estados miembros.

Al tratar de analizar el ámbito de aplicación de la Directiva C.E.U. surge de manera casi espontánea su comparación con lo previsto al respecto por el Reglamento 4064/89 en materia de concentración de empresas. Es cierto que el paralelismo entre ambas normas no puede ser excesivo, dada la diversa función de las disposiciones contenidas en los dos textos normativos, pero sí queda circunscrito a algunos aspectos de carácter eminentemente formal. La analogía es, desde luego, evidente en la recuperación del concepto de “*dimensión comunitaria*” para calificar las empresas y grupos destinatarios de las obligaciones previstas por la Directiva, así como en la adopción de un mecanismo de “*doble umbral*” para identificar concretamente a tales empresas y grupos de aquellos de relevancia meramente nacional, estando constituido el elemento utilizado para dicho fin por el número de los trabajadores empleados⁶²⁷.

febrero), Grecia (1 de marzo) y España (24 de abril); siendo Portugal el último en adoptar un acto de transposición de la misma (publicado el 9 de junio de 1999, entrando en vigor el 9 de julio de dicho año).

⁶²³ Se anticipa al posible lector de esta Tesis, dada la importancia y centralidad de la cuestión, que el tema referido a las relaciones entre la normativa sobre implicación de los trabajadores en la SE y las disposiciones sobre el Comité de Empresa Europeo, y por tanto, a la coordinación del ámbito de aplicación entre ambas normas, Directiva CEU y Directiva S.E., es objeto de tratamiento específico con posterioridad. *Vid. Parte II, Cap. 2.2.2.*

⁶²⁴ Art. 2.1. Directiva C.E.U.

⁶²⁵ Art. 2.1.

⁶²⁶ Art. 2.2.

⁶²⁷ El art. 1.2 del Reglamento 4064/89 hace referencia a diversos parámetros de la facturación total realizada a nivel mundial por todas las empresas implicadas y de la facturación total realizada individualmente en la Comunidad por al menos dos de las empresas participantes en las operaciones de concentración.

En la Propuesta originaria de la Comisión de 1990 “*la empresa de dimensión comunitaria*” era definida en el artículo 2, letra a), como una empresa con al menos 1000 trabajadores en la Comunidad y con, por lo menos, dos establecimientos en diferentes Estados miembros, cada uno de ellos con 100 trabajadores como mínimo.

Esta definición, que venía a limitar excesivamente el ámbito de aplicación de la Directiva y que aparecía como inadecuada para los fines perseguidos por la Comisión⁶²⁸, y a su vez fácilmente eludible, sería posteriormente modificada en septiembre de 1991, en el sentido de considerar como suficiente para la aplicación de la norma que “los mil trabajadores en la Comunidad” estén emplazados en al menos dos Estados miembros y en número no inferior a cien en cada uno de ellos.

Esta solución sería confirmada en la versión definitiva de 1994, excepto en el número de empleados en los dos Estados miembros, ahora fijado en ciento cincuenta trabajadores en cada uno⁶²⁹; por otro lado, venida a menos la referencia al “establecimiento”⁶³⁰, debe retenerse, por tanto, que el segundo umbral pueda ser alcanzado en el caso de que los ciento cincuenta trabajadores se encuentren distribuidos en una pluralidad de establecimientos y unidades productivas diferentes, de dimensiones reducidas, pero situadas en un único Estado miembro⁶³¹. En cualquier caso, resultan excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva las pequeñas y medianas empresas cuyos efectivos totales no superen las ciento cincuenta unidades, las cuales han sido objeto en los últimos años de diversas iniciativas comunitarias dirigidas a facilitar su desarrollo⁶³².

Por lo que respecta, en cambio, al “*grupo de empresas dimensión comunitaria*”, éste hemos visto que aparece definido por el artículo 2.1.c) como un grupo de empresas con al menos mil trabajadores en la Comunidad, y con, por lo menos, dos empresas pertenecientes al grupo situadas en Estados miembros diferentes, las cuales han de emplear, cada una de ellas, a ciento cincuenta trabajadores como mínimo⁶³³. Conforme a las indicaciones expresadas por el Parlamento Europeo y por el Comité Económico y Social, en el texto definitivo de la Directiva

⁶²⁸ En la Relación que acompañaba a la Propuesta originaria de Directiva, la Comisión revelaba que “de acuerdo con estadísticas de 1986, las grandes empresas (...) representaban menos del 1% del número total de las empresas, pero el 28% de los puestos de trabajo”. Cfr. COMISIÓN CE, COM (90) 581, Bruselas, 25 de enero de 1991, p. 7.

⁶²⁹ Art. 2.1.a) Directiva 94/45.

⁶³⁰ En el art. 1.b) de la Propuesta modificada de Directiva Vredeling de 1983, el “establecimiento” venía definido como “una unidad, en particular un laboratorio, una sucursal, una agencia, una fábrica o una oficina, geográficamente separada, pero no jurídicamente independiente de la empresa de la que forma parte”.

⁶³¹ La Comisión ha señalado que la modificación del artículo 2.a) está expresamente dirigida a relacionar “el umbral del número de efectivos mas con el Estado miembro que con el establecimiento”. “En caso contrario habría quedado excluido un cierto número de empresas del sector terciario”. Cfr. COMISION CE, COM (91) 345, Bruselas, 3 de diciembre de 1991.

⁶³² Véase, por ejemplo, la Decisión del Consejo, del 14 de junio de 1983, relativa a un programa plurianual de acciones comunitarias destinadas a reforzar las orientaciones prioritarias y a asegurar la continuidad y consolidación de las políticas para la empresas, en particular para las pequeñas y medianas empresas, en la Comunidad. D.O.C.E. L 161, del 2 de julio de 1993.

⁶³³ El artículo 2.1.b) contiene además la definición de “grupo de empresa”, que debe entenderse, conforme al mismo, integrada por una empresa que ejerce el control y las empresas por ella controlada.

está establecido que el umbral de efectivos fijados en el artículo 2.1 se fijará “con arreglo a la media de los trabajadores, incluidos los trabajadores a tiempo parcial, contratados durante los dos años precedentes, calculados con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”⁶³⁴. Esta disposición está dirigida a resolver las variaciones que intervienen en el número de empleados y que, para el caso de empresas fundadas o controladas en los últimos dos años, debe ser entendida en el sentido de que el periodo de referencia se inicia desde el momento en el que la empresa ha comenzado a funcionar o, en su caso, a ser controlada⁶³⁵, resultando al menos más clara que aquella ya contenida en la Propuesta de 1991, que se limitaba a referirse a “los trabajadores normalmente empleados en los dos últimos años”, lo que daba lugar a una cierta incertidumbre sobre la concreta determinación de tal criterio.

La definición de “grupo de dimensión comunitaria” está completada por la noción de “grupo de interés” (artículo 2.1.b) y por la de “empresa que ejerce el control”, a la que están dedicados los primeros cinco párrafos del artículo 3 de la Directiva.

En cuanto al “ejercicio del control”, de acuerdo con el artículo 3.1, en los casos de grupos de empresas de dimensión comunitaria la determinación del mismo viene referida a la “posibilidad de ejercer una influencia dominante sobre otra empresa por razones de propiedad, participación financiera o estatutos”, presumiéndose dicha circunstancia, en el párrafo 2 del citado artículo 3, salvo prueba en contrario, cuando directa o directamente la empresa en cuestión “posea la mayor parte del capital suscrito de la empresa controlada, disponga de la mayoría de los votos correspondientes a las acciones emitidas por esta empresa, o pueda nombrar a más de la mitad de los miembros del consejo de administración, de dirección o de control de la empresa”, siendo esta última circunstancia la determinante para el supuesto de conflicto de leyes porque dos o más empresas de grupo cumplan con uno o varios de los requisitos exigidos⁶³⁶. Sin embargo, “no se presumirá que exista tal influencia dominante únicamente por el hecho de que un mandatario ejerza sus funciones, en virtud de la legislación de un Estado miembro relativa a la liquidación, la quiebra, la insolvencia, la suspensión de pagos, el convenio de acreedores u otro procedimiento análogo” (art. 3.5).

Aunque en el Considerando decimotercero de la Directiva a examen se afirma expresamente que la noción elegida de “empresa que ejerce el control” define ésta “exclusivamente a efectos de la presente Directiva y sin perjuicio de las nociones de grupo y de control que pudieran adoptarse en textos que se elaboren en el futuro”, parece evidente como la misma ha sido a su vez fuertemente influida por precedentes intentos normativos realizados en sede comunitaria⁶³⁷. El concepto de “empresa que ejerce el control” elaborado en

⁶³⁴ Art. 2.2. El art. 25.1. de la Ley 10/1997 viene a concretar, para el caso español, que la referencia temporal que deberá tenerse en cuenta será los dos últimos años a contar “desde el inicio del procedimiento de negociación”, estableciendo reglas para el cálculo del número de trabajadores durante ese período.

⁶³⁵ Cfr. COMISIÓN CE, COM (91) 345, Bruselas, 3 de diciembre de 1991, p. 1.

⁶³⁶ Cfr. M. COLINA ROBLEDO, J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO: *Derecho Social Comunitario*, 2ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 516. Como estos autores señalan “la legislación aplicable para determinar si una empresa es una empresa que ejerce el control será la del Estado miembro en cuyo territorio esté establecido su agente o, a falta de éste, la del Estado miembro en cuyo territorio se halle la dirección central de la empresa del grupo que emplee el mayor número de trabajadores”, op. cit. p. 516.

⁶³⁷ La noción de “empresa que ejerce el control” elaborada en la Directiva C.E.U. ha sido a su vez utilizada para definir la “empresa filial”, en el contexto de la Directiva que completa el Estatuto de la Sociedad Europea. Cfr. Art. 2.c) Directiva 2001/86/CE.

la Directiva sobre Comités de Empresa Europeos se inspira, de hecho, en la Directiva 88/627 relativa a las informaciones a publicar en el momento de la adquisición o de la cesión de una participación importante de una sociedad cotizante en bolsa⁶³⁸, y en la Directiva 83/349 (la séptima Directiva en materia societaria) sobre cuentas consolidadas⁶³⁹.

Por último, no debe olvidarse que la noción de control aparece de una manera amplia, como consecuencia del párrafo 3 del comentado artículo, al reconocer la figura del “*control indirecto*”, señalando expresamente que “*a efectos del artículo 2, los derechos de voto y de nombramiento que ostente la empresa que ejerce el control incluirán los derechos de cualquier otra empresa controlada y los de toda persona u órgano que actúe en nombre propio pero por cuenta de la empresa que ejerce el control o de cualquier empresa controlada*”.

Notable interés presentan también las disposiciones que delimitan la **esfera competencial del Comité de Empresa Europeo**⁶⁴⁰, así como aquellas dirigidas a garantizar la ejecución de las obligaciones previstas por la propia Directiva C.E.U. en el caso de que la dirección central de la empresa o grupo se encuentre situada fuera de la Unión Europea. En estas normas, contenidas esencialmente en los tres párrafos del artículo 4 y completadas por una adecuada norma de conflicto⁶⁴¹, reside quizás el aspecto más original de la Directiva a examen, que con la finalidad de garantizar la efectividad de una embrional regulación comunitaria de las relaciones industriales en las multinacionales, establece soluciones innovadoras, susceptibles de una amplia aplicación, en el ámbito de los grupos de empresas operantes en varios ordenamientos jurídicos nacionales. Aunque aparentemente simples y sintéticas en su formulación y de clara interpretación, las susodichas disposiciones suponen, en realidad, el tratamiento de una delicada problemática derivada de la exigencia de regular fenómenos de naturaleza económico-jurídica que se producen en el ámbito de varios ordenamientos nacionales.

⁶³⁸ D.O.C.E. L 348, del 17 de diciembre de 1988.

⁶³⁹ Publicada en D.O.C.E. L 193/1, de 18 de julio de 1983.

⁶⁴⁰ De acuerdo con el art. 1.4 los poderes y las competencias de los comités de empresa europeos y el alcance de los procedimientos de información y de consulta a los trabajadores comprenden, en el caso de una empresa de dimensión comunitaria, a todos los establecimientos situados en los Estados miembros y, en el caso de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, a todas las empresas del grupo situadas en los Estados miembros. El anexo de la Directiva precisa sin embargo, como sabemos, que las competencias del Comité de Empresa Europeo se limitarán a las cuestiones que interesen a todos los establecimientos o a todas las empresas del grupo situados dentro de la Comunidad o que interesen al menos a dos de sus establecimientos o empresas miembros del grupo situados en Estados miembros distintos. Para una reflexión sobre el impacto de la aplicación de la Directiva, vid. S. VITOLS: “European Works Councils -an Overview-”, *E.P.M.*, n. 6, 1993, p. 52 y ss.; Vid. también R. BLANPAIN y P. WINDLEY: *European Work Councils. Information and Consultation of Employees in Multinational Enterprises in Europe*, Leuven, 1994. Asimismo, J. P. JACQUIER: “Le Comité européen d’entreprise: instance en devenir”, *Journées d’évolution et de prospectives des comités d’entreprise européens*, Paris, 1er et 2 juin 1994.

⁶⁴¹ Cfr. art. 3.6.: “La legislación aplicable a fin de determinar si una empresa es una empresa que ejerce el control será la legislación del Estado miembro que regule a dicha empresa. Cuando la legislación por la que se regule la empresa no sea la de un Estado miembro, la legislación aplicable será la del Estado miembro en cuyo territorio esté establecido su representante o, a falta de dicho representante, la del Estado miembro en cuyo territorio esté situada la dirección central de la empresa del grupo que tenga el mayor número de trabajadores”.

Como es sabido, siguiendo el criterio de la “unidad de gestión”⁶⁴², se imputan las obligaciones que se derivan de la Directiva C.E.U. a la “dirección central de la empresa” y, tratándose de un grupo, a la “dirección central de la empresa que ejerce el control” (artículo 2.1.e). Para el tratamiento de las empresas o grupos multinacionales de dimensión comunitaria cuya dirección central esté situada en un país tercero, fuera de la Comunidad, la Directiva 94/45 acoge, para esta hipótesis, la denominada “*teoría dell’ostaggio*” (del rehén)⁶⁴³: de este modo, las obligaciones jurídicas que incumben a la dirección central, situada fuera de la Comunidad en este caso, se transfieren al representante de ésta en la Comunidad o, en su defecto, a la dirección del establecimiento o de la empresa del grupo que emplee el mayor número de trabajadores en un Estado miembro (artículo 4.2.2).

Se trata ésta de una solución normativa apreciable, tanto desde una perspectiva puramente teórica, como desde el punto de vista de su eficacia concreta, que sobre todo pretende superar los problemas relativos a la controvertida legitimidad internacional de una normativa con vocación extraterritorial. Partiendo de la distinción -apreciada por la doctrina anglosajona- entre “*legislative jurisdiction*” y “*jurisdiction to enforce*”⁶⁴⁴, podemos indicar que, por un lado, las disposiciones de las que nos ocupamos no pretenden regular hechos ajenos al ordenamiento jurídico de pertenencia, sino especialmente a tratar de evitar que las obligaciones contenidas por las mismas puedan ser eludidas mediante elementos normativos de contacto con otros ordenamientos jurídicos⁶⁴⁵, y, por otro lado, que la Directiva 94/45 no establece directamente ninguna obligación jurídica para sujetos externos a la Comunidad, con la consiguiente plena capacidad, por tanto, del legislador comunitario para asegurarse su aplicación concreta.

Parece evidente en tal elección la voluntad de considerar a la empresa o grupo en su esencia unitaria, al implicar en el problema al establecimiento o filial que mejor represente el interés económico de la dirección central situada fuera de la Comunidad. Con ello se pretende, entre otras cosas, hacer recaer los efectos de un eventual incumplimiento lo más cerca posible del real centro de decisión de la empresa o grupo, y al mismo tiempo, atribuir la obligación jurídica de su realización al sujeto presumiblemente más apto, por influencia y peso económico, para ejercer una presión eficaz sobre la dirección central.

La efectividad del mecanismo sancionatorio se trata de conseguir mediante la disposición contenida en artículo 11 de la Directiva, de acuerdo con el cual “*cada Estado miembro velará por que la dirección de los establecimientos de una empresa de dimensión*

⁶⁴² Un importante límite de la Directiva sobre Comité de Empresa Europeo consiste en el hecho de que ésta toma en consideración sólo al “*grupo vertical*” (empresa que ejerce el control y empresas controladas) y no al “*grupo horizontal*”, estructurado sobre el modelo de la “*joint venture*”, cada vez más frecuente en la praxis internacional dada la fuerte tendencia a realizar en las multinacionales una descentralización de la responsabilidad en la toma de decisiones. Una regulación distinta para las dos figuras está prevista en la Propuesta de Novena Directiva y es llevada al derecho alemán. Vid. R. HELLMAN: *Kontrolle der Multinationallen Unternehmen*, Baden-Baden, 1974, p. 49 y ss.

⁶⁴³ Véase al respecto, R. ALESSI: *La disciplina dei gruppi multinazionali nel sistema societario italiano*, Milano, 1988, p. 151 y ss.

⁶⁴⁴ Vid. R. ALESSI: *La disciplina dei gruppi multinazionali nel sistema societario italiano*, Milano, 1988, p. 95 y ss.

⁶⁴⁵ Puede hablarse, por tanto, de “una extraterritorialidad indirecta” o secundaria. Así, J. M. JAQUET: *La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international*, Clunet, 1985, p. 360.

comunitaria y la dirección de las empresas pertenecientes a un grupo de empresas de dimensión comunitaria establecidas en su territorio y los representantes de los trabajadores o, en su caso, los propios trabajadores, observen las obligaciones establecidas en la presente Directiva, independientemente de que la dirección central esté o no situada en su territorio” (artículo 11.1). Además, ante la falta de observancia de la presente Directiva, recae sobre los Estados miembros la obligación de prever las medidas adecuadas, debiendo de manera particular velar por “*la existencia de procedimientos administrativos o judiciales que permitan la ejecución de las obligaciones derivadas de la misma*” (artículo 11.2).

Debe destacarse la existencia también en el texto de la Directiva 94/45 de una específica norma de derecho internacional privado que, a las funciones delimitativas y de reenvío, típicas de cualquier norma de conflicto, añade otra función, atípica en este caso, que trata de impedir que por medio del reclamo de una ley extranjera se viniera a reducir significativamente el campo de aplicación de la Directiva.

Se trata de la citada disposición contenida en el artículo 3.6, que a través de una serie constituida por tres criterios sucesivos, conexos entre sí, precisa la ley conforme a la cual debe ser determinada la existencia de una “empresa que ejerce el control”. Así, a fin de establecer si una determinada empresa es una empresa que ejerce o no el control, la legislación aplicable será la del Estado miembro que regule dicha empresa (artículo 3.6.1.), y cuando la legislación por la que se regule la empresa no sea la de un Estado miembro, la legislación aplicable será la del Estado miembro en cuyo territorio esté establecido su representante en la Comunidad o, a falta de dicho representante, la del Estado miembro en cuyo territorio esté situada la dirección central de la empresa perteneciente al grupo que emplee el mayor número de trabajadores (artículo 3.6.2).

La aparente incompatibilidad de esta disposición con aquellas contenidas en los cinco párrafos precedentes del artículo 3 se revela, mediante un examen atento, como inconsistente, dada la diferente función que cumplen: mientras que el artículo 3.6. contiene una verdadera y propia “*norma de conflicto*”, las disposiciones anteriores del artículo 3 tienen el carácter de “*normas materiales*”, dirigidas a uniformar en las legislaciones internas de los Estados miembros la noción de control, de acuerdo con la cual deberá ser determinada la existencia de un grupo de empresas a los fines de la aplicación de la Directiva⁶⁴⁶.

Aún más, lejos de estar en oposición, las normas en consideración se sitúan, por el contrario, en una relación de complementariedad: conseguida mediante la primera parte del artículo 3 de la Directiva la armonización de los ordenamientos de los Estados miembros sobre la noción de “control”, la norma de conflicto posterior sería la que permitiría la aplicación precisa, en cada caso, de las disposiciones de contenido uniforme establecidas por la Directiva; y ello, dado que los tres criterios previstos en el artículo 3.6 son los adecuados para someter la cuestión, en cada uno de los casos contemplados, a la ley de un Estado miembro: en caso de inoperatividad de los dos primeros criterios, la aplicación del tercero garantizaría la aplicación de la noción de control dada por la Directiva.

Aparte de lo ya expuesto, y por lo que se refiere a las novedades contenidas en la Directiva, éstas pueden sistematizarse de la siguiente forma:

⁶⁴⁶ Recuérdese que en páginas anteriores ya se analizó la noción de “empresa que ejerce el control”, dedicándonos ahora a determinar cuál debe ser la legislación aplicable para determinar la existencia de la misma. *Vid. infra*.

1.-En cuanto a su **proceso de elaboración**, la Directiva C.E.U., basada ya en el Protocolo sobre política social, ha sido adoptada conforme al procedimiento previsto por el artículo 189.c) del Tratado, y previa consulta al Comité Económico y Social. Este precepto introdujo el procedimiento legislativo por cooperación y mayoría cualificada.

2.- Respecto a las posibilidades de **transposición** y puesta en práctica, aunque los destinatarios de la Directiva son los Estados miembros y sobre los mismos recae en todo caso la obligación de garantizar su cumplimiento, la transposición de la presente Directiva, en principio, puede también realizarse a través de las disposiciones necesarias que los interlocutores sociales adopten por vía de acuerdo colectivo⁶⁴⁷. La posibilidad de que la Directiva comunitaria pueda realizarse mediante Convenio Colectivo ha sido una cuestión controvertida, que ha sido objeto de reflexión por parte de la doctrina⁶⁴⁸. La admisión del Convenio como instrumento para la recepción de la Directiva C.E.U. puede afirmarse con claridad especialmente en aquellos sistemas normativos en los cuales al Convenio Colectivo se le reconoce la producción de efectos “*erga omnes*”⁶⁴⁹, bien por su propia fuerza intrínseca o bien por medio de una posterior intervención estatal, de manera que aparezca como un instrumento idóneo para garantizar de manera concreta la eficacia de la Directiva recibida de esta manera para la generalidad de los sujetos interesados y/o afectados por la misma en el interior del ordenamiento en cuestión.

Un análisis de la problemática relativa a la efectividad de la recepción de la Directiva sobre Comités de Empresa Europeos a través de Convenio Colectivo no puede, por otro lado, prescindir de una cierta consideración del contexto jurídico comunitario en el cual la Directiva se inserta. La intervención de las partes sociales está hoy expresamente prevista en el artículo 137.4 del Tratado CE que ha hecho suya, generalizando su ámbito de aplicación, una previsión ya contenida en el Acuerdo sobre Política Social anexo al Tratado de Maastricht, aunque limitada originariamente sólo a aquellas Directivas que, como la 94/45, encontraban su propia base jurídica en el artículo 2, párrafos 2 y 3, del citado Acuerdo.

En este caso de recepción de la Directiva por las partes sociales, la intervención requerida al Estado en la actividad de recepción se limita al ejercicio de un control que

⁶⁴⁷ La posibilidad de recepción en los ordenamientos nacionales mediante el recurso a dicho instrumento está admitida de manera pacífica en los Convenios de la O.I.T. y principios de la Carta Social de 1961 del Consejo de Europa. Cfr. O.I.T.: *International Labour Code*, 1952, Ginebra, vol. I, p. 863, y A. ADINOLFI: “The implementation of social policy directives through collective agreement”, *C.M.L.R.*, 1988, p. 291 y ss.

⁶⁴⁸ Vid., entre otros, A. ADINOLFI: *The implementation of social policy directives through collective agreement*, y A. LYON-CAEN: “Le rôle des partenaires sociaux dans le mise en ouvre du droit communautaire”, *Dr. s.*, 1997, p. 68 y ss.

⁶⁴⁹ Un análisis comparativo de los factores a considerar en la utilización del instrumento colectivo como medio de recepción de las Directivas comunitarias en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros se encuentra en A. LYON-CAEN: *Le rôle des partenaires sociaux dans le mise...cit.* pp. 71 y 72. El citado autor identifica hasta cinco elementos que deben ser tenidos en cuenta para determinar el lugar que ocupa el convenio colectivo en el ordenamiento jurídico estatal: la intensidad, la extensión y duración de sus efectos, la posible dificultad de determinar el tipo de convenio aplicable en concreto, y, por último, el contenido.

verifique la adopción en el Convenio Colectivo de las disposiciones necesarias, así como la asunción de un papel de “garante” respecto a la consecución de los resultados establecidos en la misma. La adopción de medidas estatales es, por lo tanto, de carácter eventual, y cumple una función meramente integradora del instrumento colectivo. Podríamos decir que la realización de la Directiva por Convenio Colectivo está admitida, pero su admisión no exime al Estado de la obligación de intervenir para asegurar la efectividad de la norma comunitaria cuando el acuerdo colectivo se demuestre ineficaz.

Por otro lado, la voluntad de la Unión Europea de proceder por esta vía y promover la implicación de los sujetos colectivos en la realización del derecho social comunitario europeo en el interior de los singulares ordenamientos nacionales encontraba ya acogida en el Programa de Acción Social previsto para los años 1995-1997⁶⁵⁰, en el cual la Comisión había manifestado la intención de insertar una cláusula que previese la recepción por obra de las partes sociales de todas las Directivas cuyo objeto entrase dentro del poder negociador de éstas. De esta manera, esta posibilidad aparecía ya prevista, entre otras⁶⁵¹, en la Directiva 94/45, cuyo artículo 14 viene a reproducir la citada disposición del artículo 2.4 del Acuerdo sobre Política Social, después integrado en el artículo 137 del Tratado CE. Además, el papel de los agentes sociales en este ámbito sería confirmado con la entrada en vigor con la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, cuyos artículos 136 a 139 y 143 reproducen, con alguna modificación, el contenido del citado Acuerdo sobre Política Social.

En definitiva, a la luz de los datos normativos y de las tendencias evolutivas manifestadas, la posibilidad de la utilización del instrumento colectivo para dar realización a la Directiva 94/45 no puede ser negada, eso sí, no debiendo olvidar el problema ya comentado -a afrontar desde el punto de vista del derecho interno- sobre la eficacia de la norma, que los Estados miembros están llamados a garantizar⁶⁵². Esto permite que las singulares jurisdicciones nacionales puedan colmar eventuales lagunas dejadas por la norma colectiva de recepción de la Directiva, mediante la extensión indirecta de aquella a la generalidad de los sujetos interesados, con el fin de asegurar el respeto al orden público comunitario.

3.- La novedad fundamental de la Directiva radica en su **contenido**: ésta, a diferencia de otras Propuestas, no contiene una regulación mínima, que deba ser recibida y aplicada en todos los Estados miembros con un efecto armonizador, sino que regula un procedimiento para la constitución de un órgano de representación de los trabajadores a nivel europeo. De igual forma, la norma estatal de transposición ha de fijar un procedimiento para el establecimiento de un órgano de dimensión supranacional.

⁶⁵⁰ En *Europe Sociale*, n. 1/95

⁶⁵¹ Así, la posibilidad de recepción por obra de las partes sociales estaba ya prevista en las Directivas 91/533 del 14 de octubre de 1991 y 93/104 del 23 de noviembre de 1993.

⁶⁵² La transposición de la Directiva se ha realizado mediante disposición heterónoma en países como Austria, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Holanda, Portugal, Grecia y Luxemburgo, y a través de Convenio Colectivo en otros como Bélgica, Italia o Noruega.

Así, frente a las Directivas “clásicas” de armonización de las legislaciones nacionales, la Directiva C.E.U. constituye la primera que pretende atajar un problema que las legislaciones nacionales no pueden resolver por separado. Tal diferencia es fundamental para identificar las reglas de articulación entre la norma estatal de aplicación y la Directiva. Se tratará de saber si es o no posible seguir entendiéndose que la Directiva se cumple a través de una norma estatal que supera o mejora los derechos en ella establecidos.

Centrándonos en este contenido, debemos indicar que el tema se sustancia sobre todo en la regulación de algunos aspectos del régimen jurídico del procedimiento negociador para la instauración de derechos de información y consulta transnacionales, debiendo luego ser completado por la norma nacional de transposición, correspondiéndole a ésta regular aspectos importantes por remisión de la propia Directiva, y en general aclarar y concretar algunos puntos de la norma comunitaria.

En realidad, a tenor de lo dicho, serían dos los pilares básicos sobre los que se cimienta la presente Directiva:

A) El primero de ellos sería “la autonomía colectiva de los interlocutores sociales a nivel europeo”.

La Directiva encomienda a las partes sociales el logro del objetivo de política social que la misma asume: la mejora de los derechos de información y consulta de los trabajadores, al tiempo que la propia Directiva se constituye en una vía de promoción de la “negociación colectiva”, pues la fijación de unas disposiciones subsidiarias, si falla el acuerdo, refuerza la posición contractual de los trabajadores⁶⁵³.

Ahora bien, aunque la Directiva deja a la libertad de la “autonomía colectiva” el establecimiento de un C.E.U. o de un procedimiento de información y consulta, introduce una cláusula de garantía de efectividad de las mismas: las disposiciones subsidiarias. En definitiva, la Directiva deja por un lado a la autonomía colectiva el establecimiento de un C.E.U. para lo que dicha autonomía goza de una libertad absoluta de contenidos, por otro lado fija unas disposiciones en defecto de Convenio, si bien estas disposiciones hemos ya de indicar que no serán de aplicación en el caso de que, como veremos, se acuerde el no inicio de las negociaciones o la anulación del proceso negociador ya en curso.

B) El segundo de esos pilares se cimienta en el “principio de subsidiariedad respecto a las legislaciones y prácticas nacionales”.

⁶⁵³ Así, podría decirse, como por otra parte han señalado autores como Durán López y Sáez Lara, que lo que se ha acabado adoptado ha sido una solución intermedia o “*transaccional*”, entre las dos posturas que venían enfrentándose en el debate que precedió a la regulación de este tema. A saber: una, la sostenida por la Comisión y las organizaciones sindicales a favor de un estatuto jurídico que diese cobertura al establecimiento de los Comités de Empresa Europeos, y otra, la postura “*voluntarista*”, mantenida por la patronal y ciertos Gobiernos europeos a favor de una fijación de los mismos vía acuerdo singular, empresa por empresa. Cfr. F. DURÁN LÓPEZ y C. SÁEZ LARA: *El papel de la participación...*, op. cit. pp. 75-76.

Como sabemos, la acción comunitaria en materia de derechos de información y consulta a nivel europeo se justifica por su necesidad, dada la dimensión supranacional del tema; sin embargo, importantes cuestiones se reenvían a la regulación nacional: entre otras materias la determinación de los representantes de los trabajadores, el procedimiento de designación de los miembros de la comisión negociadora, la regla de cómputo de la plantilla de la empresa, los conceptos de empresa y grupo de empresa, la regulación de las informaciones confidenciales y secretas, las prerrogativas y garantías de los representantes, los sistemas de control y sanción de los incumplimientos de las obligaciones derivadas de la Directiva, etc... Además, la normativa estatal podrá introducir, sobre todo a través de las disposiciones subsidiarias, normas que concreten o integren algunas lagunas o puntos no claros de la Directiva⁶⁵⁴.

La Directiva ofrece a los agentes sociales diversas posibilidades para cumplir sus objetivos: desde la constitución de un C.E.U., al establecimiento de uno o varios procedimientos de información y consulta, o a la sumisión a las disposiciones subsidiarias del anexo. Contemplemos tales posibilidades, analizando en primer lugar lo relativo al procedimiento negociador y luego los posibles contenidos o posibilidades del acuerdo al que se llegue.

1. El Procedimiento Negociador.

La responsabilidad de la constitución del Comité Europeo o del establecimiento de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores corresponde a la dirección central⁶⁵⁵, que será quien iniciará la negociación bien por propia iniciativa o bien a solicitud escrita de 100 trabajadores al menos o de sus representantes, pertenecientes aquéllos como mínimo a dos empresas o establecimientos situados en al menos dos Estados miembros diferentes de la Comunidad Europea⁶⁵⁶.

Para llevar a cabo la negociación propiamente dicha, tras la iniciativa negocial procederá la constitución de la comisión negociadora (también llamado “*grupo especial de negociación*”)⁶⁵⁷. En relación con la composición de la **Comisión Negociadora**, la Directiva marca algunas directrices, remitiendo a la norma nacional la solución de otras cuestiones. La

⁶⁵⁴ En tal sentido, podemos señalar que el “espíritu” que subyace sobre la Directiva parece ser el de coordinar la legislación de los diferentes Estados miembros para crear un marco legal europeo sobre la información y consulta en las empresas multinacionales. De todas formas, es obvio que persistirán las diferencias de regulación, que son más acusadas en el terreno de las relaciones colectivas de trabajo.

⁶⁵⁵ De la empresa o de la empresa que ejerce el control, si se trata de un grupo de empresas.

⁶⁵⁶ Art. 5.1.

⁶⁵⁷ La Directiva, al emplear tales conceptos solamente se está refiriendo a la parte social, o sea, a los representantes de los trabajadores en las negociaciones. La interlocución, por tanto, se establece entre esta comisión negociadora y la dirección central de la empresa. La comisión negociadora no es, en definitiva, el órgano conjunto de negociación. Así, mientras que la representación de los trabajadores es de composición multinacional, por la parte económica la legítima negocial corresponde exclusivamente a la dirección central.

Directiva establece la regla general de proporcionalidad al número de trabajadores del centro o empresa, señalando, eso sí, dos límites importantes: el número de miembros será entre tres y diecisiete, y debe quedar garantizada, en todo caso, la presencia de un representante por cada Estado en el que la empresa o el grupo de dimensión comunitaria estén situados, estableciéndose además miembros suplementarios en proporción al número de trabajadores empleados en cada uno de ellos, con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado miembro en el que se halle la dirección central. Una vez constituida la citada comisión, se informará de su composición a la dirección central y a las direcciones locales⁶⁵⁸.

La comisión negociadora podrá decidir, por mayoría de dos tercios de los votos, no iniciar las negociaciones; aun más, según la Directiva C.E.U., en cualquier momento la comisión negociadora podrá anular las negociaciones en curso, decidiendo tal cuestión también por mayoría de dos tercios de votos, no constituyéndose el Comité de Empresa Europeo. Tales decisiones de no iniciar negociaciones o de anular las negociaciones en curso pondrán fin al procedimiento para la celebración del acuerdo y conllevarán la no aplicación de las “disposiciones subsidiarias” contempladas en el Anexo de la Directiva⁶⁵⁹.

Por otro lado, si la dirección central y el grupo especial de negociación así lo decidiesen, o si la dirección central rechaza la apertura de negociaciones en un plazo de seis meses a partir de la solicitud de los trabajadores, o si en un plazo de dos años no se lograra acuerdo y el grupo especial de negociación no hubiera decidido poner fin al procedimiento, se aplicará la legislación del Estado miembro en que se halle la dirección central, que deberá cumplir la normativa subsidiaria que figura en el Anexo por el que se constituye un Comité Europeo.

El acuerdo entre la comisión y la dirección central debe ser por escrito y adoptado, en el caso de la comisión negociadora, por mayoría de sus miembros. El mismo puede consistir en la constitución de un C.E.U., en el establecimiento de un procedimiento de información y consulta, o, finalmente, en el sometimiento a las disposiciones subsidiarias, si bien, en este último supuesto, la Directiva no exige forma alguna ni mayoría decisoria dentro de la comisión negociadora.

Veamos ahora, llegado este momento, el segundo punto que requiere nuestra atención.

2. Los posibles contenidos del Acuerdo.

Como antes hemos señalado son distintas las posibilidades que se plantean:

A.- La Constitución de un C.E.U.

⁶⁵⁸ Ante el silencio de la Directiva, tal obligación de “informar” parece corresponder a la propia comisión negociadora.

⁶⁵⁹ Art. 5.5 Directiva C.E.U.

El Art. 6.2 de la Directiva señala, sin perjuicio de la autonomía de las partes, el contenido mínimo del acuerdo. Éste va referido a delimitar las empresas o establecimientos afectados por el acuerdo, la composición del comité (número de miembros, distribución, procedimiento de elección y duración del mandato), las funciones y atribuciones del Comité Europeo⁶⁶⁰, el procedimiento para la información y consulta al mismo, el lugar, frecuencia y duración de las reuniones, los recursos financieros y materiales del Comité y, por último, la duración del acuerdo y su procedimiento de renegociación.

En principio, las partes son libres en la fijación del contenido del acuerdo no estando vinculadas por la regulación contenida en las disposiciones subsidiarias (artículo 6.4), aunque ello no supone que sea admisible cualquier contenido, pues no sería de recibo un acuerdo que fuese en contra de la Directiva.

El acuerdo sí está vinculado en cuanto a los fines que animan la Directiva: la creación de un órgano de representación colectiva de los trabajadores con competencia de información y consulta sobre temas transnacionales que afecten a los intereses de los trabajadores.

B.- Establecimiento de un procedimiento de información y consulta.

El proceso negociador puede culminar en un acuerdo por el que se decida establecer uno o varios procedimientos de información y consulta, por lo que en este supuesto no se llega a constituir un órgano de representación a nivel de empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria, ni son aplicables las disposiciones subsidiarias de la Directiva⁶⁶¹.

Las competencias de información y consulta corresponden a los representantes de los trabajadores, entendiendo por tales los previstos por las legislaciones y/o las prácticas nacionales. El número de los mismos y su procedimiento de selección habrán de ser objeto de la negociación y formarán parte del contenido del acuerdo.

Los derechos conferidos incluirán, como mínimo, los de recibir informaciones y cambiar impresiones acerca de las informaciones que le sean comunicadas⁶⁶². Los temas objeto de información y discusión, serán cuestiones transnacionales que puedan afectar considerablemente a los intereses de los trabajadores, siendo preciso negociar las materias objeto de información y consulta; la reunión con la dirección central será también la vía para el

⁶⁶⁰ En todo caso, estas competencias se extienden a derechos de información y consulta. Sin embargo, y a efectos de la Directiva, por consulta se entiende meramente el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo (art. 2.1.f); correspondiendo a los negociadores asegurar la efectividad del derecho de consulta de los representantes, exigiendo la antelación debida entre la evacuación de la misma y la adopción de la decisión por la empresa.

⁶⁶¹ La Directiva C.E.U. se aparta en este punto de la Propuesta inicial de 1991, cuya regulación preveía que la decisión de no crear un C.E.U. quedaba condicionada al respeto de los requisitos mínimos fijados por la propia Directiva relativos a información y consulta y a la protección y garantías de los representantes de los trabajadores en los mismos.

⁶⁶² Recordar que ya se ha señalado antes lo que la Directiva entiende por consulta: “intercambio de opiniones dirigido a la apertura de un acuerdo”. Tal concepto está tomado del Acuerdo celebrado en el grupo electrónico Thomson Grand Public.

desarrollo de tales derechos. El lugar, la duración y frecuencia de las reuniones deberán ser también negociados. Otros temas objeto de negociación serán el asesoramiento de expertos y la financiación de las reuniones, así como los medios materiales previstos en favor de los representantes. Por último, aunque no señale nada expresamente la Directiva, tanto la duración como la renegociación del acuerdo deben formar parte del contenido del convenio.

La previsión en concreto de más de un procedimiento puede ir referida, especialmente en el caso de “grupos de empresa”, a arbitrar vías de comunicación con los reales centros de decisión en cada caso, atendiendo a la estructura del grupo, al igual que se recomendaba la constitución en su caso, de más de un Comité de Empresa Europeo, si la organización del grupo así lo aconsejaba.

Debe indicarse que tanto el funcionamiento del Comité de Empresa Europeo como del procedimiento de información y consulta deberá producirse en un marco de colaboración entre la dirección central, garantizándose la **confidencialidad** de la información que con este carácter les sea comunicada a los miembros del grupo especial de negociación, a los del Comité Europeo, a los expertos que asistan, y a los representantes de los trabajadores incluso tras la expiración de su mandato, previéndose la posibilidad de que “*en casos especiales y en las condiciones y límites establecidos por la legislación nacional, la dirección central que se halle en su territorio no comunique información que pudiera, por su naturaleza, ocasionar graves perjuicios a las empresas*”⁶⁶³.

Por último, la Directiva expresamente prevé la protección de los representantes de los trabajadores que, en el ejercicio de sus funciones, gozarán de la misma protección y garantías similares a las previstas por la legislación nacional y/o prácticas vigentes en su país de empleo a los representantes de los trabajadores, por lo que se refiere a la participación en las reuniones del grupo especial de negociación, del Comité Europeo, o de cualquier otra reunión realizada en el marco del acuerdo que se negocia con la dirección central, y al pago de su salario durante todo el período de ausencia del trabajo necesario para el ejercicio de sus funciones⁶⁶⁴.

C.- Sometimiento a las disposiciones subsidiarias.

La presente Directiva contiene además un concreto régimen jurídico mínimo al que someterse las partes si, una vez iniciado el procedimiento para crear un C.E.U. o un procedimiento de información y consulta sin que se haya pactado su suspensión, no se llega a la constitución formal de tales instituciones.

⁶⁶³ Art. 8.2 Directiva C.E.U.

⁶⁶⁴ Con respecto a la regulación de la información y consulta con los representantes de los trabajadores contenida en las Directivas sobre despidos y sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centro de trabajo, o de partes de centros de trabajo, decir que ésta seguirá en vigor “con independencia del contenido de la presente propuesta de Directiva, que tampoco afectará, en su condición de norma mínima, a la facultad de los Estados de aplicar o establecer disposiciones más favorables para los trabajadores, ni a las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria en las que, al finalizar el plazo de transposición de la Directiva a los ordenamientos internos, exista un acuerdo que prevea la información y la consulta transnacional a los trabajadores”. Cfr. M. COLINA ROBLEDO, J. M. RAMÍREZ y T. SALA FRANCO: *Derecho Social Comunitario*, p. 518.

Las **disposiciones subsidiarias** deben ser recogidas en la legislación del Estado miembro en el que esté situada la dirección central, debiéndose prever las mismas al realizarse la transposición correspondiente de la Directiva al ordenamiento jurídico interno. Esta regulación estatal debe cumplir la regulación subsidiaria prevista en la Directiva (Anexo I) pero, dentro del respeto a las mismas, podrá introducir adaptaciones y regulaciones propias de su sistema nacional de relaciones laborales, especialmente con el fin de cubrir ciertas lagunas o insuficiencias presentes en la Directiva.

Destacaremos, de manera breve, los aspectos más relevantes de tal régimen jurídico subsidiario contenido en el Anexo I de la Directiva:

El instrumento de información tendrá la estructura de Comité, limitándose el número máximo (30) y mínimo (3) de miembros que pueden ser elegidos con arreglo a las normas de cada país por y entre los representantes de los trabajadores de la empresa o grupo y, sólo en su defecto, por y entre los propios trabajadores directamente.

Hemos de indicar además que se agiliza la operatividad del C.E.U. al permitirse la creación en su seno de un Comité restringido (de hasta 3 miembros), en cuya composición se deben observar las correspondientes reglas de proporcionalidad.

Se garantiza una representación mínima de un trabajador por cada país en que exista un establecimiento, que se corrige al alza en proporción al número de trabajadores empleados en los establecimientos de cada país. La norma nacional correspondiente, además de aplicar la regla de proporcionalidad a la plantilla según la legislación nacional, podrá también señalar otras previsiones sobre la distribución de los miembros del Comité en función de la estructura de la empresa o de la composición de la plantilla (obreros, técnicos, etc...).

Por otro lado, se regulan dos tipos de reuniones:

a) Reuniones ordinarias con la dirección central: se celebrarán una vez al año como mínimo, sobre la base de un informe previo elaborado por ésta. Es durante el curso de esta reunión donde el Comité recibe las informaciones pertinentes y cuando es consultado, a los efectos de poder emitir su punto de vista e iniciar, de esta manera, un diálogo. No se prevé, sin embargo, un plazo de tiempo para que la representación de los trabajadores emita su opinión o dictamen, y durante el cual la decisión no pueda ser aplicada.

b) Reuniones extraordinarias, con la dirección central o con la dirección competente: habrán de convocarse sólo en circunstancias excepcionales, considerándose como tales aquellas que afecten a los intereses de los trabajadores. Tales reuniones se convocarán, con la finalidad de poder informar sobre tales decisiones (generalmente supuestos de traslados, cierres de centros, despidos colectivos...) al Comité, a petición del mismo o también de su Comité restringido. Este tipo de reuniones extraordinarias debe realizarse con la debida antelación, también sobre la base de un informe previo de la dirección, sobre el que la representación de los trabajadores podrá emitir su opinión o dictamen en plazo razonable. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, y a diferencia de lo que ocurre en las reuniones ordinarias, la fijación de este plazo debe ser concretado en la correspondiente normal nacional

de transposición y durante dicho plazo la dirección no podrá ejecutar la decisión de que se trate, quedando la misma suspendida⁶⁶⁵.

En cualquier caso, tanto en un tipo de reuniones como en las otras, debe especificarse con detalle el contenido de las materias que justifican ambas reuniones, y que deben ser objeto de deliberación⁶⁶⁶.

A este respecto, las competencias concretas del Comité, como podemos apreciar a tenor de lo expuesto, consisten fundamentalmente en la información y consulta sobre aquellas materias que interesen al conjunto de la empresa o grupo, o al menos a dos centros o empresas situados en Estados miembros diversos⁶⁶⁷.

La información comprende, por tanto, aspectos financieros y económicos, inversiones, empleo, decisiones de organización y reorganización productiva, cambios en la estructura empresarial, traslados, despidos colectivos, etc... y la consulta, como acabamos de ver, no se configura como un instrumento que necesariamente esté orientado a la consecución de un acuerdo, ya que se agota con la simple emisión del dictamen correspondiente.

Pero, aunque es su cometido principal, el Comité no se configura exclusivamente como un órgano sólo de información y consulta, sino que también tiene competencias de negociación con la dirección central, pues se deja abierta la posibilidad de que transcurridos cuatro años se pueda promover, mediante la oportuna negociación, un C.E.U. o un

⁶⁶⁵ En cualquier caso, el dictamen emitido por la representación de los trabajadores en estos casos, no tiene carácter vinculante y tampoco obliga a la dirección a justificar la ejecución de la decisión tomada en contra de la opinión del Comité.

⁶⁶⁶ De esta manera, el contenido de las reuniones del Comité de Empresa Europeo, amparado en los requisitos subsidiarios de la Directiva, queda claramente perfilado por los primeros párrafos de los puntos 2 y 3 de los mismos:

2. “El Comité de Empresa Europeo tendrá derecho a mantener al menos una reunión anual con la Dirección central para que se le informe y consulte, tomando como base un informe elaborado por la Dirección central sobre la evolución y perspectivas de las actividades de la empresa o grupos de empresas de dimensión comunitaria. Se informará de ello a las direcciones locales. Esta reunión tratará, sobre todo, de la estructura, la situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas, la situación y evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales que afecten a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o de nuevos métodos de producción, los traslados de producción, las fusiones, la reducción del tamaño o el cierre de empresas, de establecimientos o de partes importantes de éstos y los despidos”.

3. “Cuando ocurran circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores, sobre todo en caso de traslados de empresas, de cierre de empresas o de establecimientos o de despidos colectivos, el Comité restringido o, si éste no existe, el Comité de Empresa europeo tendrá derecho a ser informado. Asimismo, tendrá derecho a reunirse, a petición propia, con la Dirección central o cualquier otro nivel de dirección más adecuado de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria que tenga competencias para adoptar decisiones propias para que se le informe y consulte sobre medidas que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores. En la reunión organizada por el Comité restringido tendrán también derecho a participar los miembros del Comité de Empresa Europeo elegidos o designados por los establecimientos y/o empresas directamente afectados por las medidas de que se trate”.

⁶⁶⁷ Hay que precisar que estos derechos no afectan a los derechos de información y consulta de los trabajadores existentes en su legislación nacional (art. 12.2).

procedimiento de información y consulta aunque ello no significa que necesariamente deba agotarse ese plazo para iniciar las negociaciones oportunas⁶⁶⁸.

Por último, indicar que se establecen medidas para garantizar la obtención de información y la constitución del Comité: la emisión de un dictamen previo del empleador sobre los asuntos a tratar; el derecho del Comité a reunirse antes de la reunión con el empleador sin la concurrencia de éste; la financiación a cargo de la dirección central de los gastos de funcionamiento (siempre) y de los de interpretación, dietas y viajes (si no se pacta lo contrario) y de expertos (si se solicita) serían previsiones establecidas con tal fin. Además, los miembros del Comité gozan del sistema de garantías que según la normativa o práctica nacional correspondan a los representantes locales de los trabajadores.

⁶⁶⁸ Tal conclusión la podemos sacar de la mera comparación del art. 5.5 de la Directiva con la letra f del punto 1 de sus <<requisitos subsidiarios>>; en uno se obliga a esperar un plazo mínimo de dos años, o menor si existe pacto al respecto, pero en el otro no se dice nada de que el plazo sea mínimo. Nuestro punto de vista lo ratifica el art. 16.4 de la Ley 10/1997, de 24 abril, por la que se procede a la transposición de la Directiva C.E.U. al ordenamiento jurídico español.

Artículo 16.-Constitución del Comité de Empresa Europeo.

4. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Comité de Empresa Europeo y la Dirección central podrá decidir de común acuerdo, en cualquier momento, la apertura de negociaciones.

4.3. LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA C.E.U. AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: LA LEY 10/1997, DE 24 DE ABRIL.

Fue a través de la **Ley 10/1997, de 24 de abril**, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria cuando se produjo la recepción y aplicación en nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva C.E.U.⁶⁶⁹. En términos generales, puede afirmarse que la Ley 10/1997 vino a efectuar una adecuada transposición de la Directiva 94/45 procediendo, por un lado, al necesario desarrollo de la misma en relación con determinadas cuestiones que requerían técnicamente, en el momento de su incorporación a los ordenamientos nacionales dicho desarrollo y, por otro, a completar la regulación comunitaria para dar respuesta a dudas interpretativas y a interrogantes aplicativos suscitadas por la misma.

Dada la finalidad de esta obra, no es nuestro cometido el realizar un estudio minucioso de la citada ley, pero sí al menos referirnos a las principales innovaciones contenidas en la Ley 10/1997 de 24 de Abril, respecto a la comentada Directiva 94/45 y a algunas de sus más significativas aportaciones. Fundamentalmente, pueden destacarse las siguientes cuestiones:

a) Hemos visto como la Directiva dejaba abierta la determinación de la naturaleza y eficacia de los acuerdos de constitución de un C.E.U. o, en su caso, de establecimiento de un procedimiento de información y consulta; en cambio, la Ley española les otorga eficacia personal general, confiriéndoles valor “*erga omnes*” a los mismos. Consecuentemente, el artículo 13.1 de la Ley proclama la obligatoriedad del acuerdo para todos los centros de trabajo de la empresa y para todas las empresas del grupo de empresas de dimensión comunitaria incluidas dentro de su ámbito de aplicación, y ello durante todo el tiempo de su vigencia⁶⁷⁰. Por su parte, el art. 29 reconoce la misma eficacia a los acuerdos negociados en otros Estados miembros, respecto de los centros de trabajo de las empresas, y de las empresas del grupo correspondiente, situados en el territorio español⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ El Anteproyecto de Ley sobre Derechos de información y consulta de los Trabajadores en las Empresas y Grupos de Empresas de dimensión comunitaria fue elaborado por el Gobierno de Felipe González en su última legislatura y sometido a Dictamen del Consejo Económico y Social el 13 de diciembre de 1995. El Dictamen del Consejo Económico y Social (Dictamen 1/1996) se aprobó en sesión del Pleno del mismo, de 24 de enero de 1996, tras lo cual se aprobó y remitió al Parlamento el Proyecto de Ley. En la legislatura siguiente, primera del Partido Popular, después de haber decaído en su tramitación dicho Proyecto, como consecuencia de la disolución de las Cortes, se procedió nuevamente a la tramitación del mismo, asumiéndose el texto precedentemente existente (<<BOCG>>, Congreso de los Diputados. Serie A, núm 10, de 22 de julio de 1996).

⁶⁷⁰ En coherencia con lo dispuesto en el artículo 82.3 del E.T.

⁶⁷¹ Artículo 29. Eficacia jurídica en España de las disposiciones de otros Estados miembros.

b) Además, la Ley 10/1997 endurece, en cierto modo, la regulación de la Directiva C.E.U., al exigir en su Disposición Adicional Primera que los acuerdos preexistentes, anteriores a la fecha de 22 de septiembre de 1996, celebrados por las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria cuya dirección central estuviera en España cumplan unos requisitos adicionales, a fin de que puedan considerarse excluidos del ámbito de aplicación de la propia Ley:

1. Que en representación de los trabajadores españoles hubieran sido negociados por quienes estuviesen legitimados para ello, conforme a lo dispuesto en los artículos 87 y 88 del Estatuto de los Trabajadores.
2. Que los acuerdos en cuestión hubiesen sido formalizados en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 13 de la citada Ley, que exigía formalización por escrito y presentación ante la autoridad laboral competente para su registro, depósito y publicación oficial⁶⁷².

Debe también recordarse que la posterior Ley 44/1999⁶⁷³, que venía a introducir ligeras modificaciones en la Ley 10/1997, permitía que las partes pudieran acordar la prórroga de tales acuerdos, llegado el momento de su expiración, aplicándose en caso contrario las disposiciones de la Ley 10/1997.

c) En relación a la composición de la Comisión Negociadora recuérdese que, de acuerdo con la Directiva CEU, debía de existir un representante por cada Estado miembro en el que la empresa de dimensión comunitaria tuviera uno o más establecimientos o en el que el grupo de empresas de dimensión comunitaria tuviese la empresa que ejerce el control o una o más empresas controladas. Con el fin de garantizar la proporcionalidad debida, se añadía a esta previsión otra consistente en que deberían existir miembros suplementarios en proporción al número de los trabajadores que tengan los establecimientos, la empresa que ejerce el control o las empresas controladas, todo ello de acuerdo con la legislación del Estado miembro en cuyo territorio estuviese situada la dirección central.

“Los acuerdos entre las direcciones centrales y las comisiones negociadoras concluidos conforme a las disposiciones de los Estados miembros y, en su defecto, las normas subsidiarias de las citadas disposiciones obligan a todos los centros de trabajo de la empresa de dimensión comunitaria y a todas las empresas del grupo de empresas de dimensión comunitaria incluidos dentro de su ámbito de aplicación y situados en territorio español, así como a sus trabajadores respectivos, durante todo el tiempo de su vigencia”

⁶⁷² Esta regulación es reflejo de la opción de la Ley por dotar de eficacia personal general a los acuerdos de constitución de un C.E.U. o de establecimiento de un procedimiento de información y consulta, exigiéndose entonces los requisitos fundamentales para que se reconozca esa eficacia también a los acuerdos preexistentes que excluyan la aplicación de la Directiva. Se trataría así de evitar los problemas que, en torno a la eficacia de tales acuerdos, podrían plantearse en el caso de que se negociasen sin respeto a las reglas de legitimación contenidas en el Título III del E.T.

⁶⁷³ Art. único. Tres de la Ley 44/1999, por la que se modifica la Ley 10/1997, de 24 abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Tratándose del caso en el que la dirección central esté situada en España, el artículo 9 de la Ley 10/1997 precisa a este respecto que deberá haber un miembro suplementario en representación de los trabajadores de cada Estado miembro en que se hallen empleados entre el 25% y el 50% de los trabajadores de la empresa o grupo; deberá haber dos, cuando los empleados sean más del 50% y hasta el 75%; y, finalmente, habrá tres miembros suplementarios cuando se hallen empleados más del 75%.

Para el necesario cómputo de los trabajadores, el artículo 25 de la Ley española dispone que, siguiendo el artículo 2.2 de la Directiva CEU, se tendrá en cuenta el promedio de los trabajadores empleados, incluidos los contratados a tiempo parcial⁶⁷⁴, durante los dos años anteriores a la negociación, con estas siguientes reglas concretas:

1. Los trabajadores con contratos por tiempo indefinido computarán tanto si son a tiempo completo como parcial.

2. Los trabajadores con contratos de duración determinada con duración superior a dos años computarán también plenamente, como si tuvieran contrato indefinido.

3. Los trabajadores con contratos de duración determinada con duración igual o inferior a dos años, computarán según el número de días trabajados en dicho período de tiempo anterior a la negociación. De este modo, por cada 400 días trabajados o fracción se computará un trabajador, con dos matizaciones que deben ser realizadas: a) todo ello salvo que de ese modo el número sea superior al número real de trabajadores temporales empleados por menos de dos años, en cuyo caso se toma el total real de los mismos; b) para realizar el cómputo se tendrán en cuenta los días efectivamente trabajados, los de descanso semanal, los días festivos y las vacaciones anuales.

d) Quedaba por dilucidar también la determinación de la forma de elegir o designar a los miembros de la propia Comisión Negociadora. Se trataba de una cuestión que la Directiva CEU remitía a los Estados miembros. En principio, cabía una doble posibilidad: que la normativa estatal se decantase por que fueran “elegidos” (bien directamente por los trabajadores, bien por los representantes de los mismos), o que estableciese que fuesen “designados” conforme a algún criterio determinado⁶⁷⁵.

En relación a este punto concreto, el artículo 27 de la Ley 10/1997 opta por la “designación”: se prevé que se designarán por acuerdo de aquellas representaciones que en su conjunto sumen la mayoría del comité o comités de empresa y delegados de personal en su

⁶⁷⁴ Los trabajadores fijos a tiempo parcial y los trabajadores fijos discontinuos, en la medida en que son trabajadores a tiempo parcial, entran en el cómputo, aunque no trabajen todos los días de la semana. Del mismo modo, los trabajadores temporales a tiempo parcial de duración superior a dos años, computan igual que los fijos, y ello independientemente del número de días trabajados. En cuanto a los trabajadores temporales a tiempo parcial de duración inferior a dos años, éstos computarían según los días efectivamente trabajados (con independencia del número de horas trabajadas en el día), por lo que parece que si trabajan todos los días, cada día computa, mientras que si no trabajan todos los días, no computarán los días que no trabajen. Por último, téngase en cuenta que la normativa española solamente se ocupa del cálculo del número de trabajadores (y también de los porcentajes de trabajadores empleados en cada Estado a efectos de elegir miembros de la Comisión Negociadora) para tenerlo en cuenta respecto a los centros o empresas situados en nuestro país.

⁶⁷⁵ Art. 5.2 de la Directiva C.E.U.

caso, o por acuerdo mayoritario de dichos miembros o delegados (por lo que la designación se ha de llevar a cabo o bien por las secciones sindicales con mayoría representativa dentro de la representación unitaria, o bien se designarán directamente por la propia representación unitaria)⁶⁷⁶.

Ahora bien, entendemos que dicha designación no tendrá que recaer obligatoriamente en un trabajador de la empresa o grupo que ostente la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical, pues cuando en el propio artículo 27 se regula posteriormente la designación de los miembros del Comité de Empresa Europeo (dejando a salvo lo que se pudiera haber acordado en el acuerdo sobre el mismo, si es que lo hubiera) sí que se establece expresamente que la designación deberá recaer precisamente en un trabajador de la empresa o grupo que sea delegado de personal, miembro de Comité de Empresa, o delegado sindical⁶⁷⁷. Luego, a sensu contrario, parece que puede entenderse que los miembros de la Comisión Negociadora no tienen que ostentar necesariamente dicha condición, es más, incluso puede considerarse la posibilidad de que no sean siquiera trabajadores del establecimiento o empresa.

e) El artículo 11 de la Ley española se dedica al régimen de funcionamiento de la propia Comisión Negociadora y prevé que “*la comisión tendrá derecho a reunirse con carácter previo a cualquier reunión que deba celebrar con la dirección central, sin la presencia de esta*”⁶⁷⁸. Esto es algo que no viene contemplado en la regulación de la Directiva e, incluso, se planteaban en su momento dudas acerca de la procedencia del reconocimiento de dicha posibilidad. En cualquier caso, aparece como una innovación de interés introducida por la normativa española en relación con la Directiva, que refuerza, por así decirlo, la identidad de la comisión negociadora y sus posibilidades de actuación frente a la dirección central.

Por otra parte, otra innovación interesante que la Ley establece sobre la Comisión Negociadora es la contenida en el artículo 9.3 de la misma, que prevé que puedan participar en

⁶⁷⁶ En el caso en que ambas representaciones, sindical y unitaria, quisieran designar entendemos que podría utilizarse el mismo criterio que se utiliza para determinar la parte negociadora, sindical o unitaria, en los Convenios Colectivos de empresa o ámbito inferior, y de esta forma nuestros tribunales podrían resolver, llegado el caso, que designase quien se adelantara en la solicitud.

⁶⁷⁷ Artículo 27. Designación de los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora y en el comité de empresa europeo.

1. “Los representantes que deben formar parte de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo serán designados por acuerdo de aquellas representaciones sindicales que en su conjunto asumen la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal en su caso, o por acuerdo mayoritario de dichos miembros y delegados. Del mismo modo se procederá para la sustitución de los representantes designados en los supuestos de dimisión y revocación y en el de pérdida de la condición de representante nacional de los trabajadores”.

2. “En el caso del comité de empresa europeo, la designación a la que se refiere el apartado anterior deberá recaer en un trabajador de la empresa o grupo que ostente la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical”.

3. “Lo dispuesto en los apartados anteriores será aplicable al comité de empresa europeo constituido mediante el acuerdo en defecto de disposiciones específicas contenidas en el mismo”.

⁶⁷⁸ Art. 11.2, Ley 10/1997.

las reuniones de la comisión negociadora y en las que ésta celebre con la dirección central, con voz pero sin voto, representantes elegidos por los trabajadores de Estados no miembros en los que la empresa o el grupo tengan centros de trabajo o empresas, cuando así lo decidan de común acuerdo la dirección central y la propia comisión negociadora.

f) Como sabemos, el artículo 7 de la Directiva establecía los supuestos en los que serían de aplicación las “*disposiciones subsidiarias*”, recogidas en el Anexo a la propia Directiva. La Ley española recoge en su artículo 15 estos supuestos, los cuales determinarán la aplicación de las disposiciones subsidiarias y que, traspuestos al ordenamiento jurídico español, figuran en el Capítulo II del Título I de la Ley.

Sin embargo, la Ley española viene a ampliar los supuestos de la Directiva, disponiendo que serán también de aplicación las disposiciones subsidiarias, una vez transcurrido un plazo de 6 meses desde el inicio del procedimiento de negociación, cuando la dirección central incumpla sus obligaciones en materia de constitución y convocatoria de la comisión negociadora prevista en el artículo 8 de la Ley, suspenda unilateralmente las negociaciones sin causa justificada, o se comporte en ellas con manifiesta mala fe, y así se declare en todos los casos por sentencia judicial firme⁶⁷⁹.

Además, respecto a las “disposiciones subsidiarias”, la Ley (artículos 15 a 19) establece también innovaciones en la normativa prevista por la Directiva, y ello especialmente en dos aspectos⁶⁸⁰:

1. En el referido a la antelación de la convocatoria de las reuniones entre dirección central y C.E.U: las disposiciones subsidiarias preveían que el C.E.U. tendría derecho a mantener, al menos, una reunión anual con la dirección central, pero no imponía ninguna antelación para la convocatoria de la misma; la Ley, en su artículo 18.2, establece la previsión de que la convocatoria de la reunión se habrá de realizar con una antelación mínima de un mes en relación con la fecha prevista para la reunión⁶⁸¹.

⁶⁷⁹ Art. 15.2.

⁶⁸⁰ En tales arts. 15 al 19 de la Ley española se regula la composición del C.E.U., que es la misma que la de la Comisión Negociadora. La forma de elección o designación, en lo referente a los representantes de centros o empresas situadas en España, es la misma que la de la Comisión Negociadora también. La misma debe recaer en un trabajador o trabajadores de la empresa o grupo que ostente la condición de delegado de personal, miembro del Comité de Empresa o delegado sindical, en este caso, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la Comisión Negociadora, cuyos miembros entendemos que no es necesario que obligatoriamente, y como hemos señalado, ostenten dicha condición. La competencia básica del C.E.U. es la de ser informado y consultado sobre aquellas cuestiones que afecten al conjunto de la empresa o grupo o, al menos, a dos centros de trabajo o empresas situados en Estados miembros diferentes. El C.E.U. adopta sus decisiones por mayoría de sus miembros: si el número es superior a doce, deberá elegir en su seno un comité restringido compuesto por tres miembros, que será el encargado de recibir la información y celebrar las reuniones sobre “circunstancias excepcionales”. Tanto el C.E.U. como, en su caso, el comité restringido, tienen derecho a reunirse con carácter previo a cualquier reunión con la dirección central.

⁶⁸¹ En la reunión anual se analizarán, sin perjuicio de otras cuestiones que pudieran plantearse, aquellas relacionadas con la estructura de la empresa, su situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas, la situación y evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales que afecten a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o de producción, los traslados de producción, las fusiones, la reducción del tamaño o el cierre de las empresas, centros de trabajo o partes importantes de éstos, y los despidos colectivos.

1. Por su parte, en lo referente al momento de efectuar la comunicación de informaciones al C.E.U. en relación con la adopción de decisiones por parte de la dirección central⁶⁸², la Ley española viene a precisar más el asunto que la propia Directiva, al disponer en su artículo 18.3.2 que “*las reuniones de información y consulta a que se refiere este apartado se efectuarán con la antelación necesaria para que el criterio del Comité pueda ser tenido en cuenta a la hora de adoptar o ejecutar las decisiones, sobre la base de un informe elaborado por la dirección central o por cualquier otro nivel de dirección adecuado de la empresa o grupo*”⁶⁸³. El C.E.U. podrá emitir un dictamen al finalizar la reunión correspondiente o en el plazo máximo de siete días, dictamen que puede efectuarse también si no se pide la reunión.

g) Respecto a las previsiones contenidas en el artículo 14 de la Ley sobre vigencia, prórroga, denuncia y renegociación de los acuerdos negociados, y que se aplican en defecto de pacto sobre tales materias, éstas sirven para aclarar las dudas que se planteaban sobre las mismas en el texto de la Directiva, pudiendo también considerarse, desde este punto de vista, como innovaciones de la Ley, adoptadas con el objetivo de concretar y desarrollar, con mayor grado de seguridad jurídica, lo dispuesto en aquella:

Así, la duración del acuerdo puede ser determinada o indefinida, previniéndose esta última a falta de pacto expreso. Los acuerdos pueden denunciarse con 6 meses de antelación a la fecha prevista de expiración de su vigencia, o a la terminación de cada período cuatrienal de vigencia en caso de duración indefinida, si bien, a falta de denuncia, se entienden prorrogados por un nuevo período de duración igual a la de su vigencia inicial. Por otra parte, denunciado y vencido un acuerdo, se mantendrá en vigor hasta que se alcance otro nuevo o hasta que sean de aplicación las disposiciones subsidiarias.

La renegociación del acuerdo puede llevarse a cabo por el C.E.U., si bien, cuando se trate de renegociar un acuerdo relativo al establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta, deberá procederse a la constitución de una nueva comisión negociadora, en los términos previstos en la Ley.

h) Por último, dentro de este repaso por las principales innovaciones introducidas por la Ley española respecto a la Directiva C.E.U., hay que recordar que la Directiva regulaba en su artículo 8 el deber de confidencialidad que pesaba sobre los representantes de los trabajadores en relación con las informaciones recibidas con tal carácter, y cómo preveía la existencia de informaciones secretas que la empresa no estaría obligada a comunicar; en definitiva, la Directiva venía a establecer dos niveles de limitación de las informaciones empresariales: a) informaciones confidenciales y b) informaciones secretas, siendo este segundo un nivel más intenso de limitación ya que debería ser previsto por los Estados

⁶⁸² Aspecto tratado en el Anexo de la Directiva, pero empleando la inconcreta expresión de “antelación debida”.

⁶⁸³ Se trata de reuniones en las que el C.E.U. debe ser informado con la debida antelación de aquellas circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores (especialmente, en los casos de traslados de empresa, de cierres de centro de trabajo o empresas o de despidos colectivos). Pues bien, al efecto de recibir la citada información y ser consultada sobre ella, tiene derecho a reunirse, a petición propia, con la dirección central o cualquier otro nivel de dirección más adecuado y con competencia para adoptar decisiones propias.

miembros sólo “en casos específicos y en las condiciones y límites establecidos por la legislación nacional”⁶⁸⁴.

Pues bien, la Ley desarrolla restrictivamente la previsión contenida en la Directiva, y en su artículo 22.2 efectúa una limitación de las informaciones que la dirección de la empresa o del grupo puede abstenerse de comunicar. Tal limitación implica, en primer lugar, una juridificación de esa facultad empresarial, identificando las materias sobre las que se extiende⁶⁸⁵, a la vez que se indica expresamente que el “secreto” no puede abarcar datos relativos al volumen de empleo de la empresa. Por lo que respecta al deber de no revelar informaciones confidenciales que pesa sobre los representantes, éste se configura como un límite de mayor intensidad al deber de sigilo profesional de los representantes españoles fijado por el art. 65.2 del Estatuto de los Trabajadores, pues este deber de sigilo en nuestro país no se ha venido interpretando como un deber de secreto, sino un deber de buena fe, prudencia y tacto en la difusión de las informaciones, sin que tal difusión se entienda prohibida.

i) Para concluir, indicar que la ley contiene también otras disposiciones reguladoras de materias que no vienen contempladas por la Directiva, pero que son desarrollos necesarios y previsibles de la misma. Las más relevantes quizás sean las siguientes:

En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley, se incluyen expresamente en el mismo las empresas o grupos de empresas públicas o privadas y de cualquier rama o sector de actividad⁶⁸⁶, aclarando o detallando de este modo el mandato de la Directiva.

La Ley procede también a una regulación más detallada del inicio del proceso de negociación para la constitución de un C.E.U. o para el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta⁶⁸⁷. De acuerdo con el artículo 6 de la norma española,

⁶⁸⁴ Art. 8.2 Directiva C.E.U.

⁶⁸⁵ Art 22.2: “Excepcionalmente, la dirección central no estará obligada a comunicar aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales, cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica”.

⁶⁸⁶ Vid. Art. 2.1.

⁶⁸⁷ En tal sentido, téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley:

Artículo 7. Inicio del procedimiento.

1. “El procedimiento de negociación para la constitución de un comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta se iniciará por la dirección central a petición escrita de un mínimo de 100 trabajadores, o de sus representantes, que pertenezcan, por lo menos, a dos centros de trabajo o empresas de la empresa o el grupo situados en Estados miembros diferentes. La petición podrá presentarse por los trabajadores o sus representantes de forma conjunta o separada y dirigirse a la dirección central o a las direcciones de los centros de trabajo o empresas en los Estados miembros donde presten sus servicios. Las direcciones deberán trasladar las peticiones recibidas a la dirección central, informando a sus firmantes de dicho traslado. La dirección central no podrá negarse al inicio de las negociaciones basándose en la falta de traslado de las peticiones”.

2. “La dirección central sólo podrá negarse al inicio de las negociaciones en los siguientes casos:

a) Cuando la empresa o el grupo no reúna el número de trabajadores exigido para la constitución de un comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta.

cuando la dirección central esté en España, se dispone la responsabilidad de la misma de establecer las condiciones y medios necesarios para la constitución del C.E.U. o para el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta. Añade también a la previsión ya contenida en la Directiva de que la negociación se iniciará por iniciativa propia (de la dirección central) o por petición escrita (solicitud escrita de un mínimo de 100 trabajadores o sus representantes pertenecientes por lo menos a dos empresas o establecimientos situados en Estados diferentes), el que esta última pueda presentarse de manera conjunta o separada y que puede dirigirse a la dirección central o las direcciones de los centros de trabajo o empresas en los Estados en los que se presten servicios, caso este en el que dichas direcciones deberán trasladar las peticiones a la dirección central y comunicar dicho traslado a los peticionarios⁶⁸⁸.

También se prevé en la normativa española no sólo, como hemos visto con anterioridad, el procedimiento a seguir para la designación de los representantes que deben formar parte de la comisión negociadora, sino que también se fijan en el artículo 23 de la Ley criterios para la renovación total o parcial de tales representantes cuando se produzcan modificaciones en la estructura de la empresa o del grupo⁶⁸⁹.

El artículo 12, por su parte, especifica los contenidos mínimos del acuerdo entre la dirección central y la comisión negociadora para la constitución de un C.E.U., descendiendo a un nivel de detalle que aumenta dichos contenidos⁶⁹⁰, y el artículo 20 precisa la capacidad

-
- b) Cuando la petición no reúna el número de firmas exigido.
 - c) Cuando una comisión negociadora hubiera adoptado las decisiones a que se refiere el apartado 2 del artículo 10 y no hubiera transcurrido el plazo previsto en el mismo.
 - d) Cuando estuviera vigente un acuerdo celebrado al amparo de lo dispuesto en el artículo 12 de esta Ley”.

3. “La dirección central podrá igualmente iniciar el procedimiento para la constitución de un comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta por propia iniciativa”.

⁶⁸⁸ Asimismo, se establece en la normativa española cuando la dirección central puede negarse a negociar: cuando la empresa o el grupo no reúna el número de trabajadores requerido, cuando la petición no reúna el número de firmas necesario, cuando una comisión negociadora ya haya adoptado el acuerdo de no iniciar las negociaciones o anularlas (hasta que no transcurran dos años para una nueva petición), o cuando ya estuviere en vigor un acuerdo.

⁶⁸⁹ Al respecto, deben tenerse en cuenta el artículo 23 de la Directiva C.E.U.:

Artículo 23. Representatividad de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo.

1. “Las modificaciones en la estructura de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria o en la composición de los órganos nacionales de representación de los trabajadores podrán determinar la renovación total o parcial de la comisión negociadora o del comité de empresa europeo, conforme al procedimiento establecido en esta Ley, cuando a tales modificaciones afecten significativamente a la representatividad del órgano correspondiente y así se solicite por cualquiera de las partes o mediante una petición que reúna los requisitos previstos en el apartado 1 del artículo 7”.

2. “Lo dispuesto en el apartado anterior será aplicable al comité de empresa europeo constituido conforme al acuerdo previsto en el artículo 12 de esta Ley en defecto de disposiciones específicas contenidas en el propio acuerdo”.

⁶⁹⁰ Artículo 12. Contenido del acuerdo.

1. “Sin perjuicio de la autonomía de las partes, el acuerdo entre la dirección central y la comisión negociadora deberá contener:

jurídica del C.E.U., de la comisión negociadora y de los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento alternativo de información y consulta⁶⁹¹.

La regulación de las garantías y facilidades de los representantes de los trabajadores desarrolla, igualmente, los genéricos mandatos de la Directiva⁶⁹².

-
- a) La identificación de las partes que lo conciertan.
 - b) La determinación de los centros de trabajo de la empresa de dimensión comunitaria o de las empresas del grupo de empresas de dimensión comunitaria afectados por el acuerdo.
 - c) Las atribuciones del comité de empresas europeo, el número de sus miembros, su distribución y la duración de su mandato, así como los efectos que sobre ello se deriven de las modificaciones en la estructura de la empresa o grupo o en la composición de los órganos nacionales de representación de los trabajadores.
 - d) Las atribuciones del comité de empresas europeo y el procedimiento de información y consulta al mismo.
 - e) El lugar, la frecuencia y la duración de las reuniones del comité de empresas europeo.
 - f) Los recursos materiales y financieros asignados al comité de empresa europeo para el adecuado cumplimiento de sus funciones.
 - g) La duración del acuerdo y las condiciones de su denuncia, prórroga y renegociación”.

2. “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, la dirección central y la comisión negociadora podrán acordar, en vez de la constitución de un comité de empresa europeo, el establecimiento de uno o más procedimientos de información y consulta a los trabajadores sobre aquellas cuestiones transnacionales que puedan afectar considerablemente a sus intereses. En tal caso, el acuerdo deberá prever las modalidades con arreglo a las cuales los representantes de los trabajadores tendrán derecho a reunirse para deliberar acerca de la información que les sea comunicada”.

3. “El acuerdo entrará en vigor en la fecha que disponga las partes”.

⁶⁹¹ Artículo 20. Capacidad de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo.

“La comisión negociadora a la que se refiere el artículo 8 de esta Ley, el comité de empresa europeo y los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento alternativo de información y consulta gozan de capacidad jurídica para el ejercicio de los derechos que les reconoce la presente Ley o que se deriven del acuerdo al que se refiere el artículo 12, pudiendo ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias por decisión mayoritaria de sus miembros”.

⁶⁹² En tal sentido de tenerse en cuenta, al respecto, el artículo 28 de la citada Ley:

Artículo 28. Protección de los representantes de los trabajadores.

1. “Los representantes de los trabajadores que sean miembros de las comisiones negociadoras y de los comités de empresa europeos o que participen en los procedimientos alternativos de información y consulta gozan en el ejercicio de sus funciones de la protección y de las garantías establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, salvo en lo relativo al crédito horario previsto en la letra e) del artículo 68 del mismo, en que se estará a lo dispuesto en los apartados siguientes”.

2. “Los representantes de los trabajadores a que se refiere este artículo tendrán derecho a los permisos retribuidos necesarios para la asistencia a las reuniones que se celebren con la dirección central, así como a las que puedan realizarse por dichos órganos y representantes con carácter previo”.

3. “Con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, los miembros de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo tendrán derecho a un crédito de sesenta horas anuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones, adicionales, en su caso, a las que dispongan en su condición de representantes nacionales de los trabajadores. Este derecho se reconocerá al comité de empresa europeo constituido, mediante acuerdo en defecto de disposiciones específicas contenidos en el mismo”.

En cuanto a los gastos de la negociación, el artículo 11 de la Ley 10/1997 determina los gastos que correrán a cargo de la dirección central o de las sociedades participantes. Al respecto, tales gastos incluyen los de elección o designación de los miembros de la Comisión Negociadora y los de organización de sus reuniones, incluidos los gastos de interpretación, manutención, alojamiento y viaje de sus miembros y, además, haciendo uso de la posibilidad contemplada en la Directiva C.E.U., la norma española limita la financiación a un solo experto.

-PARTE SEGUNDA-

***LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA
SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA: RÉGIMEN
JURÍDICO.***

PARTE SEGUNDA. LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA: RÉGIMEN JURÍDICO.

CAPÍTULO I.- EL ESTATUTO DE LA “SOCIETAS EUROPAEA” (S.E.):

- 1.1. CONSIDERACIONES GENERALES: UNA VISIÓN DE CONJUNTO SOBRE EL ESTATUTO DE LA S.E.
- 1.2. TÉCNICA JURÍDICA EMPLEADA EN EL ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA Y BASE JURÍDICA QUE LO FUNDAMENTA:
 - 1.2.1.TÉCNICA JURÍDICA EMPLEADA EN EL ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA.
 - 1.2.2.BASE JURÍDICA QUE FUNDAMENTA EL ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA.
- 1.3. EL REGLAMENTO CE 2157/2001 SOBRE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA:
 - 1.3.1.OBJETIVO Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL REGLAMENTO S.E.
 - 1.3.2.DOMICILIO SOCIAL DE LA SE, TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL Y PUBLICIDAD REGISTRAL.
 - 1.3.3.CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD EUROPEA.
 - 1.3.4.FUNCIONAMIENTO DE LA SE.

CAPÍTULO II.- “LA DIRECTIVA 2001/86 SOBRE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA”.

- 2.1. EL NUEVO CONCEPTO DE “*IMPLICACIÓN*” INTRODUCIDO POR LA DIRECTIVA 2001/86.
- 2.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2001/86. COORDINACIÓN DEL REGIMEN DE IMPLICACIÓN DE LA SE CON OTRAS NORMAS:
 - 2.2.1.ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2001/86.
 - 2.2.2.COORDINACIÓN DEL REGIMEN DE IMPLICACIÓN DE LA SE CON OTRAS NORMAS.
- 2.3. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA DIRECTIVA SOBRE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA S.E.: LOS PRINCIPIOS DE “*SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD*” Y EL PRINCIPIO DE “*ANTES-DESPUÉS*”.
 - 2.3.1.LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD.
 - 2.3.2.EL PRINCIPIO “*ANTES-DESPUÉS*” COMO PRINCIPIO VERTEBRADOR DEL SISTEMA DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA S.E.

CAPÍTULO III.- “ANÁLISIS SISTEMÁTICO DEL PROCESO NEGOCIADOR: RÉGIMEN JURÍDICO CONTENIDO EN LA DIRECTIVA 2001/86 Y EN LA LEY 31/2006”.

- 3.1. INTRODUCCIÓN.
- 3.2. EL PROCESO NEGOCIADOR.
 - 3.2.1. INICIO DEL PROCESO NEGOCIADOR E IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES NEGOCIADORAS.
 - 3.2.2. LA “COMISIÓN NEGOCIADORA”: COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO.
 - 3.2.3. COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA PARTE EMPRESARIAL.
- 3.3. EL DESARROLLO DEL PROCESO NEGOCIADOR: EL ACUERDO DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA DIRECTIVA S.E. Y EN LA LEY ESPAÑOLA DE IMPLICACIÓN. OTRAS POSIBLES SOLUCIONES ANTE LA FALTA DE UN ACUERDO NEGOCIADO:
 - 3.3.1. EL DESARROLLO DEL PROCESO NEGOCIADOR.
 - 3.3.2. LA CONCLUSIÓN DE UN “ACUERDO DE IMPLICACIÓN” DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD EUROPEA.
 - 3.3.3. LA CONCLUSIÓN DE UN “ACUERDO SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE REFERENCIA”.
 - 3.3.4. TERMINACIÓN DEL PROCESO NEGOCIADOR “SIN ACUERDO” ENTRE LAS PARTES NEGOCIADORAS.

CAPÍTULO IV.- ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LAS DENOMINADAS “NORMAS SUBSIDIARIAS O DE REFERENCIA”: RÉGIMEN JURÍDICO CONTENIDO EN LA DIRECTIVA 2001/86 Y TRANSPOSICIÓN EFECTUADA EN LA LEY 31/2006.

- 4.1. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE REFERENCIA.
 - 4.1.1. PREVIO.
 - 4.1.2. REGLA GENERAL.
 - 4.1.3. REGLAS ESPECIALES EN MATERIA DE “PARTICIPACIÓN”.
- 4.2. LA CLÁUSULA “OPTING-OUT”.
- 4.3. EL ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN.
 - 4.3.1. CONSTITUCIÓN Y COMPOSICIÓN DEL ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES.
 - 4.3.2. COMPETENCIAS DEL ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES.
 - 4.3.3. RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO DEL ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES.
- 4.4. DISPOSICIONES SUBSIDIARIAS EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN.

CAPÍTULO V.- “DISPOSICIONES VARIAS EN LA DIRECTIVA S.E. Y EN LA LEY ESPAÑOLA DE IMPLICACIÓN Y MEDIDAS PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA SOBRE IMPLICACIÓN EN LA SE”.

- 5.1. CONFIDENCIALIDAD Y RESERVA.
- 5.2. COOPERACIÓN ENTRE LAS PARTES.

- 5.3. PROTECCIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.
- 5.4. USO INDEBIDO DE LOS PROCEDIMIENTOS.
- 5.5. CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA SOBRE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE.
 - 5.4.1. CAPACIDAD JURÍDICA DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA Y DEL ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE.
 - 5.4.2. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.
 - 5.4.3. LEGITIMACIÓN PROCESAL.
 - 5.4.4. MODALIDADES PROCESALES, LEGISLACIÓN Y SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS.
 - 5.4.5. INFRACCIONES LABORALES.

CAPÍTULO I.- EL ESTATUTO DE LA “SOCIETAS EUROPAEA” (S.E.).

1.1. CONSIDERACIONES GENERALES: UNA VISIÓN DE CONJUNTO SOBRE EL ESTATUTO DE LA S.E.

Ante la gran diversidad de normas y prácticas existentes en los Estados miembros de la Unión Europea respecto a la forma en que los representantes de los trabajadores pueden tener la posibilidad de intervenir en las decisiones que se adopten en la empresa, diversidad que se había convertido, como hemos podido analizar en la Primera Parte de esta Tesis, en el principal escollo que había obstaculizado el éxito de propuestas anteriores, el legislador comunitario, con el nuevo **Estatuto de la Sociedad Europea (SE)**, ha considerado en esta ocasión “inoportuno establecer un único modelo europeo de implicación aplicable a la SE”¹. Además, dicha diversidad ha dejado de considerarse como un obstáculo inevitable que cerraba la posibilidad de cualquier regulación del tema de la participación de los trabajadores en la Sociedad Europea, reconociéndose ahora, en un cambio significativo de tendencia e incluso de filosofía, como un valor a considerar que debe respetarse y protegerse en el ámbito del Derecho Comunitario, dentro de un contexto que parece dibujar cada vez más “un escenario dominado por tendencias normativas de renacionalización”².

Este Estatuto complejo que regula la *Societas Europaea* aparece compuesto por un Reglamento y por una Directiva que lo completa³, teniendo ambos como fundamento jurídico unitario el artículo 308 del Tratado de la Unión Europea. De este modo, la creación de esta nueva persona jurídica de Derecho Comunitario que es la SE ha sido realizada mediante dos instrumentos jurídicos de distinta naturaleza, a través de los cuales se

¹ Cfr. 5º Considerando de la Directiva 2001/86.

² F. VALDÉS DAL-RE: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *Fundet, Fundación Educación y Trabajo*, Enero 2003, op. cit. p 15.

³ El profesor Arrigo describe de manera muy descriptiva la complejidad de la normativa comunitaria sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: “La primera sensación que se siente es de extravío, como al pasar por un viejo nudo ferroviario: de la vía que recorre nuestro tren parece nacer otra, que genera a su vez nuevas, las cuales, durante un tiempo parecen crear otras que engendran nuevas, pareciendo que por un tiempo corren paralelas, luego por un rato se cruzan y se separan más veces, terminando en remotas terminales”. Cfr. G. ARRIGO: “La implicación de los trabajadores en la SE”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Derecho Social Internacional y Comunitario*, nº 52. Madrid. 2004. pp. 13-14.

pretende facilitar la integración de la Sociedad Europea en los diferentes Estados miembros, respetando la especificidad de las cuestiones sociales propias de cada país.

La elección del Reglamento resultaba obligada para la creación y gestión de sociedades de dimensión europea, con el fin de evitar que las posibles divergencias entre las leyes de transposición fuesen susceptibles de impedir la necesaria coordinación transnacional. Sin embargo, en materia social, este tipo de norma había venido siendo sistemáticamente rechazada desde finales de los años 70, prefiriéndose la Directiva, al ser una norma comunitaria que permite la mayor flexibilidad requerida por la materia social.

El Reglamento ofrecerá a las empresas nacionales un “cuadro jurídico uniforme en cuyo ámbito las sociedades de los diversos Estados miembros sean capaces de programar y ejecutar la reorganización de sus actividades a nivel comunitario”⁴, pudiendo para ello adoptar una nueva forma jurídica de Derecho europeo, la Sociedad Europea, mediante procedimientos diversos que aparecen contemplados en la propia norma. En concreto, el Reglamento contempla cuatro vías de creación de una SE:

1. En primer lugar, la que pueden utilizar las sociedades anónimas listadas en su Anexo I, mediante un acuerdo de “*fusión*” entre ellas, siempre que al menos dos de estas sociedades anónimas se encuentren sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes⁵.
2. En segundo lugar, la posibilidad reconocida tanto a sociedades anónimas como a sociedades de responsabilidad limitada (Anexo II) para constituir un “*holding*”, siempre que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de dos Estados miembros diferentes o tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado o una sucursal en otro Estado durante, al menos, dos años⁶.
3. En tercer lugar, mediante la constitución de una “*filial*”⁷.
4. Por último, mediante “*transformación*” de una sociedad anónima ya existente en SE, siempre que haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado durante, al menos, dos años⁸.

Cualquiera que sea la opción efectuada para constituirse en SE ésta habrá de pasar por las reglas procedimentales señaladas en el Reglamento. Y es que el Reglamento establece las condiciones necesarias que han de observarse para la constitución y creación de dicha Sociedad Europea, entre las que se encuentra la relativa a la implicación de los trabajadores, que viene a actuar como verdadera “*conditio iuris*”: en cualquier caso, si se quiere constituir una Sociedad Europea, debe de existir en la misma alguna forma de

⁴ Cfr. 2º Considerando de la Directiva 2001/86.

⁵ Arts. 17-31 Reglamento 2157/2001 del Consejo, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

⁶ Arts. 32-34 Reglamento 2157/2001.

⁷ Arts. 35-36 Reglamento.

⁸ Art. 37 Reglamento.

implicación de los trabajadores; como ya señalaba JACQUES DELORS en los años setenta “*pas de société européenne sans une certaine forme d’implication*”.

De este modo, la implicación de los trabajadores se configura ya en el Reglamento no como una mera cuestión externa o ajena a la propia vida corporativa de la SE, sino como una auténtica “cuestión societaria”⁹. Además, cualquiera que sea también la modalidad elegida para la constitución de la Sociedad Europea (fusión, holding, constitución de filial o transformación), la intervención de los trabajadores en el proyecto se asegurará luego en la Directiva al exigir que de éste se dé inmediata noticia por los promotores a los representantes de los trabajadores de las sociedades participantes, los cuales habrán de constituir una *Comisión Negociadora* al objeto de discutir con los órganos de las sociedades participantes sobre “la implicación de los trabajadores en la SE”, lo cual no quiere decir, como se verá, que sólo cuando se haya llegado a un acuerdo al respecto procede el registro de la misma, pues eso significaría tanto como obstaculizar aquello que precisamente se pretende fomentar y facilitar, esto es, la constitución de una SE, previéndose otras posibilidades que permitirán una cierta flexibilización en la materia que nos ocupa.

Por otro lado, es sólo en estas nuevas estructuras societarias donde deberá afrontarse la implicación de los trabajadores como factor condicionante para el registro de la SE, quedando exentas del tema de la implicación cualesquiera otras empresas de estructura societaria, con independencia de su dimensión o de la actividad nacional o transnacional de sus actividades, que no se transformen en SE. Las exigencias de implicación de los trabajadores se vinculan sólo a la forma jurídica especial de S.E., aplicándose tanto a las grandes como a las medias y pequeñas empresas en forma de Sociedad Europea¹⁰.

En este sentido, es el artículo 12 del Reglamento el que expresamente condiciona el propio registro de la SE en el Estado miembro de su domicilio social (necesario para que la Sociedad adquiera personalidad jurídica) al cumplimiento de la regulación contenida en la Directiva, esto es, a la existencia de un acuerdo de implicación de los trabajadores, o a que se haya tomado la decisión de sustituir un modelo propio de implicación por derechos de información y consulta, o a la aplicación subsidiaria de unas disposiciones de referencia que se contienen en el Anexo de la Directiva.

Así, el artículo 12.2 del Reglamento es claro, estableciendo de manera imperativa que “no podrá registrarse ninguna S.E.” salvo que se cumpla con alguna de las tres vías que la Directiva prevé para la adopción de un sistema de implicación:

1º. *Se haya celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores*¹¹.

2º. *Se haya tomado por la Comisión Negociadora la decisión de no iniciar las negociaciones o de terminar las negociaciones ya iniciadas*¹², renunciando a establecer un

⁹ L. A. VELASCO SAN PEDRO: “La nueva sociedad anónima europea. Último hito del derecho de sociedades en la UE”, *Derecho Comercial y de las Obligaciones*, núm. 199, 2002, p. 511.

¹⁰ Diferenciándose así en este punto de la Directiva 95/45/CE, sobre Comités de Empresa Europeos, que exige mil o más trabajadores.

¹¹ Conforme al artículo 4 de la Directiva.

modelo propio de implicación de los trabajadores de la Sociedad Europea, y aplicando en su lugar las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en los que la SE tenga trabajadores. Ahora bien, debe ya indicarse que, como analizaremos con posterioridad, esta posibilidad contemplada en la norma reglamentaria debe ponerse en conexión con el artículo 3.6 de la Directiva S.E., párrafo tercero, en donde se impide a la Comisión Negociadora la posibilidad de decidir no iniciar las negociaciones o terminar las negociaciones ya iniciadas (y basarse entonces en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en los que la SE tenga trabajadores) cuando la sociedad anónima llamada a transformarse en Sociedad Europea cuente con un sistema de participación de los trabajadores.

3º. *O, se haya expirado el período de negociaciones sin que se haya alcanzado ningún acuerdo*¹³, lo que conllevaría a la aplicación de unas “disposiciones de referencia”, contenidas en el Anexo de la Directiva e incorporadas por la legislación del Estado miembro en que se haya de situar la sede social de la Sociedad Europea, a partir de la fecha de su inscripción.

La Directiva, por su parte, viene a completar al Reglamento en lo que concierne a los derechos de los trabajadores, siendo “complemento indisociable del mismo” al afirmarse la necesidad de su aplicación concomitante o conjunta¹⁴, tratando en concreto el espinoso asunto de la implicación de los trabajadores en la SE.

Respecto a este tema, la Directiva viene a establecer unas garantías mínimas en el plano social, destinadas a asegurar la adopción de un sistema de representación de los trabajadores en el seno de la Sociedad Europea al tratar de establecer que, en todos los casos de constitución de una SE, se hayan reconocido, al menos, las versiones débiles de los derechos de implicación; esto es, se hayan establecido como mínimo “procedimientos de información y consulta a escala transnacional”¹⁵, con lo que se pondría así de manifiesto la posibilidad real de vincular una estructura societaria capaz de afrontar los desafíos económicos resultantes de la realización del gran mercado interior, como es la Sociedad Europea, a las disposiciones sociales protectoras de los trabajadores¹⁶. Además, la Directiva se erigiría en garantía propia del respeto a los derechos de los trabajadores implicados en el proceso de constitución de una S.E. pues, como en ella se señala, el establecimiento de las SE no puede suponer “(...) *la desaparición ni la reducción de las prácticas existentes de implicación de los trabajadores en las empresas que participen en la creación de las SE (...)*”¹⁷.

¹² Conforme al artículo 3.6 de la Directiva.

¹³ Conforme al artículo 5 de la Directiva.

¹⁴ Considerando 19 del Reglamento.

¹⁵ Cfr. punto 6º de la Exposición de Motivos de la Directiva.

¹⁶ M. A. MOREAU: “L’implication des travailleurs dans le société européenne”, *Droit Social*, núm. 11, 2001, cit. p. 970.

¹⁷ Considerando 3º de la Directiva S.E.

Pero, en una primera aproximación a la misma, lo primero que puede extraerse de la lectura tanto de su Exposición de Motivos como de su concreto articulado es que el objetivo de la Directiva no ha sido el de garantizar de forma uniforme y general la implicación de los trabajadores en las estructuras societarias. La Directiva no ha perseguido el objetivo de armonizar los derechos y modelos nacionales de implicación sino sólo fijar “las reglas adecuadas para garantizar el traslado de las empresas nacionales a la futura SE”¹⁸.

Para tales fines la Directiva, siguiendo los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, ha establecido el siguiente sistema: en primer lugar, una serie de “*disposiciones generales*” de naturaleza esencialmente procedimental, que rigen las negociaciones que entre las partes han de darse si se quiere establecer un sistema propio de implicación de los trabajadores en el ámbito de cada Sociedad Europea y que, por tanto, suponen un reenvío a la negociación colectiva de la responsabilidad de definir las concretas modalidades de implicación, al confiarse a la autonomía colectiva de sujetos colectivos transnacionales la labor de dar contenido sustantivo a la garantía de implicación y, en segundo lugar, una serie de “*disposiciones de referencia*”, recogidas en un anexo a la misma, que han de aplicarse de forma preceptiva, para el caso en que la negociación no termine en acuerdo¹⁹.

La declarada voluntad de “promover los objetivos sociales de la Comunidad” ha conllevado también la elaboración del denominado principio “*antes-después*”²⁰, en virtud del cual se persigue el respeto de los derechos ya adquiridos de los trabajadores, los cuales se convertirán en el punto de partida a la hora de determinar la implicación de los trabajadores en la S.E. y deberán ser tenidos en cuenta a la hora de introducir modificaciones estructurales. El mencionado principio impone la salvaguarda, como veremos, de los niveles de participación en el proceso de toma de decisiones que ya gozasen los trabajadores de las sociedades implicadas en la constitución de la Sociedad Europea, si bien, también veremos que, por otro lado, de nuevo por la aplicación del “principio antes-después”, las normas de referencia, aplicables en el caso de falta de acuerdo en el proceso negociador entre las sociedades participantes y la Comisión Negociadora, no pueden imponer un sistema de participación si tal modalidad de implicación no existía antes en dichas sociedades participantes.

De la propia definición de este principio como “fundamental” (Considerando núm. 18 de la Directiva 2001/86) puede extraerse un argumento ulterior que viene a sostener la tesis según la cual la nueva regulación sobre la Sociedad Europea confirma la elección de un modelo social de tipo “colaborativo”, siendo el empleo del término “*implicación*”, utilizado por primera vez en el ámbito del derecho social comunitario, una manifestación clara de dicha elección, y en cuyo contexto los derechos de información y consulta vienen

¹⁸ Cfr. G. ARRIGO: *La implicación de los trabajadores en la SE*, p. 16.

¹⁹ La solución contemplada en el texto refleja aquella elaborada ya por el Grupo de Expertos encargado por la Comisión CE de elaborar un Informe sobre los sistemas de implicación de los trabajadores en Europa. Grupo de Expertos “*European System of workers involvement (with regard to the European Company Statute and the other pending proposals)*”, Rapport final, Commission Européenne, Unité vV/D.2, Mayo 1997.

²⁰ Vid. Considerando 18º de la Directiva 2001/86.

calificados también como “derechos fundamentales”²¹, debiendo quedar éstos, a diferencia de la participación, garantizados en cualquier caso.

La información y la consulta, como definirán las letras i) y j) del artículo 2 de la Directiva, constituyen un mecanismo que permite a los representantes de los trabajadores “influir en las decisiones que se adopten en la empresa”, realizándose así esa “implicación de los trabajadores” que constituye el objeto de la Directiva. Y es que, el término “implicación” se asienta, como señala CASAS BAAMONDE, en la idea fomentada desde hace años en los análisis y propuestas comunitarias de cooperación entre trabajadores y empresarios para atender la necesidad de “optimizar todos los recursos económicos y sociales en las economías nacionales, que impone la globalización económica y la internacionalización de mercados”²².

De este modo, el término elegido (“implicación”) intentaría expresar el papel activo que los propios trabajadores deberían poder asumir en la toma de decisiones en la empresa²³.

²¹ En la Unión Europea, la previsión de los derechos de información y consulta de los trabajadores en la empresa contenida en los artículos 17 y 18 de la Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada durante la Cumbre de Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, ha significado la atribución a los mismos de la dignidad de derechos fundamentales en el seno del derecho comunitario. El reconocimiento del rango de derechos fundamentales a los derechos de información y consulta se corresponde con la tendencia evolutiva del ordenamiento comunitario, decididamente favorable a acordar una amplia tutela a los derechos sociales y a los derechos positivos de participación, dirigidos a garantizar “la participación del individuo en los procesos de decisiones en los campos políticos y sociales”, en cuanto “nuevos derechos del hombre de tercera generación”. Así, PARLAMENTO EUROPEO, *Relazione Anuale per il 1997*, cit. p. 25.

²² M. E. CASAS BAAMONDE: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)”. *Relaciones Laborales*, nº. 17, mayo- junio 2003, p. 677.

²³ A este respecto el Informe Davignon, en su apartado 19, afirmaba que “la mano de obra que necesitan las empresas europeas, cualificada, móvil y comprometida, y responsable, capaz de integrar las innovaciones técnicas y de asociarse a los objetivos de incremento de la productividad y de la calidad, no puede ser la simple destinataria de las instrucciones empresariales. Por el contrario, exige una implicación estrecha y permanente en el proceso de toma de decisiones en los diferentes niveles empresariales”.

1. 2. TÉCNICA JURÍDICA EMPLEADA EN EL ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA Y BASE JURÍDICA QUE LO FUNDAMENTA.

1.2.1. TÉCNICA JURÍDICA EMPLEADA EN EL ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA.

La aparición de la *Societas Europaea* supone el reconocimiento de una nueva persona moral, de carácter europeo, con idéntica denominación en todos los Estados miembros de la Unión Europea, que goza de un Estatuto jurídico propio contenido en dos instrumentos normativos de naturaleza jurídica diferente: un régimen desdoblado constituido por un Reglamento comunitario, el Reglamento 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, de naturaleza esencialmente mercantil, regulando los aspectos societarios de la SE, y por una Directiva que lo completa, la Directiva 2001/86, de mayor interés iuslaboralista, regulando separadamente la controvertida materia de la “implicación” de los trabajadores.

Si en las primeras Propuestas comunitarias (1970-1975) la Sociedad Europea se concebía como un tipo comunitario sometido a un rígido Estatuto comunitario, completo y voluminoso, de fuerte carácter imperativo y unitario, en el que el Reglamento era la única norma prevista para la ordenación jurídica de la SE, regulando todos los aspectos societarios, y en el que los derechos nacionales sólo serían objeto de aplicación para aquellas cuestiones no contempladas por el Reglamento y que afectaran a la Sociedad Europea en cuanto sujeto que opera en el mercado jurídico (esto es, cuestiones tales como las relativas al derecho de la competencia, de la propiedad industrial, derecho concursal, penal, etc...), en la segunda generación de Propuestas (1989-1991) se planteaba ya por primera vez el desdoblamiento normativo de la Sociedad Europea, al decidirse tratar la cuestión de la participación de los trabajadores en una Directiva que complementaba la propuesta de Reglamento de la SE. Posteriormente, en el texto definitivo de 2001, surgirá una concepción de la Sociedad Europea como un tipo híbrido comunitario-nacional: un nuevo tipo sujeto a derecho comunitario, directamente aplicable en el conjunto de la Comunidad, desdoblado también en un Reglamento y una Directiva, pero que va a estar integrado, a su vez, por elementos nacionales diversos, propios del derecho interno del Estado miembro donde la SE establezca su domicilio.

Lo que es propiamente el Estatuto de la SE ha sido regulado por un Reglamento de naturaleza principalmente mercantil (Reglamento 2517/2001, de 8 de octubre de 2001), lo cual resulta coherente con el propósito principal perseguido, que no era otro que el de dar

lugar a la creación de un novedoso tipo societario de dimensión europea; mientras que los aspectos de mayor interés en el ámbito laboral, como son los relativos a la implicación de los trabajadores, han sido desarrollados en una Directiva complementaria.

Como hemos señalado, la elección del Reglamento se justificaba y parecía realmente necesaria para la creación y gestión de una sociedad de dimensión europea que pretendía evitar que las posibles divergencias posteriores entre las distintas leyes ulteriores de transposición pudieran eludir la necesaria coordinación transnacional. Mediante una regulación uniforme se intentaban sortear los obstáculos derivados de la consabida disparidad y aplicación territorial limitada de las legislaciones nacionales reguladoras de las sociedades mercantiles.

El Reglamento ofrece a las empresas que operen en varios Estados miembros de la Unión Europea la posibilidad de constituirse en sociedad de Derecho Comunitario y de evolucionar como un operador único de gestión de la empresa, evitando de esta manera el tener que adaptarse a la legislación nacional propia de cada Estado miembro en el que se contase con una filial. Para ello, la SE gozará de un Estatuto jurídico propio que, si bien no es completo²⁴, sí que contiene, a modo de estructura central, un conjunto de reglas uniformes que confiere una serie de derechos vinculados al carácter transnacional de la sociedad.

Así, en virtud del principio de subsidiariedad, posteriormente comentado, el Reglamento ha venido a diseñar el marco regulador de la nueva SE, constituido por la articulación de las legislaciones nacionales y por un “núcleo duro” uniforme de Derecho Comunitario; este último consiste en una serie de normas comunes que pretenden reglamentar los aspectos esenciales de la estructura de la SE con el claro fin de facilitar las fusiones empresariales y la movilidad de las actividades económicas en el territorio comunitario. Dicha regulación comunitaria se refiere a la cuestión de la unidad geográfica, del capital social mínimo, del traslado del domicilio social dentro de la Unión Europea, así como de la posibilidad de realizar fusiones transfronterizas. Fuera de este núcleo, las partes gozarán de amplio margen para elegir las disposiciones aplicables.

De esta manera, de acuerdo con el sistema de fuentes previsto en el artículo 9 del Reglamento, se establece el siguiente orden de aplicación:

a) En primer lugar, las disposiciones del Reglamento comunitario, o sea el citado núcleo duro de derecho comunitario,

b) En segundo lugar, cuando el Reglamento así lo autorice expresamente, las disposiciones libremente acordadas por las partes en los Estatutos de la SE²⁵,

²⁴ Hay que entender que en aquellos ámbitos jurídicos no cubiertos por el Reglamento, tales como el Derecho fiscal, el de la competencia, la propiedad industrial o el de quiebras, se aplicará el correspondiente régimen jurídico del Estado miembro (y en su caso, comunitario) como si se tratase de una Sociedad Anónima nacional. Art. 10 del Reglamento y Considerando 10 de su Exposición de Motivos.

²⁵ Los Estatutos pueden determinar bastantes cuestiones de la organización y funcionamiento de la empresa. A modo de ejemplo, se pueden citar, como significativos, los siguientes: la elección entre un régimen de administración monista (órgano de administración) y un régimen de administración dualista (órgano de administración y control), la posibilidad de que la Junta General de Accionistas nombre y revoque a los

c) Finalmente, para las materias societarias no reguladas por el Reglamento, o si se trata de materias reguladas sólo en parte por el Reglamento, para aquellos aspectos no previstos por el mismo:

- las disposiciones legales que adopten los Estados miembros en aplicación de las medidas comunitarias que se refieran específicamente a las SE²⁶;

- las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una Sociedad Anónima constituida de conformidad con la legislación del Estado miembro del domicilio social²⁷;

- las disposiciones de los Estatutos de la S.E. en las mismas condiciones que rigen para la Sociedades Anónimas del Estado Miembro en el que la SE tenga su domicilio²⁸.

La Directiva completa el Reglamento en lo que se refiere al tema de la “implicación de los trabajadores” en la Sociedad Europea. Su finalidad es establecer unas garantías mínimas en el plano social, que están destinadas a asegurar el establecimiento de un sistema de representación de los trabajadores en el seno de la SE.

La Directiva es, por su propia naturaleza, un instrumento jurídico más flexible que el Reglamento y se acomoda mejor a la salvaguarda de las especificidades nacionales en materia social; es más, al ser el Reglamento una norma que es obligatoria en todos sus elementos y que es directamente aplicable, ya hemos indicado como había sido “excluido sistemáticamente desde finales de los años 70 en materia social”²⁹.

Ahora bien, una de las características fundamentales del nuevo Estatuto radica en el hecho de la necesaria complementariedad entre el Reglamento y la Directiva. Es decir, “ambos textos se aplican concomitantemente” y la Directiva constituye “un complemento indisoluble del Reglamento de la S.E.”³⁰.

miembros del órgano de dirección, número de miembros del órgano de control y reglas de determinación de los mismos, tipos de operaciones que pueden requerir de la autorización de dicho órgano, etc...

²⁶ Dichas normas deberán cumplir lo dispuesto por las Directivas sobre el capital social (2ª Directiva), fusión (3ª Directiva), y escisión (6ª Directiva), aplicables a las sociedades anónimas nacionales.

²⁷ Dentro de este apartado se incluirían normas sobre constitución, capital, registro y publicidad, responsabilidad de los órganos de dirección, las cuales deberán respetar el contenido y espíritu del Reglamento de la SE.

²⁸ De esta forma, la autonomía privada deberá respetar los límites establecidos por la legislación nacional. En relación con la autonomía privada de las partes, el artículo 69 del Reglamento prevé una cláusula que permita en el futuro ampliar dicha autonomía en la SE respecto a la autonomía reconocida a las sociedades anónimas por parte de la legislación nacional.

²⁹ M. A. MOREAU: “L’implication des travailleurs dans la société européenne”, *Droit Social*, núm. 11, 2001, p. 972.

³⁰ Considerando nº 19 del Reglamento S.E.

Desde luego, no puede entenderse la Directiva 2001/86 sin tener en cuenta el contenido del Reglamento; de igual forma, el Reglamento quedaría asimismo incompleto sin la presente Directiva. Ambos forman parte de un todo y se complementan necesariamente. Ésta es la **técnica jurídica** utilizada.

La vinculación entre ambas normas es tal que en el propio Considerando núm. 22 del Reglamento se condiciona temporalmente la entrada en vigor del mismo a que los Estados miembros hayan podido incorporar en su derecho nacional las disposiciones de la Directiva 2001/86 de la Comunidad Europea, de manera que así ambas normas puedan aplicarse de manera conjunta³¹. Por ello, se dispone en esta última norma comunitaria como fecha final para su transposición el 8 de octubre de 2004, fecha en la que según el artículo 70 del Reglamento éste entraría en vigor, si bien, como sabemos, esta fecha no se ha respetado pues, poniendo como ejemplo nuestro país, en España no ha sido sino hasta una fecha relativamente reciente, el 19 de octubre de 2006, cuando finalmente se ha conseguido publicar en el Boletín Oficial del Estado la ley que ha procedido a efectuar la correspondiente transposición a nuestro derecho interno de las disposiciones contenidas en la Directiva S.E.³².

La vinculación existente entre el Reglamento y la Directiva constituye un claro ejemplo de la posibilidad de asociar una nueva estructura jurídica societaria, con la que se pretende afrontar más favorablemente los retos económicos de la realización del mercado interior (la *Societas Europaea*), a las disposiciones sociales protectoras de los trabajadores³³. De esta manera, en el diseño del Estatuto de la SE confluyen de manera inseparable dos planos: el plano económico y el plano social. Así, la Directiva S.E. responde a la iniciativa de las instituciones comunitarias en su intento por adaptar las normas sociales a las exigencias actuales derivadas de la globalización económica y de la diversificación de las estrategias económicas propias de las empresas transnacionales, exigencias a las que pretende responder por su parte el Reglamento S.E., al regular el Estatuto de una nueva forma jurídica de empresa, una sociedad mercantil de dimensión comunitaria, que aparece como un claro intento de facilitar a los operadores económicos la realización de operaciones transfronterizas.

Sin embargo, esta vinculación entre Reglamento y Directiva produce un curioso efecto, en el que cada uno de los dos instrumentos jurídicos muta, al menos en cierto modo, asumiendo la naturaleza jurídica propia del otro: un Reglamento que asume caracteres propios de una Directiva, y una Directiva que se aproxima en sus efectos a los propios de un Reglamento. Efectivamente, la Directiva, como señala CASAS BAAMONDE, tanto por su contenido normativo como por la necesaria coordinación de las disposiciones adoptadas por los Estados miembros para su transposición a los ordenamientos internos, se aproxima en sus efectos a la regulación propia de un Reglamento; el Reglamento, por su parte, tanto por

³¹ El Considerando 22 dice expresamente. “*La entrada en vigor del presente Reglamento debe aplazarse hasta que todos los Estados miembros puedan incorporar en su Derecho nacional las disposiciones de la Directiva 2001/86/CE y establecer con anterioridad los mecanismos necesarios para la constitución y funcionamiento de las S.E. con domicilio social en su territorio, de modo que el Reglamento y la Directiva puedan aplicarse concomitantemente*”.

³² Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. B.O.E. núm. 250, jueves 19 de octubre de 2006.

³³ M. A. MOREAU: *L’implication des travailleurs...*, op. cit. p. 970.

el amplio margen de complementación que abre a las legislaciones de los Estados miembros así como por las múltiples remisiones concretas que contiene en su articulado, se aleja de los caracteres propios de este tipo de norma de Derecho Comunitario, y se acerca a los de una Directiva³⁴.

De este modo, el Reglamento y la Directiva acaban adquiriendo un carácter “*sui generis*”³⁵. El Reglamento, regulador de los aspectos societarios de la SE, a pesar de ser un instrumento de aplicación directa, caracterizado habitualmente por un gran rigorismo normativo, lo adquiere por sus continuas remisiones y reenvíos que efectúa al legislador nacional, mientras que la Directiva, dedicada a las cuestiones de índole laboral, al limitar el margen de elasticidad o apreciación de los Estados en el terreno de su aplicación llega a asumir, al menos en parte, cualidades normativas propias de un Reglamento.

Diversos son los ejemplos de esa vinculación entre Reglamento y Directiva, existiendo en el Reglamento diversas remisiones a la Directiva. Ya en su artículo 1 el Reglamento nos anuncia que “*la implicación de los trabajadores en una SE estará regulada por la Directiva 2001/1986/CE*”³⁶, poniendo de manifiesto así el carácter obligatorio que dicha implicación debe asumir en la Sociedad Europea, pero es que, además, tal vinculación se va a hacer presente en todas las etapas de la SE:

1º. En un primer momento, se hace presente ya en la elaboración de los Estatutos de la SE por parte de los organismos competentes de las sociedades participantes, al vedar el artículo 12.4 del Reglamento el establecimiento en los mismos de cláusulas que pudieran ser contrarias a las disposiciones sobre implicación contenidas en la Directiva.

2º. Otra remisión, importantísima, del Reglamento hacía la Directiva la encontramos posteriormente, en la fase de registro de la Sociedad Europea, pues el artículo 12.2 del Reglamento establece la imposibilidad de efectuar el registro de la SE si se han incumplido las disposiciones de la Directiva sobre implicación de los trabajadores en la SE.

Se configura así la ya citada y comentada exigencia de “*no Sociedad Europea sin alguna forma de implicación de los trabajadores*”, que planea sobre todo el conjunto del Estatuto de la S.E., estableciendo además el propio Reglamento cuál debe ser el fin que ha de perseguir la Directiva S.E., no siendo este otro que el de “*garantizar que los trabajadores tengan el derecho a implicarse en las cuestiones y decisiones de la S.E.*”³⁷.

³⁴ M. E. CASAS BAAMONDE: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea*, op. cit. p. 374.

³⁵ Acaba adquiriendo al menos en el plano teórico un carácter de híbrido comunitario-nacional que plantea difíciles problemas de calificación por el juego de remisiones y su debilitado alcance comunitario. Como señala ESTEBAN VELASCO, “la experiencia permitirá comprobar si esta solución de compromiso resulta satisfactoria para los objetivos previstos o si debe acentuarse la normativa más unitaria que acentúe la dimensión comunitaria”. G. ESTEBAN VELASCO: *El Compromiso de Niza: por fin la Sociedad Europea*, op. cit. p. 33.

³⁶ Art. 1.4 del Reglamento.

³⁷ Considerando 21 del Reglamento.

De esta manera el Reglamento contiene en su texto la finalidad de la Directiva a examen e indica cómo conseguirla: atribuyendo a los trabajadores derechos de implicación a través de alguna de las vías permitidas para su fijación, esto es, acuerdo de implicación, normas de referencia, o disposiciones nacionales en materia de información y consulta.

Al operar de esta forma, el artículo 12.2 actúa en la práctica como una verdadera “*conditio iuris*” para la existencia de la SE³⁸, pues una Sociedad Europea sólo puede ser registrada si se concertó un acuerdo sobre las modalidades relativas a la implicación de los trabajadores con arreglo a la Directiva n° 2001/86/CE, o si el grupo especial de negociación constituido con el fin de celebrar tal acuerdo decidió no abrir negociaciones o finalizarlas prematuramente o, también, si el período legal de negociación termina sin que se haya llegado a un acuerdo. Aún más, en el caso de una SE por fusión o de SE mediante creación de una sociedad holding, las Juntas Generales de las sociedades participantes en el proyecto pueden reservarse la facultad de condicionar el registro de la SE a una ratificación de las disposiciones aplicables a los derechos de implicación de los trabajadores³⁹.

Además, en el párrafo siguiente, el artículo 12.3 del Reglamento establece una regla especial para el registro de una Sociedad Europea en un Estado miembro que haya decidido, al amparo de lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Directiva, no aplicar las normas de referencia en materia de participación de los trabajadores en los órganos sociales, en el caso de una S.E. constituida por fusión: la prohibición del registro de la S.E. en dicho Estado, a no ser que ninguna de las sociedades participantes en la fusión hubiera estado sujeta a las normas de participación antes de la inscripción de la SE o que se hubiera celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores (incluida la participación) en virtud del artículo 4 de la Directiva.

3º. Finalmente, la exigencia del artículo 12.2, anteriormente comentada, no es la última remisión que encontramos, pues durante el funcionamiento de una SE ya registrada también se pone de manifiesto la vinculación aludida, en la medida en que la SE deberá de adaptar sus Estatutos en el caso de que éstos entren en colisión con las reformas sobrevenidas en materia de implicación, tal y como indica el artículo 12.4 del Reglamento: los estatutos de la Sociedad Europea no deben en ningún caso entrar en conflicto con las disposiciones reservadas en materia de implicación de los trabajadores. Si éstas fuesen modificadas y entrasen en conflicto con los estatutos existentes, debería introducirse cualquier cambio necesario en estos últimos para poner fin a esta situación.

Con el objetivo de simplificar el tema, en un ejemplo de adaptación rápida, el Reglamento permite que cada Estado pueda disponer que el mismo órgano de dirección o de administración de la Sociedad Europea esté facultado para modificar los estatutos sin necesidad de un nuevo acuerdo por la Junta General de accionistas⁴⁰.

³⁸ Aún más, las Juntas Generales de las sociedades que acuerden constituir una S.E. por fusión (art. 23.2) o mediante creación de una sociedad holding (art. 32.6) pueden reservarse la facultad de condicionar el registro de la SE a una ratificación de las disposiciones aplicables a los derechos de implicación de los trabajadores.

³⁹ Vid. arts. 23.2 y 32.6 del Reglamento S.E.

⁴⁰ Art. 12.4 del Reglamento. En el caso español, la actual Ley de Sociedades Anónimas no contempla en su articulado dicha previsión, por lo que sería necesario el acuerdo de la Junta General de accionistas (art. 144 L.S.A.). Si establece la Disposición Transitoria 5ª de la citada Ley que “a los solos efectos de la adaptación de sus estatutos a los dispuesto en esta Ley (y la misma regula la Sociedad Anónima Europea en su Capítulo XII,

1.2.2. BASE JURÍDICA QUE FUNDAMENTA EL ESTATUTO DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA.

La **base jurídica** de un acto normativo adoptado por la Comunidad Europea contiene el título competencial atribuido a las autoridades comunitarias para aprobarlo, debiendo traer su fundamento en alguno de los artículos de los Tratados Constitutivos. Esta base jurídica determina cuestiones tan importantes como el procedimiento decisorio aplicable (institución competente para proponerlo y adoptarlo y mayoría requerida) o el tipo de acto que puede adoptarse.

La determinación de la base jurídica en la que debían descansar el Reglamento y la Directiva sobre la Sociedad Europea fue un asunto especialmente problemático, al recaer sobre la misma un continuo debate, siendo objeto de polémica entre la Comisión y el Consejo.

Tanto el Reglamento como la Directiva actuales tienen su base jurídica en el artículo 308 del Tratado de la Unión Europea, que se utiliza como fundamento unitario de los dos textos y que ya había servido de base a las primeras Propuestas de 1970-1975, en lugar de los actuales artículos 95 y 44.2. g) (ex. arts. 100 A y 54.2.g) del Tratado en los que, separadamente, se fundamentaban las Propuestas de Reglamento y Directiva de SE de 1989/1991. Este cambio de base jurídica plantearía, como veremos, importantes problemas procedimentales⁴¹.

En la primera generación de Propuestas (1970-1975), en las que, como sabemos, el Reglamento era la única norma comunitaria prevista para la ordenación jurídica de la SE, se invocaba como fundamento jurídico para la regulación de la misma el entonces artículo 235 (actual artículo 308 del Tratado de la Unión Europea)⁴², que sujeta el procedimiento de

arts. del 312 al 318, añadido por Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España) el quórum de constitución de las Juntas Generales de las Sociedades Anónima será el de los apartados 1 y 2 del art. 103 de esta Ley, cualquiera que sea el quórum estatutario. En todo caso, y cualquiera que sea la mayoría estatutaria, los acuerdos de adaptación se adaptarán con las mayorías a las que se refiere dicho artículo”. De acuerdo con dicho artículo, será necesaria para la modificación estatutaria, en primera convocatoria, la concurrencia de accionistas presentes o representados que posean, al menos, el 50% del capital suscrito con derecho a voto, mientras que en segunda convocatoria bastará con la concurrencia del 25% de dicho capital. De cualquier manera, si concurren accionistas que representen menos del 50% del capital suscrito con derecho a voto, el acuerdo sólo podrá ser validamente adoptado con el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la junta, si bien los estatutos sociales podrán elevar tanto el quórum establecido como la mayoría prevista.

⁴¹ Para conocer de manera detallada las posibles consecuencias vid. S. DE VENDEUIL y P. FRÉDÉRIC: “La Société Européenne: Risque de tempête procédurale”, *La Semaine Juridique entreprise et affaires*, 2001, nº 41, 11, Octubre, pp. 1612 y ss.

⁴² El art. 308 del Tratado dice: “*Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya*

deliberación a la regla de la unanimidad y que ofrecía una base jurídica general para el ejercicio de poderes normativos que fuesen necesarios para lograr, en el funcionamiento del mercado común, un específico objetivo comunitario; pero de unos poderes que, sin embargo, estuviesen carentes de disposiciones específicas. Se configuraba un modelo rígido, uniforme, y predeterminado de participación que respondía a un claro propósito unificador.

A diferencia de estas primeras propuestas y apartándose de las mismas, las Propuestas de Segunda Generación (1989-1990) invocaban como base jurídica para las mismas la doble fundamentación contenida en los antiguos artículos 100A y 54.2.g) del Tratado de Roma, respectivamente, para el Reglamento y la Directiva, y, abandonando ya la finalidad de implantar una fórmula idéntica de participación en todos los Estados comunitarios, recurrirían a la técnica de “*armonización por objetivos*”: una armonización flexible que buscaba un criterio de equivalencia entre diferentes y optativas fórmulas de participación.

Sin embargo, el Estatuto actual, aunque contenido también en un Reglamento y una Directiva, vuelve de nuevo como las propuestas originarias a utilizar el artículo 308 del Tratado de la Unión Europea, y así lo señalan cada una de ambas normas en sus respectivas Exposiciones de Motivos, declarando expresamente que el Tratado no prevé para la adopción de la norma correspondiente “más poderes” que los del artículo 308⁴³.

La Comisión, siguiendo la estela de las Propuestas de Segunda Generación, consideraba que el artículo en el que debía de fundamentarse el Reglamento de la SE era el artículo 100A (actual artículo 95), disposición funcional destinada a permitir que el legislador comunitario adoptase medidas de armonización dirigidas a la aproximación de las legislaciones nacionales para la consecución del mercado interior, y que la Directiva sobre implicación debía basarse en el artículo 54.2.g) (actual 44.2.g).

El Consejo, por su parte, discrepaba de la postura adoptada por la Comisión, al considerar que la base jurídica adecuada para las dos normas comunitarias debía de ser el artículo 235 del Tratado (actual 308), que contiene una cláusula de habilitación general para permitir a las instituciones comunitarias ejercer competencias que no estén explícitamente previstas en el Tratado pero que sean necesarias para el cumplimiento de un objetivo comunitario, y que requieren la previa unanimidad de los Estados miembros reunidos en el Consejo. El COREPER, asimismo, insistiría en esta línea al entender que el Tratado no había previsto ningún medio de acción para organizar la situación de los trabajadores en la S.E. y que solamente el artículo 308, que recoge la denominada “*cláusula de imprevisión*”⁴⁴, podía ser utilizado por el Reglamento y la Directiva.

previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes”.

⁴³ Considerando 28 del Reglamento y Considerando 17 de la Directiva.

⁴⁴ El artículo 308 recoge la citada “cláusula de imprevisión” que tiene por objeto “*suplir la inexistencia de poderes de acción conferidos expresa o implícitamente a las instituciones comunitarias por disposiciones específicas del Tratado, en la medida en que dichos poderes resulten, no obstante, necesarios para que la Comunidad pueda ejercer sus funciones con vistas a lograr algunos de los objetivos previstos en los Tratados*”. Dictamen del TJCE de 28 de marzo de 1996 (as. 2/94, Rec. P. 1763), ap. 29.

La Comisión trataba de evitar la exigencia de la unanimidad en el Consejo, que permitiría a cualquier Estado miembro ejercer su derecho de veto sobre la propuesta, mientras que el Consejo se negaba rotundamente a entender que la creación de un nuevo tipo jurídico societario se encontrase prevista de manera explícita o implícita en los Tratados y no necesitase de una previa atribución *ad-hoc* de competencias. Según las tesis del Consejo, la Sociedad Europea introducía tal novedad en el ordenamiento jurídico comunitario que no podía ser adoptada en función de las competencias atribuidas en los Tratados sin forzar su significado.

Pese a estos pareceres contrapuestos, el discutido cambio de base jurídica se produciría finalmente, motivado sobre todo por razones de rapidez y oportunidad. El acuerdo alcanzado durante la Cumbre de Niza inclinaría al Consejo de Empleo y Política Social a emplear el camino más rápido para convertir en normas jurídicas los compromisos alcanzados: al lograrse un acuerdo unánime⁴⁵, y “*en uno de los Consejos más cortos de la historia, después de la gestación más larga*”⁴⁶, se tomaría la decisión de recurrir al mencionado artículo 308, el cual atribuye al propio Consejo la competencia para aprobar por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, las disposiciones pertinentes, cuando una acción comunitaria resulte necesaria para alcanzar, en el funcionamiento del mercado común, los objetivos de la Comunidad, “sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto”; y ello, en lugar de los artículos 95 y 44.2.g) que, remitiéndose al procedimiento contenido en el artículo 251 del Tratado de la Comunidad Europea, exigen sólo mayoría cualificada del Consejo si bien, en este caso, en codecisión con el Parlamento.

De acuerdo con dicho procedimiento, los textos fueron remitidos al Parlamento Europeo para su consulta y, como puede suponerse, la reacción del Parlamento no se hizo esperar, protestando ante un cambio de base jurídica que reducía de manera sustancial su intervención⁴⁷, al pasar de ejercer un poder de codecisión en la aprobación del Estatuto de la SE a desempeñar un mero papel consultivo.

Se inició así un nuevo peregrinar de la Propuesta por las unidades del Parlamento y del Comité Económico y Social (C.E.S.), que también ostentaba, junto con el Parlamento, un derecho de consulta (que se traduce en la práctica en un trámite de consulta obligatoria con la emisión de un dictamen no vinculante), así como por la Comisión, que presentaría posteriormente propuestas modificadas de acuerdo con los dictámenes efectuados por el Parlamento y por el C.E.S.

En lo que respecta al Parlamento, su Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado Interior presentaría el informe correspondiente en Junio de 2001, proponiendo introducir

⁴⁵ Acuerdo político unánime logrado en la sesión de 20 de diciembre de 2000, con vistas a posiciones comunes sobre las Propuestas de Reglamento y de Directiva: sesión nº 2323 del Consejo de Empleo y Política Social, presidido por E. GUIGOU, 14671/00 (Presse 489-G).

⁴⁶ F. BLANQUET: “Enfin la société européenne, la S.E.”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, Editions Clément Juglar, 1-2001, op. cit. p.78.

⁴⁷ Parlamento Europeo: *Informe sobre el proyecto de reglamento del Consejo relativo al Estatuto de la Sociedad*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, Doc. de Sesión 1999-2004 A5-0243/2001, de 26 de junio de 2001 (RR 444137ES.doc PE 294.959), p. 6.

varios cambios⁴⁸. En relación con el tema de la base jurídica, encomendaba al Consejo que aprobase, siguiendo ya el procedimiento del artículo 308, los textos de la S.E. en el menor plazo de tiempo posible; no obstante, recomendaba al Parlamento que se reservara el derecho, después de la adopción del texto por el Consejo, de plantear ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea una acción de verificación de la base jurídica. El Parlamento Europeo aprobaría el Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado Interior el 4 de septiembre de 2001, introduciendo en dicha sesión enmiendas sobre fiscalidad, constitución, registro, y organización interna de la SE.

Sin embargo, el Consejo, después de examinar las enmiendas del Parlamento Europeo, adoptaría la decisión de no tomarlas en consideración y en la sesión de 8 de octubre de 2001 adopta formalmente el Reglamento y la Directiva que completa el Estatuto de la SE.

Por último, el Presidente del Parlamento Europeo, ante la importancia política de la SE, decidiría no seguir la recomendación efectuada por la Comisión de Asuntos Jurídicos de acudir ante el Tribunal de Justicia, de tal forma que en esta ocasión finalmente parecen “haber pesado más los aspectos políticos que los procedimentales”⁴⁹.

Ahora bien, como señala VALDÉS DAL-RÉ, aunque “esta continuidad entre la base jurídica de las versiones originales de la SE y la de las versiones iniciales pudiera hacer pensar también en la existencia de una continuidad en el modo de ejercicio de las competencias comunitarias (...), ésta es, sin embargo, una primera y precipitada conclusión que no se corresponde con la realidad jurídica”⁵⁰. Y es que la nueva normativa incorporará con todas sus consecuencias el denominado “*principio de subsidiariedad*”.

La Directiva 2001/86 no sólo se apartará de las propuestas iniciales de homogeneización, sino también de las propuestas de segunda generación que planteaban una armonización por objetivos, estableciendo una ordenación jurídica sobre la implicación de los trabajadores eminentemente procedimental, la cual concederá amplios espacios reguladores primero a la negociación colectiva que, dentro del respeto a los derechos adquiridos, dispondrá de un amplio margen de libertad para elegir el cauce de implicación, así como su amplitud e intensidad (*subsidiariedad horizontal*), y, más tarde, y en la hipótesis de defecto de acuerdo, a las legislaciones nacionales con motivo de la transposición de las normas de referencia (*subsidiariedad vertical*).

⁴⁸ Entre estos cambios podemos destacar los siguientes: elevar el capital mínimo a 120.000 euros; adoptar al cabo de un período de transición de tres años, tras el cual será adoptada la legislación nacional, disposiciones fiscales de acompañamiento; posibilidad de que la SE pueda ser utilizada, antes de la expiración del período transitorio, por las empresas de los Estados miembros que hayan transpuesto anteriormente a su ordenamiento el conjunto del paquete de medidas, lo que permitiría un desarrollo rápido de la SE.

⁴⁹ M. GARCÍA RIESTRA: “La Sociedad Anónima Europea”, *Serie de Documentos de Trabajo*, Institutos de Estudios Superiores de la Universidad San Pablo-CEU, núm. 4, 2002, op. cit. p. 17.

⁵⁰ F. VALDÉS DAL-RÉ: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *Fundet, Fundación Educación y Trabajo*, Enero 2003, op. cit. p. 12.

1.3. EL REGLAMENTO CE 2157/2001 SOBRE LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA.

1.3.1. OBJETIVO Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL REGLAMENTO S.E.

El **objetivo** del **Reglamento S.E.**, resumido también en algunos de sus Considerandos iniciales, no es otro que el de facilitar las operaciones de agrupación de empresas de Estados miembros diferentes, así como el desarrollo de la actividad empresarial a escala comunitaria, en el contexto actual del mercado único europeo. Para este fin, el Reglamento se propone hacer corresponder, tanto como sea posible, la unidad económica de la empresa con su unidad jurídica⁵¹, mediante la creación y gestión de sociedades anónimas de dimensión europea, sin los obstáculos derivados de la disparidad y de la aplicación territorial limitada de las legislaciones nacionales aplicables a las sociedades mercantiles⁵².

En definitiva, con el Reglamento se quiere ofrecer un marco jurídico uniforme en el que las sociedades de los diferentes Estados miembros puedan planear y llevar a cabo la reestructuración de sus actividades a escala comunitaria, y ello especialmente por que hasta ahora dicho marco jurídico ha sido esencialmente nacional, lo cual no se corresponde en realidad con el marco económico actual en el que las empresas desarrollan sus actividades y puede dificultar tales operaciones de agrupamiento entre sociedades que están sometidas a las legislaciones de Estados comunitarios diversos.

Su finalidad no es otra, por tanto, que la de facilitar que una SE, resultado de reestructuraciones, concentraciones o fusiones a nivel comunitario, funcione como un único operador en toda la Comunidad Europea y en un marco uniforme en cuanto a la legislación y a la gestión, evitando de esta manera tener que adaptarse a la legislación nacional de cada Estado miembro en el que proyectase tener una filial, sorteándose así las dificultades de orden jurídico que se derivarían del hecho de ser varios los Estados intervinientes en tales operaciones⁵³. De esta manera, las sociedades constituyentes de una SE pueden disponer de estructura jurídica adaptada al mercado supranacional en el que operan.

⁵¹ Considerando 6 del Reglamento.

⁵² Considerando 7.

⁵³ Vid. L. A. VELASCO SAN PEDRO y J. M. SÁNCHEZ FELIPE: “La libertad de establecimiento de las sociedades en la Unión Europea. El estado de la cuestión después de la SE”, *RdS*, 2002, pp. 15-38.

En este sentido, los Considerandos 10 y 11 del Reglamento señalan respectivamente que “*el objetivo esencial que persigue el régimen jurídico de una S.E. requiere en todo caso, sin perjuicio de las necesidades de índole económica que puedan presentarse en el futuro, que pueda constituirse una S.E. tanto para permitir a sociedades de Estados miembros diferentes que se fusionen o creen una sociedad holding, como para ofrecer a sociedades y otras personas jurídicas que ejerzan una actividad económica y que estén sometidas a la legislación de Estados miembros diferentes la posibilidad de crear filiales comunes*” así como que “*con este mismo espíritu, debe permitirse que una sociedad anónima pueda transformarse en S.E. sin pasar por la disolución, cuando esta sociedad tenga su domicilio y su administración central en la Comunidad y una filial en un Estado miembro distinto del de su domicilio*”.

Con estas ambiciosas premisas, el Reglamento prevé la posibilidad de constituir sociedades jurídicas en forma de *sociedades anónimas europeas* (la Sociedad Europea, o simplemente SE), de acuerdo con las condiciones y modalidades establecidas por el mismo. Esta forma societaria, directamente fundada en el Derecho Comunitario y a la que éste atribuye personalidad jurídica⁵⁴, se suma a aquellas ya disciplinadas por los singulares ordenamientos nacionales, introduciendo, por tanto, un nuevo instrumento jurídico puesto a disposición de los operadores económicos, que se configura expresamente con un “carácter específico y comunitario”, siendo una sociedad anónima de “ámbito europeo”⁵⁵.

La SE aporta, en conclusión, un instrumento jurídico y económico opcional para la realización de operaciones transfronterizas imposibilitadas o dificultadas por los Derechos vigentes⁵⁶, siendo un mecanismo de cooperación transnacional, o sea “una facultad jurídica nueva, coherente con la existencia de un verdadero mercado interior”⁵⁷. El carácter opcional o facultativo preside la regulación sobre la figura: las empresas que cumplan los requisitos establecidos en el Reglamento son libres plenamente para acudir o no a este tipo social, sin que en ningún caso sea obligatorio.

La regulación contenida en el Reglamento es ciertamente compleja, aunque también, como es sabido, se encuentra bastante “aligerada” respecto a propuestas precedentes sobre la materia⁵⁸. En particular, se ha preferido evitar tocar aquellos sectores que hubieran comprometido en mayor medida la conclusión del acuerdo entre los Estados miembros, tales como los relativos al área fiscal, a la quiebra, a la propiedad intelectual, etc..., los cuales son precisamente aquellos sectores que forman parte de un contexto más

⁵⁴ Art. 1.3 del Reglamento.

⁵⁵ Considerandos 27 y 29.

⁵⁶ F. BLANQUET: *Enfin la société européenne...*, cit. pp. 85 y ss.

⁵⁷ Informe Davignon apdo. 95.

⁵⁸ La primera Propuesta de la Comisión, contenida en 384 artículos y modificada posteriormente en 1975, era, como hemos analizado con anterioridad, tremendamente ambiciosa, pues sustraía todo el régimen de la constitución, del funcionamiento y de la disolución de la Sociedad Europea a los singulares derechos nacionales e instituía un registro europeo de comercio. La idea fue relanzada en 1989 y 1991, con una Propuesta ya más reducida, 137 artículos, pero destinada a no tener tampoco éxito a causa, especialmente, del problema relativo a la participación de los trabajadores. Para un mayor detalle sobre la historia de los trabajos preparatorios, vid. F. BLANQUET: *Enfin la société européenne*, pp. 65 y ss.

variable de Estado a Estado y que obstaculiza, en gran medida, la actividad societaria de dimensión comunitaria. Desde otro punto de vista, ha sido excluida también la regulación de los grupos, materia de gran complejidad, aunque algún considerando del Reglamento no ha renunciado a transmitir, por lo menos, alguna importante consideración de carácter internacional-privatístico⁵⁹.

Teniendo en cuenta estos límites el Reglamento establece una regulación compuesta por siete Títulos, en 70 artículos, así como dos Anexos, que tienen por objeto todos los momentos de la vida de la SE, desde las modalidades de su constitución (Título II), a su funcionamiento y gestión (Título III), de las cuentas anuales y consolidadas (Título IV), a la disolución, liquidación o suspensión de pagos de la misma (Título V)⁶⁰. Esta normativa que contiene el Reglamento S.E. se encuentra caracterizada, por un lado, por un grado de armonización mínimo y, por otro lado, por una gran flexibilidad⁶¹. Se trata de un doble

⁵⁹ El Considerando núm. 15 establece que “los derechos y obligaciones relativos a la protección de los accionistas minoritarios de terceros que incumben a una empresa por el hecho de ejercer un control sobre otra empresa sometida a una legislación diferente están regulados, en virtud de las normas y principios generales del Derecho Internacional Privado, por el ordenamiento jurídico al que esté sometida la empresa controlada, sin perjuicio de las obligaciones a las que esté sometida la empresa que ejerce el control en virtud de las disposiciones del ordenamiento jurídico que le sea aplicable, por ejemplo en materia de cuentas consolidadas”.

⁶⁰ Los últimos dos Títulos del Reglamento (Título VI y Título VII) están dedicados, respectivamente, a las disposiciones complementarias y transitorias y a las disposiciones finales. El Título I, por su parte, contiene toda una serie de disposiciones generales.

⁶¹ Dentro de la bibliografía referida al Reglamento S.E. podemos destacar, entre otras, las siguientes obras de los autores que a continuación se citan por orden alfabético, J. F. AGUILÓ PIÑA: “La sociedad anónima europea: constitución, órganos y otros aspectos”, *R.D.M.*, núm 246, 2002, pp. 1795 y ss.; M. BIANCA: “La Società Europea: considerazione introduttiva”, *Contr. e impr. Europa*, 2002, pp. 453 y ss.; T. L. BLACKBURN: “The Societas Europaea: The Envolving European Corporative Statute”, *61 Fordham L. Rev.*, 1993, pp. 695 y ss.; G. BLANC: “La Société Europeene: le pluralité de rattachements en question (á propos du réglament CE n° 2157/2001 du 8 octobre 2001)”, *Le Dalloz*, 2002, año 178, 2º cuaderno (azul), pp. 1052 y ss.; F. BLANQUET: “Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft”, *ZGR*, 2002, pp. 20-65; CARBONE: “La Corporate Governance della <<Società Europea>> nel reg. N. 2157/2001: tra norme materiali uniforme e tecniche di diritto internazionale privato”, *Dir. Comm. Int.*, 2002, pp. 137 y ss.; D. CATTERINO: “Il regolamento sulla Società Europea”, *Giurisprudenza Commerciale*, 2002, n° 4; J. L. COLOMBANI y M. FAVERO: “Societas europaea”, en la obra <<La Société Européene>>, Paris, 2002, p. 41; L. ENRIQUES: “Capitale, azioni e finanziamento della Società europea: quando meno é meglio”, *Riv. delle Società*, marzo-junio 2003, pp. 375 y ss.; G. ESTEBAN VELASCO: “La sociedad europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial”, *Fundet*, enero, 2003; CH. FOUASSIER: “Le Statut de la Société Européene: Un nouvel instrument juridique au service des entreprises”, *Revue du Marché Común et de l’Union Européenne*, 2001 n° 445, pp. 85 y ss.; F. J. GARCIMARTIN ALFÉREZ: “El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 2002, enero/febrero n° 217, pp. 7-38; C. GAVALDA: “La société anonyme européenne selon le projet de réglament du 25 août 1989”, *ALD*, 1991, p. 7; HEINZE: “Europäischen Aktiengesellschaft”, *ZGR*, 2002, pp. 66 y ss.; JHAN/HERFS-ROTTGEN: “Die Europäische Aktiengesellschaft-Societas Europea”, *DB*, 2001, pp. 631 y ss.; M. MENJUCQ: “La société européenne, enfin l’aboutissement”, *Dalloz*, 2001, n° 13, Chron., pp. 1085 y ss.; “La société européenne”, *Rev. Sociétés*, avr-juin 2002, pp. 245-246. M. MIOLA: “Lo Statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dalla armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti”, *Riv. Soc.* 2003, marzo-junio, pp. 322 y ss.; E. MORGAN DE RIVERY y C. STOCKFORD: “La société européenne (The European Company)”, *Revue de Droit des affaires internationales (Internacional Business Law Journal)*, 2001, n° 6, pp. 771 y ss.; A. PACIELLO: “La Società Europea”, *Rev. di diritto dell’impresa*, 2001, pp. 317 y ss.; F. POCAR: “Le Statut de la Société Européene: une étape importante dans l’évolution du Droit communautaire”, *Revista di diritto internazionale privato e processuale*, 2002, p. 873; J. QUIJANO: “Sociedad Anónima Europea”, en <<Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero>>, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002, pp. 4285 y ss. J. L. REBOLLO ÁLVAREZ: “Intentos de superación de la armonización de la armonización legislativa en materia de derecho de sociedades: La sociedad europea”, *Boletín asturiano sobre la Unión*

carácter que se manifiesta tanto por el gran espacio que se reconoce a la voluntad de las partes⁶², como por el frecuente reenvío a las legislaciones nacionales aplicables.

Relacionado con estas **características generales** manifestadas por el Reglamento, el artículo 9 del mismo precisa cuáles son las fuentes que pueden venir de relieve en la regulación de la SE. De hecho, el citado precepto remite, yendo más allá de las disposiciones uniformes contenidas en el Reglamento (letra a), a:

- las disposiciones de los Estatutos de la SE, cuando el Reglamento así lo autorice expresamente (letra b),

- y, para las materias no reguladas por el Reglamento o, si se trate de materias reguladas sólo en parte, respecto a los aspectos no cubiertos por el Reglamento a:

1. *Las disposiciones legales que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a las SE:* dichas normas deberán cumplir lo dispuesto por las Directivas sobre capital social (2ª Directiva), fusión (3ª Directiva) y escisión (6ª Directiva) aplicables a las sociedades anónimas nacionales.

2. *Las disposiciones legales de los Estados miembros que fuesen de aplicación a una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en que la SE tenga su domicilio social:* dentro de este apartado se incluirían normas de constitución, capital, registro y publicidad, responsabilidad de los órganos de dirección. Estas reglas han de respetar el contenido y el espíritu del Reglamento de la SE.

3. *Las disposiciones de los Estatutos de las SE, en las mismas condiciones que rigen para las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social:* de esta manera la autonomía privada deberá respetar los límites establecidos por la legislación nacional⁶³ (letra c).

Por último, el Reglamento también advierte en su artículo 9 que las disposiciones específicas para la SE adoptadas por los Estados miembros deberán ser conformes a las Directivas aplicables a las sociedades anónimas que son mencionadas en el Anexo I del Reglamento y dispone que, en relación a aquellas actividades que estén específicamente

Europea, 2002, nº 37, pp. 23-31; A. SCHULZ y E. KLAUS: “The European Company Statute-The German view”, *Intertax*, V. 29 nº 10, *Kluwer Law International* (2001), pp. 332 y ss.; V. SCHWARZ: “Zum Statut der Europäische Aktiengesellschaft”, *ZIP*, 2001, pp. 1847 y ss.; G. CH. TEICHMANN: “Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE”, *ZGR*, 2003, pp. 367-401; L. A. VELASCO SAN PEDRO: “La nueva Sociedad Anónima Europea, último hito de derecho de sociedades de la UE”, *Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, 199, 2002; J. WYMEERSCH: *Company Law in Europe and European Company Law*, Working Paper 2001-06 Abril 2001, Financial Law Institute, Universiteit Gent.

⁶² El tema del espacio reconocido a la voluntad de las partes en la SE es de gran interés, especialmente en lo referente al funcionamiento de la misma. Por dar un ejemplo, los Estatutos podrán decidir si la SE será gestionada por un sistema dualista (órgano de dirección y órgano de vigilancia o control) o por un sistema monista (Consejo de Administración).

⁶³ En relación con la autonomía privada de las partes, el artículo 69 del Reglamento prevé una cláusula que permita en el futuro ampliar dicha autonomía en la SE respecto a la autonomía reconocida a las sociedades anónimas por parte de la legislación nacional.

reguladas por las disposiciones nacionales (p. ej. actividades financieras), dichas disposiciones serán aplicables a la SE⁶⁴.

Como puede observarse, el propio Reglamento prevé la integración en la regulación de la SE, por una parte, de una legislación nacional, aquella donde tenga su sede social la SE, en su doble cualidad de normativa de realización específica de la SE y de normativa general sobre sociedades anónimas y, por otra parte, del Estatuto de la SE, relevante él también en un doble plano, tanto respecto a aquél asignado directamente a él por el Reglamento, como a aquél previsto en general por el ordenamiento jurídico de la sede de la SE para las sociedades anónimas en general.

De esta manera, el concreto marco regulador de la Sociedad Europea establecido en el Reglamento queda diseñado mediante la articulación de las correspondientes legislaciones nacionales y de un “*núcleo duro*” de derecho comunitario contenido también en el mismo, y en el que se regulan algunas normas comunes tendentes a reglamentar los aspectos societarios esenciales de la estructura de la Sociedad Europea, con el fin de facilitar las fusiones empresariales y la movilidad de las actividades económicas en el territorio de la Unión: así, son objeto de regulación uniforme en el Reglamento cuestiones tales como la de la unidad geográfica, la del capital social mínimo (art. 4) que no puede ser inferior a 120.000 euros, la del domicilio social (art. 7) y traslado del domicilio social dentro de la SE (art. 8), la de la responsabilidad que asumen quienes hayan realizado actos en nombre de la SE antes de su inscripción (art. 16.2), la denominación social (art. 11)⁶⁵, el registro de la misma (art. 12) disponiendo que toda SE deberá quedar registrada en el registro que señale la legislación del Estado miembro donde tenga su domicilio social, las de su inscripción y baja (art. 14), modos de constitución de la SE (Título II), y estructura (art. 38) indicando los órganos sociales de que consta la SE y permitiendo a los socios escoger entre un sistema monístico o dualístico, sus cuentas anuales y consolidadas (art. 62)⁶⁶, y su disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos (arts. 64, 65 y 66)⁶⁷,

⁶⁴ Arts. 9.2. y 9.3 del Reglamento.

⁶⁵ Al respecto, el art. 11 del Reglamento expresamente señala:

1. “La SE deberá hacer constar delante o detrás de su denominación social la sigla <<SE>>”.
2. “Sólo las SE podrán llevar las siglas <<SE>> en su denominación social”.
3. “No obstante, las sociedades u otras entidades jurídicas registradas en un Estado miembro antes de la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento en cuyas denominaciones sociales figure las siglas <<SE>> no estarán obligadas a modificar su denominación social”.

⁶⁶ Aunque en lo referente a la elaboración de las cuentas anuales, y en su caso, cuentas consolidadas, el informe de gestión adjunto a las mismas, el control y la publicidad de éstas, el Reglamento se remite a las normas aplicables a las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en la SE tenga su domicilio social, el propio Reglamento prevé dos excepciones:

1. En el caso de SE que sean entidades de crédito o entidades financieras se regirán por el Derecho nacional del Estado miembro del domicilio social en que haya transpuesto la Directiva 2000/12/CE relativa al acceso a la actividad de entidades de crédito y su ejercicio.
2. En el caso de SE que sean compañías de seguros se regirán por las disposiciones del Estado del domicilio social dictadas en aplicación de la Directiva 91/674/CE, relativa a las cuentas anuales consolidadas de las empresas de seguros.

⁶⁷ Aunque el Reglamento se remite también aquí a la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SE, éste, no obstante, incluye una serie de disposiciones en la materia:

todo ello sin perjuicio de la complementación de su regulación por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que la Sociedad Europea tenga su domicilio social.

Así, como complemento a estas disposiciones, se encuentran en el Reglamento números casos de reenvío a las legislaciones nacionales y, en particular, a la regulación nacional sobre sociedades por acciones del Estado donde la Sociedad Europea tenga la sede social. Podemos mencionar algunos casos relevantes al respecto en materia de constitución de la SE (art. 15), de mantenimiento y modificaciones del capital de la SE, sus acciones, obligaciones y demás títulos asimilables (art. 4), en materia de registro y publicidad de los actos y datos relativos a la SE (arts. 12 y 13), régimen de fusión (art. 18), sobre la responsabilidad de los miembros de los órganos sociales derivada de la inobservancia de las obligaciones legales, estatutarias o inherentes a sus propias funciones (art. 51), sobre la organización y desarrollo de la Junta General y procedimientos de votación (art. 53), sobre la elaboración de las cuentas anuales y, en su caso, de las consolidadas, su control y publicidad (art. 61) y, en lo que respecta a la disolución, liquidación, insolvencia y suspensión de pagos y otros procedimientos análogos, también se contiene un reenvío de esta índole en el artículo 63.

Pero, como hemos visto, no hay que olvidar que el Reglamento se manifestará respetuoso no sólo con las legislaciones nacionales que reglamentan y configuran el régimen jurídico en materia societaria, sino también con la voluntad de las partes y sociedades implicadas en la constitución de la SE recogidas en las disposiciones de los Estatutos de la misma; éstos pueden determinar bastantes cuestiones sobre la organización y funcionamiento de la empresa (entre otros, elección entre un régimen monista o dualista de administración social, posibilidad de que la Junta General de accionistas nombre y revoque a los miembros del órgano de dirección, número de miembros del órgano de control y reglas para su determinación, tipos de operaciones que requieren autorización del órgano de control, etc...). Sólo impone un régimen común en torno a la constitución de la SE, a algunos aspectos relacionados con el funcionamiento de la misma, y en lo referido a su disolución y liquidación, y como normativa complementaria de la Directiva, a las disposiciones sobre implicación de los trabajadores.

De esta manera, y a tenor de lo señalado hasta aquí, el Reglamento aparece a la realidad jurídica como un conjunto de previsiones de regulación común que tratan de evitar que las disparidades nacionales dificulten la constitución y funcionamiento de una Sociedad Europea, pero dejando que, en última instancia, la SE constituida se rija por la legislación del Estado miembro donde fije su domicilio social, que habrá de coincidir con el de su administración central, de manera que aparece como un peculiar híbrido de Derecho

1. El incumplimiento de la obligación de establecer el domicilio social en el mismo Estado miembro que su administración central, puede conllevar la liquidación de la sociedad (art. 64).

2. La apertura de un procedimiento de disolución, liquidación, quiebra o suspensión de pagos, así como el cierre del mismo y la decisión de continuación de la actividad, se publicarán según lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento, sin perjuicio de las medidas adicionales de publicidad que pueda imponer la legislación nacional (art. 65).

3. Por último, se incluye la posibilidad de que la SE decida transformarse en sociedad anónima del Estado dónde tiene su domicilio social. Pero, esta transformación no podrá producirse hasta que hayan transcurrido dos años desde su inscripción en el Registro ni antes de que hayan sido aprobadas las dos primeras cuentas anuales. La transformación no dará lugar ni a la disolución ni a la creación de una persona jurídica nueva (art. 66).

comunitario y nacional (sin olvidarnos de la aplicación de las disposiciones de los propios Estatutos de la SE cuando el Reglamento lo autorice, y de la manera en que el mismo así lo autorice).

Sin embargo, todo esto provoca que la regulación contenida en el Reglamento sea sólo en parte autónoma y exhaustiva, existiendo el riesgo de tener en la práctica tantas SE como singulares ordenamientos nacionales existen en el ámbito de la Unión Europea⁶⁸, de vanalizar la aplicación uniforme del propio Reglamento y, en última instancia, la idea misma de una sociedad de derecho común. En este sentido, es significativo que los redactores del texto hayan sentido la necesidad de establecer expresamente la previsión, contenida en el artículo 10 del Reglamento, de que “*sin perjuicio de las disposiciones del presente Reglamento, la SE recibirá en cada Estado miembro el mismo trato que una sociedad anónima constituida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social*”.

Desde esta óptica asume notable importancia, como hemos podido comprobar, la legislación del Estado en el que tenga su sede la SE⁶⁹. Respecto a ella, y con el fin de evitar el viejo debate, con la correspondiente incertidumbre jurídica que conlleva, entre la “*teoría de la sede*” (“Sitztheorie”, ley de la sede efectiva, o sea, criterio de lugar de la sede real de la sociedad), y la “*teoría de la incorporación*” (“Gründungstheorie”, lex “loci incorporationis”, o sea, criterio del lugar de constitución) el Reglamento ha impuesto (optando para este tipo societario por la primera de las teorías citadas) que la sede social y la sede de la administración central deban siempre coincidir⁷⁰. No obstante, es probable que la SE pueda ser objeto en ocasiones futuras del denominado “*shopping legislativo*”: dados los numerosos reenvíos a las legislaciones nacionales, pudiera ocurrir que se constituyeran Sociedades Europeas sobretudo en aquellos Estados miembros que contasen con una legislación más favorable. Se trata, a nuestro entender, de un sector en el que quizás se pudiera estimular el considerado “*efecto Delaware*”, tan evocado por la doctrina con ocasión de la sentencia *Centros*⁷¹.

⁶⁸ Esta situación fue puesta ya de manifiesto por el Parlamento Europeo en el Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y del Mercado Interior (Junio 2001) : “...*la SE tendrá un perfil diferente en cada Estado. No se tratará de una Sociedad Europea de tipo europeo sino una SE francesa, española, alemana.... Incluso en el interior de un Estado miembro se constituirán una multitud de sociedades europeas diferentes...*”. Como consecuencia de ello, autores como Gerard Blanc considera que en vez de calificar a la SE como “sociedad europea con variación nacional” sería más adecuado hablar de “sociedad anónima nacional de carácter europeo”, dada la pluralidad de remisiones que establece al Derecho nacional. Al respecto, G. BLANC: *La société européenne: La pluralité des rattachements en question...*, págs 1052 y ss.

⁶⁹ Considérese como ejemplo de esa importancia el artículo 3.1, que dispone: “*A los efectos de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 2, se considerará que la SE es una sociedad anónima regulada por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que tenga su domicilio social*”.

⁷⁰ La “teoría de la sede” prevé que la ley aplicable a las personas jurídicas sea aquella del Estado en el que las mismas tengan su propia administración central. La “teoría de la incorporación”, en cambio prevé que la ley aplicable a las personas jurídicas sea aquella del Estado en que las mismas se hayan constituido, indiferentemente del lugar en que sea fijada la sede de la administración.

⁷¹ Por “efecto Delaware” se entiende el fenómeno estadounidense en virtud del cual las características legislativas más favorables previstas en el Estado de Delaware, especialmente en lo que respecta a las exigencias de los administradores de las sociedades, han provocado una fuerte atracción para la constitución de sociedades en dicho Estado. Un “efecto Delaware” en el derecho comunitario puede comportar un fenómeno, no necesariamente negativo, de nivelación por lo bajo de la normativa europea en materia de sociedades que reproduzca en Europa cuanto ha sucedido en los Estados Unidos. Se ha hablado mucho de tal

Pese a que el propio Reglamento no da una definición expresa de lo que debe entenderse, de manera precisa, por Sociedad Europea⁷², del mismo se infiere que se trata de una sociedad anónima de segundo grado, con personalidad jurídica propia y domicilio social en el mismo Estado en el que se halle su administración central⁷³, regulada -salvo en lo dispuesto por el propio Reglamento⁷⁴- por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en que tenga su domicilio social⁷⁵, y cuyo capital, no inferior a 120.000 euros⁷⁶, se encuentra dividido en acciones⁷⁷.

La Sociedad Europea (SE) es, por tanto, una sociedad anónima de capital por acciones, siendo como señala el Considerando 13 del Reglamento “*el régimen que mejor se adapta, tanto desde el punto de vista financiero como del de su gestión, a las necesidades de las empresas que lleven a cabo sus actividades a escala europea*”⁷⁸.

Para ello, el Reglamento establece cuatro vías diferentes que permiten la constitución de una Sociedad Europea:

1. En primer lugar, la que pueden utilizar las “sociedades anónimas” listadas en su Anexo I, mediante un acuerdo de FUSIÓN entre ellas, siempre que al menos dos de las mismas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes⁷⁹.

posibilidad con ocasión de la sentencia *Centros*, Sentencia del Tribunal de Justicia del 9 de marzo 1999, causa C-212/1997, en la cual se declara que el hecho de que un ciudadano de un Estado miembro decida constituir una sociedad en otro Estado miembro cuyas normas de derechos societario parecen menos severas y cree sucesivamente sucursales en otros Estados miembros no puede constituir, de por sí, un abuso del derecho de establecimiento. Véase, en relación a este tema, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: “La sentencia Centros: el status quaestionis un año después”, *Noticias de la Unión Europea*, 2001, pp. 79 y ss; S. A. SÁNCHEZ LORENZO: “El derecho europeo de Sociedades y la Sentencia Centros: la relevancia de la “sede real” en el ámbito comunitario, Euroforum, *Anuario de Derecho Internacional Privado*, año 2000. pp. 115-157.

⁷² Si define, sin embargo, la Directiva 2001/86, en su art. 2, lo que debe entenderse por “*sociedades participantes*” -todas aquellas que participen directamente en la constitución de una SE-, por “*filial*” -una empresa sobre la cual dicha sociedad ejerce una influencia dominante definida con arreglo a lo dispuesto en los apartados 2 a 7 del artículo 3 de la Directiva 94/45/CE- y por “*filial o establecimiento afectado*” -una filial o establecimiento de una sociedad participante que según el proyecto vaya a pasar a ser filial o establecimiento de la SE en el momento de su constitución-.

⁷³ Art. 7: “*El domicilio social de la SE deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central. Además, los Estados miembros podrán imponer a las SE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar*”.

⁷⁴ Art. 15.

⁷⁵ Art. 3.1.

⁷⁶ Art. 4.

⁷⁷ Art. 1.2.

⁷⁸ Al respecto vid. L. ENRIQUES: *Capitale, azioni e finanziamento della Società europea...*, pp. 375 y ss.

⁷⁹ Art. 12 y ss.

2. En segundo lugar, la posibilidad reconocida tanto a “sociedades anónimas” como a “sociedades de responsabilidad limitada” (Anexo II) de constituir un HOLDING siempre que, al menos dos de ellas, estén sujetas al ordenamiento jurídico de dos Estados miembros diferentes o tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado durante, al menos dos años⁸⁰.

3. En tercer lugar, mediante la constitución de una FILIAL COMÚN⁸¹: Sociedades y personas jurídicas (de derecho público o de derecho privado) de dos Estados miembros (o una misma SE) fundan una filial SE.

4. En cuarto lugar, mediante la TRANSFORMACIÓN de una sociedad anónima ya existente, siempre que haya tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años⁸².

Como podemos comprobar, el acceso al tipo social se encuentra limitado. En la SE no pueden participar directamente personas físicas, y sólo podrán hacerlo las sociedades previstas en los Anexos I y II del Reglamento.

En cualquier caso, cualquiera que sea la opción elegida como modo de constitución de la Sociedad Europea, habrán de respetarse las reglas procedimentales contenidas en el Reglamento, presentando, en algún caso, como ocurre con la modalidad de “*transformación*”, la ventaja de que la sociedad anónima afectada no ha de pasar por una previa disolución de la misma, siempre que tuviera su domicilio social y administración central en la Unión Europea.

Además, en todos los casos, las sociedades participes en el proyecto de constitución de una SE deben ser sociedades constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Unión Europea. Sin embargo, de manera excepcional, los Estados miembros pueden establecer que una sociedad que no tenga su administración central en la Comunidad Europea pueda participar en la constitución de una SE, siempre que la misma esté constituida de conformidad con el ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tenga su domicilio social en ese Estado y mantenga una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro⁸³.

También en todos los supuestos, la Sociedad Europea resultante deberá revestir la forma jurídica de una sociedad de capital por acciones y habrá de registrarse en el Estado miembro en el que tenga dicho domicilio social, debiendo publicarse en el DOUE la constitución de una SE.

⁸⁰ Art. 32 y ss.

⁸¹ Arts. 2.3 y 35-36.

⁸² Arts 2.4 y 37.

⁸³ Considerando 21.

PARTE SEGUNDA. Cap. I: “*El Estatuto de la S.E.*”

Finalmente, en cuanto a la estructura de la S.E., el Reglamento, aparte de la Junta General de Accionistas, admite dos alternativas diferentes en relación con los órganos de gestión de control⁸⁴:

- a) Un “*sistema monista*”: con un único órgano de administración societaria.
- b) Un “*sistema dualista*”: con separación entre el órgano de dirección y el órgano de control.

Detengámonos, siquiera con un mínimo de detalle, en tres de los aspectos comentados, que quizás son los que en la regulación establecida por el Reglamento adquieren una mayor relevancia. Estos son los siguientes:

1. El domicilio social de la SE, traslado del domicilio y publicidad registral.
2. La constitución de la Sociedad Europea.
3. El funcionamiento de la SE.

⁸⁴ Art. 38. b).

1.3.2. DOMICILIO SOCIAL DE LA SE, TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL Y PUBLICIDAD REGISTRAL⁸⁵.

Como hemos podido observar, la determinación del **domicilio social** de la SE es relevante, ya que condiciona el derecho aplicable a aquellas cuestiones no reguladas o sólo reguladas en parte por el Reglamento: recuérdese que uno de los criterios utilizados para colmar las lagunas del Reglamento consiste, según lo visto, en la remisión al derecho nacional del Estado miembro del domicilio social.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7 del Reglamento, el domicilio social de la SE debe estar situado dentro de la Comunidad Europea, en el mismo Estado miembro donde esté localizada su administración central. De esta manera, se opta por el criterio de la “sede real” (*Sitztheorie*), no permitiéndose la localización de la administración central y del domicilio social de la SE en Estados miembros diferentes. Además, los Estados miembros podrán imponer a las SE registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar.

La solución vista fue adoptada contando con la resistencia de algunos países, como Holanda o Reino Unido que seguían un criterio diferente, el criterio de la constitución/incorporación (*Gründungstheorie*). Ante esta divergencia de criterios se estableció el compromiso de poder revisar la solución adoptada no más allá de cinco años tras la entrada en vigor del Reglamento⁸⁶.

En caso de incumplimiento de la exigencia planteada en el Reglamento, caso de que se trasladase la administración central a otro Estado miembro distinto del Estado donde se halle el domicilio social de la Sociedad Europea (p. ej. piénsese el caso de una SE domiciliada en España que decide trasladar a Francia su administración central), el Reglamento prevé en el artículo 64 que el Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social adopte las medidas apropiadas para obligar a ésta a regularizar su situación en un plazo determinado -bien reimplantado su administración central en el Estado del domicilio social, bien haciendo un traslado legal del propio domicilio social (posibilidad analizada a continuación y prevista en el artículo 8 del Reglamento)- de manera que quede eliminada la disociación entre sede real y domicilio estatutario. De no observarse esta

⁸⁵ Sobre los problemas relativos al traslado de domicilio, especialmente en relación a la determinación de la legislación aplicable, véase E. GARCIA COSO: “La sociedad anónima europea: Transformación de domicilio y problemas de conflicto de Leyes”, *Noticias de la Unión Europea*, 2004, nº 229, pp. 39-52. También vid. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: “El traslado de domicilio social: una visión facilitadora”, *RdS*, 2001-1, pp. 107 y ss.; “La Sentencia Centros: el status quaestionis un año después”, *Noticias de la Unión Europea*, CISS Praxis, nº 195 (abril 2001), pp. 79 y ss.

⁸⁶ Art. 69.a).

exigencia, el Estado del domicilio social adoptará las medidas necesarias para que se proceda a la liquidación de dicha SE⁸⁷.

Cuestión distinta es la referente a la problemática de un posible traslado a otro Estado miembro del propio domicilio social de la Sociedad Europea, posibilidad contemplada en el artículo 8 del Reglamento, declarando que tal transferencia de domicilio social, siempre entre Estados miembros de la Unión Europea, no dará lugar a la disolución de la SE ni a la creación de una nueva persona jurídica.

En principio, establecer la sede real como criterio de conexión limita la autonomía de la voluntad de los interesados y dificulta los desplazamientos transfronterizos de las sociedades ya que el cambio de sede real conlleva la modificación de la “*lex societatis*” (a la sociedad trasladada se le aplicará el derecho nacional del Estado miembro de destino para aquellas materias que antes regulaba la legislación del Estado de origen), lo cual implicaría la disolución de la sociedad y la necesidad de constituir una nueva. Sin embargo, en el caso de la Sociedad Europea, al igual que ocurre con la Agrupación Europea de Interés Económico⁸⁸, el artículo 8 del Reglamento permite el traslado de domicilio social sin la consiguiente disolución de la sociedad.

Para tal traslado, las disposiciones sucesivas del artículo 8 -a las que nos referimos de manera muy sintética- establecen que el órgano de administración o de dirección debe elaborar un proyecto de traslado, sujeto a la publicidad contemplada en el artículo 13 y que debe comprender una serie de informaciones como garantía de tutela de los intereses tanto de los socios como de los acreedores sociales. Posteriormente, la Junta General de accionistas decidirá sobre el traslado, no antes de que hayan transcurrido dos meses de la publicación del proyecto y, adicionalmente, un tribunal, un notario, u otra autoridad competente del Estado miembro de la sede social de la SE expedirá un certificado que acredite de modo concluyente el cumplimiento de los actos y trámites que han de realizarse antes del traslado⁸⁹. La inscripción en el registro del Estado de la nueva sede sólo podrá efectuarse previa presentación de tal certificado⁹⁰.

Merece también ser citado el artículo el artículo 8.7 del Reglamento, según el cual antes de la expedición del certificado la SE deberá demostrar que, por lo que respecta a cualquier obligación contraída con anterioridad a la publicación del proyecto de traslado, los intereses de acreedores y titulares de otros derechos en relación con la SE han quedado debidamente protegidos, de conformidad con lo estipulado por el Estado miembro en el que la SE hubiera tenido su domicilio social antes del traslado.

Lógicamente, dada la exigencia contenida en el artículo 7 del Reglamento, cualquier traslado del domicilio en el sentido expuesto en el artículo 8 deberá ir también acompañado de un traslado de la sede administrativa.

⁸⁷ Art. 64.2.

⁸⁸ Artículo 14 del Reglamento 2137/85/CE de la Agrupación Europea de Interés Económico.

⁸⁹ Art. 8.8.

⁹⁰ Arts. 8.9 y 8.10.

Una última cuestión ha considerarse, como consecuencia de la introducción de una norma que puede desplegar efectos limitativos y, en cierto modo, perversos: se trata del artículo 8.14 del Reglamento, que consiente que la legislación de un Estado miembro pueda establecer, en lo que respecta a las SE registradas en su territorio, que un traslado de domicilio que suponga un cambio de la legislación aplicable no surta efecto si la autoridad competente de dicho Estado se opusiera por razones de interés público. Aunque la oposición parece tener, en cualquier caso, un carácter excepcional, no se puede excluir que se pueda transformar en una limitación de cierto relieve; por dar un ejemplo extraído de la jurisprudencia comunitaria, si la “coherencia de regímenes fiscales” se invoca como <<*motivo de interés público*>>, se podría perfilar el riesgo de una vanalización casi total de la norma relativa al traslado del domicilio social⁹¹.

En cuanto a la **publicidad registral**, la Sociedad Europea adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro del domicilio social⁹² (así, en el caso español, la SE deberá inscribirse en el Registro mercantil de su domicilio) y dicha inscripción no podrá producirse sino se ha celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores o se ha tomado la decisión de no iniciar las negociaciones o poner fin a éstas, o bien ha expirado el período de negociaciones sin alcanzarse acuerdo⁹³.

La inscripción y la baja de la Sociedad Europea se publicarán, a título informativo, en el Diario Oficial de las Comunidades Autónomas, así como su traslado de domicilio social. En el anuncio se indicará la denominación social, número, fecha y lugar de la inscripción, fecha, lugar y título de la publicación, domicilio social de la SE y sector de actividad⁹⁴.

⁹¹ Para referirnos a tal jurisprudencia y a la relevancia de la “coherencia de regímenes fiscales” como excepción a los principios en materia de libre circulación, vid. A. MALATESTA: <<Art. 58>>, en F. POCAR (a cura di): *Commentario breve ai trattati della Comunità Europea e dell’Unione Europea*, Padova, Cedam, 2001, p. 294.

⁹² Art. 16.1.

⁹³ Art. 12.2.

⁹⁴ Art. 14.

1.3.3. CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD EUROPEA⁹⁵.

Con los requisitos exigidos por el Reglamento se pretende que sólo se permita la utilización de la SE para determinadas empresas que cuenten con vocación e implantación europea. Por ello, en la constitución de una SE solamente podrán participar aquellas sociedades “constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y que tengan su domicilio social y administración central en la Comunidad”⁹⁶, siendo necesario, además, que para constituir una SE participen en el proceso de constitución al menos dos sociedades de dos Estados miembros diferentes⁹⁷. De esta manera, la “*transnacionalidad comunitaria*” aparece como requisito esencial en el proceso constituyente.

Con estas exigencias, primero, se pretende evitar que se sirvan de la forma jurídica propia de la SE sociedades nacionales que busquen eludir la aplicación de posibles legislaciones nacionales más rígidas o exigentes y, segundo, se prohíbe a las personas físicas que puedan participar “ab initio” en la constitución de la SE, si bien no se impide que posteriormente puedan adquirir la condición de socio de la misma. Por tanto, ni personas físicas ni entidades sujetas al mismo ordenamiento nacional pueden fundar una Sociedad Europea. Ha de tratarse de sociedades, ya en acción en la Comunidad, pertenecientes a Estados miembros diversos, y que tengan una determinada forma jurídica, pues de acuerdo con las diferentes vías de constitución de una Sociedad Europea preestablecidas en el Reglamento, sólo pueden acceder a cada una de ellas determinadas formas jurídicas de sociedades⁹⁸.

En definitiva, como ha sido puesto de manifiesto⁹⁹, la SE aparece como una sociedad “de segundo grado”, desde el momento en que a su constitución pueden participar únicamente sociedades u otra entidades jurídicas de derecho público o privado constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro de la Unión Europea, que cuenten con

⁹⁵ En relación a este tema, véase J. F. AGUILÓ PIÑA: *La sociedad anónima europea: constitución, órganos y...*, pp. 1795 y ss.; L. GARCIA RODULFO, J. M. DE FARAMIÑAN FERNÁNDEZ-FIGARES: “Societas Europaea”, *Aranzadi, Sentencias de TSJ, AP y otros Tribunales*, núm. 2, 2004.; SAGASTI AURREKOETXEA: “La constitución de la Societas Europea”, *RdS*, 2002, 2, pp. 115 y ss.

⁹⁶ Art. 2.2. del Reglamento.

⁹⁷ Salvo si se trata de una SE “filial” constituida por una SE.

⁹⁸ En la constitución de una SE por “fusión” o “por transformación” sólo podrán participar sociedades anónimas, en la constitución de una SE “holding”, podrán hacerlo sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada y en la constitución de una SE “filial”, en cambio podrán participar cualesquiera sociedades o entidades jurídicas de Derecho Público o de Derecho Privado. La propia SE, en cuanto sociedad anónima, puede tomar parte en la constitución de otra SE.

⁹⁹ Cfr. F. FIMMANÓ: “Societá Europea: ultimo atto”, *Riv. soc.*, 5-6, 1994, op. cit. p. 1006.

sede social y administración radicada en la Comunidad, mientras que las personas físicas son excluidas.

Respecto a las sociedades no europeas, éstas podrán participar en la fundación de una SE a través de sus filiales europeas y, lógicamente, adquirir también acciones de Sociedades Europeas ya constituidas. Además, el Reglamento permite que los Estados miembros de la Comunidad puedan disponer que una sociedad cuya administración central se localice en un tercer Estado pueda participar en la constitución de una SE siempre que se haya constituido conforme a la legislación de un Estado miembro, tenga en él su domicilio social y presente una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro¹⁰⁰.

En relación con la normativa aplicable, hay que indicar que la **constitución de la SE** se encuentra sometida, de acuerdo con el artículo 15 del Reglamento, a una doble regulación: las reglas uniformes contenidas en el Reglamento y, al tener la SE la misma consideración que una sociedad anónima, la legislación nacional del Estado del domicilio social en lo referente a constitución de sociedades anónimas¹⁰¹.

Respecto a las formas de constitución, el artículo 2 del Reglamento sólo prevé cuatro vías distintas para la constitución de una Sociedad Europea:

- mediante “fusión” (artículo 2.1),
- mediante la constitución de una SE “holding” (artículo 2.2),
- mediante la constitución de una SE “filial” (artículo 2.3),
- y, por último, mediante la “transformación” de una sociedad anónima en SE (artículo 2.4).

A cada una de estas modalidades le es dedicada, sucesivamente, una sección específica del Título II del Reglamento. Antes de hacer algún comentario sobre lo dispuesto en el Reglamento en materia de constitución de una SE mediante “fusión” veamos, también de manera sucinta, las otras modalidades de constitución posibles:

1.3.3.1. La SE “holding”

En la modalidad “*holding*” se forma un grupo de sociedades del que es matriz la SE. Los sujetos titulares de la facultad de constituir una SE holding están indicados en el artículo 2.2 del Reglamento: ha de tratarse de sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada¹⁰², debiendo al menos dos de ellas de estar sujetas a

¹⁰⁰ Art. 2.5.

¹⁰¹ Ello, sin perjuicio de la aplicación a las sociedades nacionales participantes en el proceso constituyente de las disposiciones del ordenamiento de que dependan, conforme a lo que se prevé en el artículo 18 del Reglamento.

¹⁰² Algunos autores entienden que son incomprensibles las razones por las cuales el legislador comentario haya decidido admitir a las sociedades de responsabilidad limitada entre los promotores de la SE holding, pero

ordenamientos de diferentes Estados miembros, o que tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes.

Por expresa disposición del Reglamento, la constitución de la SE “holding” no comporta la disolución de las sociedades fundadoras y, por lo tanto, éstas conservan su personalidad jurídica a diferencia de lo que ocurre en la fusión. Técnicamente, y según el particular modelo de constitución previsto en el Reglamento, la sociedad holding resulta de la transmisión de acciones o participaciones de las sociedades promotoras a la SE holding, que pasa a convertirse, precisamente al ser socio mayoritario, en la sociedad que ejerce el control sobre aquellas, ahora convertidas en filiales de la holding. De hecho, el artículo 32.2 establece que el porcentaje mínimo de acciones o participaciones de cada una de las sociedades promotoras de la operación que los accionistas deben aportar para constituir la SE deberá ser superior al 50% de los derechos de voto permanente.

Además, los órganos de dirección o de administración que promuevan la operación deberán elaborar un proyecto de constitución de la SE, cuyo contenido se encuentra también regulado por el citado artículo 32.2, proyecto que debe someterse a la aprobación de la Junta General de cada una de las sociedades que promuevan la operación.

1.3.3.2. Constitución de una SE “filial”.

Con la filial común se pone en marcha un mecanismo jurídico que facilita la colaboración/concentración de varias sociedades para desarrollar en un sector una actividad determinada o, por ejemplo, beneficiarse de servicios comunes¹⁰³.

En la constitución de una SE “filial” puede participar cualquier sociedad o entidad jurídica de Derecho público o privado. En este sentido, el artículo 2.3 del Reglamento dispone que “*las sociedades a que se refiere el párrafo segundo del artículo 48 del Tratado, así como otras entidades jurídicas de derecho público o privado, constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, podrán constituir una SE filial suscribiendo sus acciones...*”¹⁰⁴. Se ha señalado que con la expresión “*otras entidades jurídicas*”, el legislador comunitario ha extendido la legitimación para constituir una SE (pero solo “filial”) también al GEIE¹⁰⁵.

no de la SE resultante de una fusión. Entre otros, vid. U. DRAETTA y F. POCAR: *La società europea: problema di diritto societario comunitario*, Egea, 2002, op. cit. p. 71.

¹⁰³ G. ESTEBAN VELASCO: *El compromiso de Niza. Por fin la Sociedad Europea*, op. cit. p. 12.

¹⁰⁴ Recuérdese que el artículo 48 del Tratado CE señala en su apartado 2º que por “sociedad” se entiende la sociedad de derecho civil o de derecho comercial, incluida la sociedad cooperativa, así como otras personas jurídicas contempladas por el derecho público o privado, con excepción de aquellas sociedades sin ánimo de lucro.

¹⁰⁵ Vid. F. BLANQUET: *Enfin la société européenne...*, op. cit. p. 90.

En el caso de la SE filial, el exigido elemento de transnacionalidad viene dado, al igual que la SE holding por la necesidad de que al menos dos de los entes promotores estén sujetos al ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros, o tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro desde, por los menos, dos años antes.

La regulación de la constitución de la SE filial, a diferencia de otras formas de constitución, es extremadamente parca en el Reglamento, desde el momento en que éste efectúa un reenvío, para cada una de las sociedades o entidades jurídicas que participan en la operación, a las disposiciones de Derecho nacional que regulan su participación en la constitución de una filial en forma de sociedad anónima¹⁰⁶.

1.3.3.3. Constitución de una SE mediante “transformación”

Con la transformación de una sociedad anónima en SE se pretende favorecer su adaptación y expansión a nivel europeo. Por tanto, en este modo de constitución sólo pueden participar sociedades anónimas, requiriéndose como elemento de transnacionalidad exigible que la sociedad anónima que se pretenda transformar haya tenido una filial sujeta al ordenamiento de otro Estado miembro durante, al menos, dos años¹⁰⁷.

El legislador comunitario especifica, al igual que ya ocurriera en la constitución de una SE “holding” que la transformación constituye un elemento de continuidad de la sociedad, desde el momento en que ésta no da lugar ni a la disolución ni a la creación de una nueva persona jurídica¹⁰⁸. Pero, al mismo tiempo emerge la preocupación del legislador de evitar que el mecanismo de la “transformación” pudiera utilizarse como medio para eludir la normativa nacional relativa al traslado del domicilio social de una sociedad al exterior y, asimismo, que ello se realice con el fin de sustraer ocultamente fondos fiscalmente imponibles en el país de procedencia de la sociedad¹⁰⁹. Al hilo de este problema, el artículo 37.3 establece la prohibición de trasladar el domicilio social de la SE a otro Estado miembro con motivo de la transformación; sin embargo, nada impide un traslado posterior del domicilio de la SE siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 8 del Reglamento.

El procedimiento de constitución prevé la redacción de un proyecto de transformación por parte del órgano de dirección o administración de la sociedad, acompañado de un informe que explique y justifique los aspectos jurídicos y económicos de la transformación. De tales documentos debe darse la adecuada publicidad, de conformidad con la Directiva 68/151/CE, al menos un mes antes del día en que la Junta

¹⁰⁶ Art. 36 del Reglamento SE.

¹⁰⁷ Art. 2.4 Reglamento.

¹⁰⁸ Art. 37.2.

¹⁰⁹ Preocupación manifestada por Ambrosiani en U. DRAETTA y F. POCAR: *La società europea: problema di diritto societario comunitario*, op. cit. p. 74.

General se reúna para aprobar la transformación, de acuerdo con las modalidades previstas en la legislación de cada uno de los Estados miembros¹¹⁰.

Preocupado también el legislador comunitario por la tutela del patrimonio de los socios, impone que terceros independientes (uno o varios peritos) certifiquen, de conformidad con la Directiva 77/911/CE¹¹¹, que la sociedad “dispone de activos netos que corresponden, como mínimo, al capital aumentado con las reservas que la legislación o los Estatutos no permitan distribuir¹¹²”.

Finalmente, la transformación de la sociedad anónima en SE se produce mediante la aprobación por parte de la Junta General de la sociedad del proyecto de transformación y de los Estatutos de la SE¹¹³.

Para concluir, también debe comentarse que la propia SE, al tener la misma consideración que una sociedad anónima¹¹⁴, puede participar en la creación de una SE. En este sentido, el artículo 3.2 del Reglamento indica que una SE podrá constituir una o más filiales en forma de SE, sin que se apliquen a dicha SE filial las eventuales disposiciones nacionales que exijan pluralidad de accionistas. En cambio, sí que se aplicarán, *mutatis mutandi*, a la SE las disposiciones nacionales societarias sobre las sociedades unipersonales.

1.3.3.4 Constitución de una SE mediante “fusión”¹¹⁵

Con la fusión se lleva a cabo la concentración empresarial en su grado máximo económico y jurídico, desplazándose el control de la actividad a la nueva sociedad o a la sociedad absorbente.

En la constitución por fusión sólo podrán participar sociedades anónimas, requiriéndose que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes¹¹⁶.

¹¹⁰ Art. 37.4.

¹¹¹ Directiva 77/81/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, en DOCE L 26 de 31 de enero de 1977.

¹¹² Art. 37.6 del Reglamento.

¹¹³ Art. 37.7.

¹¹⁴ Art. 3.1: “A efectos de los apartados 1,2 y 3 del artículo 2, se considerará que la SE es una sociedad anónima regulada por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que tenga su domicilio social”.

¹¹⁵ Vid. A. B. VEIGA COPO: “La Sociedad Europea y la fusión transnacional”, *Noticias de la Unión Europea*, 2004, nº 229, pp. 133-148 y U. DRAETTA y F. POCAR: *La società europea: problema di diritto societario comunitario*, p. 75-84.

¹¹⁶ Art. 2.1 del Reglamento.

El Reglamento regula la constitución de una SE por fusión en los artículos 17 al 31. La fusión puede realizarse bien por absorción, procedimiento en el que la sociedad absorbente adoptará la forma de SE simultáneamente a la fusión, bien por constitución de una nueva sociedad, caso en el que esta nueva sociedad será la SE. Estas operaciones darán lugar, antes que nada, a la elaboración de un proyecto de fusión por parte de los órganos de dirección o de administración de las sociedades que pretendan fusionarse, que contendrá las indicaciones previstas en el artículo 20. La Junta General de cada sociedad que participe en la fusión deberá aprobar el proyecto de fusión.

En cuanto a la legislación aplicable, en el artículo 18 del Reglamento se establece una remisión “para aquellas materias no reguladas o cuando una materia esté regulada sólo parcialmente para los aspectos no cubiertos por ella, a las disposiciones del ordenamiento jurídico del Estado miembro del que dependa cada sociedad participante que sean de aplicación a las fusiones de sociedades anónimas de conformidad con la 3ª Directiva¹¹⁷”.

Posteriormente, en el artículo 24 viene expresamente establecido que la tutela de los intereses de los acreedores de las sociedades que se fusionen, de los obligacionistas de éstas y de los tenedores de títulos distintos de las acciones a los que correspondan derechos especiales vendrá regulada por la legislación del Estado miembro donde esté registrada cada una de las sociedades que se fusionan.

En cuanto a los accionistas minoritarios que hayan votado en contra de la fusión, se permite a los Estados miembros que adopten, en relación a sus sociedades participantes en la fusión, las medidas destinadas a garantizarles una protección adecuada¹¹⁸.

Por último, se procederá a la fase de ejecución, con las correspondientes exigencias en materia de documentación, inscripción y publicidad¹¹⁹.

Mención especial requiere el control de la legalidad de la operación de la fusión, pues deben distinguirse dos controles diversos: uno respecto a las sociedades interesadas en la fusión, y otro sobre la constituida SE. En referencia al primero de ellos, el artículo 25 del Reglamento dispone que “*el control de la legalidad de la fusión se efectuará con arreglo a la legislación sobre fusión de sociedades anónimas aplicable en el Estado miembro de su domicilio*”, y en el párrafo 2 del comentado artículo se señala que “*un tribunal, notario u otra autoridad competente del mismo expedirá un certificado que acredite el cumplimiento de los actos y trámites previos a la fusión*”. A este respecto, el Reglamento exige, en el artículo 68.2, que cada Estado miembro debe designar y comunicar a la Comisión, así como a los demás Estados miembros, cuál será la autoridad competente para ejercer dicho control. En cuanto al segundo de ellos, la realización de la fusión y la constitución de la SE, el artículo 26 dispone que el control venga efectuado por el tribunal, notario u otra autoridad competente del Estado miembro del futuro domicilio de la SE al que le compete el control de este aspecto de la legalidad de la fusión de sociedades anónimas. Para ello, dicha autoridad encargada del control de la legitimidad de la constitución recibirá de cada una de las sociedades interesadas en la fusión el certificado mencionado en el artículo 25.2

¹¹⁷ Directiva 78/855/CEE, en DOCE L 295, de 20 de octubre de 1978, p. 36. En el caso español se trataría de los arts. 233 y ss. de la L.S.A.

¹¹⁸ Art. 24.2.

¹¹⁹ Arts. 27 y 28 del Reglamento.

en el plazo de seis meses a partir de su expedición y una copia del proyecto de fusión aprobado por la sociedad.

El Reglamento dispone que el control también debe recaer sobre la aprobación por parte de las sociedades participantes de la fusión de un mismo proyecto de fusión y sobre la definición de las modalidades relativas a la implicación de los trabajadores, de acuerdo con la Directiva 2001/86/CE. Por último, el control también debe efectuarse sobre el respeto que en la constitución ha de efectuarse a las condiciones establecidas en la ley del Estado miembro del domicilio social.

Recuérdese que, por exigencia del artículo 12.4 del Reglamento, los Estatutos de la SE no pueden nunca entrar en conflicto con las disposiciones contenidas en la Directiva sobre implicación de los trabajadores. A nuestro parecer, la autoridad encargada por tanto del procedimiento de constitución de la SE deberá proceder también a verificar dichos Estatutos, con el fin de evitar posibles conflictos con la Directiva y con la legislación del Estado miembro en el cual la SE ha elegido establecer su propio domicilio social.

1.3.4. FUNCIONAMIENTO DE LA SE¹²⁰.

El **funcionamiento de la SE** es similar al de las sociedades anónimas francesas: como en el derecho francés, se ofrece la opción entre una SE con un órgano de administración (sistema monista, “*single-tier system*”) y una SE con un órgano de dirección y un órgano de vigilancia (sistema dualista, “*two-tier system*”) ¹²¹, siendo las sociedades las que se encuentran legitimadas para ejercer tal opción libre y plenamente, recogiénola en los Estatutos sociales, sin que un Estado miembro pueda impedir dicha opción.

Sin embargo, esta opción no dejaba de ocasionar algún problema, especialmente si consideramos que la gran mayoría de los Estados de la Unión Europea no han tradicionalmente dispuesto de una normativa interna que regulara ambos sistemas, el monista y el dualista ¹²², sino que sólo contemplaban uno de los dos sistemas para sus sociedades anónimas, y que el Reglamento, por su parte, no establece una regulación detallada del régimen de administración de la SE. Por ello, el propio Reglamento prevé, de manera respectiva en los artículos 39.5 y 43.4, que cada Estado miembro donde no se hayan previsto ambos sistemas pueda adoptar las correspondientes medidas complementarias ¹²³. Así por ejemplo, ello conllevaría que, en el caso español, cuya legislación reconocía sólo el sistema monista, fuese preciso adoptar medidas complementarias respecto a la organización y funcionamiento de los órganos de sociedades anónimas, para introducir así el sistema dualista, mientras que Alemania debiera introducir el sistema monista, no previsto inicialmente tampoco en su legislación interna ¹²⁴.

¹²⁰ Al respecto, vid. J. F. AGUILÓ PIÑA: *La sociedad anónima europea: constitución, órganos y...*, pp. 1795 y ss.; G. ESTEBAN VELASCO: “Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea”, *Revista de Estudios Europeos*. Instituto de Estudios Europeos (Universidad de Valladolid), nº 29 sep-dic 2001, pp. 65 y ss.; P. J. PÉREZ-PÉREZ: “Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, 2004, nº 229, pp. 93-105.

¹²¹ Art. 38. b) del Reglamento.

¹²² Circunstancia que, como hemos señalado, si que ocurre en Francia, que regula los dos sistemas posibles al introducir en 1998 el sistema dualista.

¹²³ Arts 39.5 y 43.4: “*Cuando en un Estado miembro no esté previsto el sistema dual (o el sistema monista) con relación a las sociedades anónimas con domicilio social en su territorio, dicho Estado miembro podrá adoptar las medidas oportunas en relación con la SE*”.

¹²⁴ En Alemania, la Ley de 29 de diciembre de 2004, que contó con el rechazo expreso de la oposición, prevé la posibilidad de poder optarse por un modelo de gobierno de la SE de tipo monista, frente a lo que, como hemos estudiado, constituye la tradición en el sistema societario alemán, en el que tradicionalmente sólo se ha previsto un sistema dualista, con un órgano de dirección y otro diferenciado de vigilancia o control. Precisamente, una exposición del régimen de administración societaria en el ordenamiento jurídico alemán, junto con un estudio de las posibles repercusiones futuras que el Reglamento S.E. podría operar en el ordenamiento jurídico español al establecerse en éste un modelo de administración societaria dualista para las SE domiciliadas en nuestro país, fue realizado ya en el año 2002 por Kristoffel Grechenig y María José

Respecto a nuestro país, el problema se ha solucionado con la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España¹²⁵, que introduce la opción dual correspondiente, prevista y regulada en los artículos 327 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas. De acuerdo con el primero de tales artículos, si una SE se domicilia en España, la misma podrá optar por un sistema de administración monista o por un sistema de administración dual, y ello lo deberá hacer constar en sus estatutos. Esta segunda opción no se generaliza para las otras sociedades anónimas españolas, a la espera quizás de que la práctica permita apreciar las propias preferencias de las Sociedades Anónimas Europeas que se constituyan en España, así como los principales problemas operativos que este modelo puede conllevar. Como parece querer expresar la propia Exposición de Motivos de la Ley 19/2005, si la mayoría de las SE se decantara en un futuro por un “sistema dual”, a medio plazo podría también extenderse esta opción al resto de Sociedades Anónimas de nuestro país.

En definitiva, en cuanto a su estructura orgánica, la Sociedad Europea debería contar con una Junta General de accionistas, y además un órgano de vigilancia y un órgano de dirección (en el sistema dualista) o sólo un órgano de administración (en el sistema monista). Refirámonos brevemente a tales órganos.

1.3.4.1. Sistema dual¹²⁶.

El elemento característico de este sistema viene constituido por la estructuración de la administración social en dos órganos distintos, el órgano de dirección y el órgano de control, y ello con la finalidad de realizar una mejor delimitación, dentro de la administración en sentido amplio, de las funciones de gestión y de las funciones de control, así como de las consiguientes responsabilidades de ellas derivadas¹²⁷.

El encargado de la gestión de la SE sería el órgano de dirección; en particular, sus miembros deberán realizar todas aquellas funciones que el Reglamento de la SE, la legislación nacional específica para la SE, la legislación sobre sociedades anónimas, y los propios Estatutos de la Sociedad Europea les encomienden. Tales miembros del órgano de administración son nombrados (y en su caso, revocados) por el órgano de vigilancia o

Morillas Jarillo. Al respecto, vid. K. GRECHENIG y M. J. MORILLAS: “La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho Español”, *Derecho de los Negocios* (145/13), 2002, núm. 13, pp. 1-27.

¹²⁵ B.O.E. núm. 273, de 15 de noviembre.

¹²⁶ Arts. 39, 40, 41 y 42 del Reglamento.

¹²⁷ G. ESTEBAN VELASCO: *La Sociedad Europea: un instrumento ...*, op. cit. p.19.

control¹²⁸, debiendo destacarse que una misma persona no puede ser, al mismo tiempo, miembro del órgano de dirección y miembro del órgano de vigilancia.

Por su parte, los miembros del órgano de vigilancia son nombrados por la Junta General de accionistas y su concreto número puede ser fijado libremente por el Estado en el que la SE tenga su domicilio social¹²⁹, posibilidad que no existe en el caso del órgano de dirección del sistema dual ni en el caso del órgano de administración del sistema monista. El órgano de dirección debe tener informado al órgano de vigilancia sobre la marcha de los asuntos de la sociedad y su evolución previsible con una frecuencia mínima de carácter trimestral.

1.3.4.2. Sistema monista¹³⁰.

En el sistema monista el órgano de administración asume la gestión de la Sociedad Europea. Los Estatutos fijarán el número de miembros del órgano de administración, pero éste debe estar constituido por al menos tres miembros cuando se haya organizado en la SE una participación de los trabajadores de conformidad con la Directiva 2001/86.

Los miembros del órgano de administración serán nombrados por la Junta General y se reunirán, como mínimo, cada 3 meses. El órgano de administración será el que elija, de entre sus miembros, a su propio presidente.

1.3.4.3. Reglas comunes a los dos sistemas¹³¹.

Los miembros de los órganos de la SE ejercerán sus funciones por el período de tiempo establecido en los Estatutos, que no podrá exceder de 6 años. Las personas jurídicas pueden ser miembros bien del órgano de administración, bien de los órganos de dirección y vigilancia. En cualquier caso, la persona jurídica deberá designar a una persona física para que, como representante suyo, ejecute los poderes que le son propios.

¹²⁸ No obstante, el art. 39.2 del Reglamento permite a las Estados miembros establecer o permitir a los Estatutos la facultad de establecer que el nombramiento o revocación sea efectuada por la Junta General en las mismas condiciones que para las sociedades anónimas domiciliadas en su territorio.

¹²⁹ Art. 40.3. También puede fijar un número mínimo o un máximo o ambos, cosa que también puede fijar respecto a los miembros del órgano de dirección en el sistema dualista y del órgano de administración en el monista. Lo que no puede hacer en estos dos últimos casos es, a diferencia del caso anterior comentado, fijar el número concreto de miembros que lo componen.

¹³⁰ Arts. 43, 44 y 45 del Reglamento. Sobre dicho sistema de administración societario, vid. V. SALAFIA: “Il sistema monástico nell’amministrazione e controllo Della società per azioni”, *La società*, julio 2003, nº 7, pp. 921 y ss.

¹³¹ Arts. 46 al 51 del Reglamento.

Asimismo, los Estatutos deberán enumerar las operaciones que requieren que el órgano de dirección reciba una autorización del órgano de control (sistema dual), o una decisión expresa del órgano de administración (sistema monista)¹³².

En cuanto a las deliberaciones de los diversos órganos, el quórum requerido a efectos de su validez exige que al menos la mitad de los miembros deberán estar presentes o representados, y la toma de decisiones se hará por mayoría de miembros, también presentes o representados.

Está prevista una responsabilidad de los miembros del órgano de dirección, de vigilancia o de administración a causa del perjuicio sufrido por la SE debido al incumplimiento por parte de ellos de sus obligaciones legales, estatutarias o cualquiera otras inherentes a sus propias funciones. Esta responsabilidad se regirá por las disposiciones legales del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social y que resulten aplicables a las sociedades por acciones.

1.3.4.4. La Junta General de Accionistas¹³³.

La Junta General se deberá reunir al menos una vez al año, dentro de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio y se pronunciará sobre aquellas materias que la legislación del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social asigne competencia a la Junta General de la sociedad anónima. Igualmente, será competente sobre aquellas materias que le son asignadas por los Estatutos de la Sociedad Europea, de acuerdo también a la legislación de su domicilio social.

Además, y sin perjuicio de las normas específicamente previstas en el Reglamento¹³⁴, la organización, el desarrollo y las votaciones de la Junta General se regirán por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio social de la SE.

1.3.4.5. Fin de la vida social de la SE¹³⁵.

La disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos y otros procedimientos análogos que vinieran a afectar a la Sociedad Europea estarán sometidos a las disposiciones

¹³² No obstante, los Estados miembros podrán disponer que, en el sistema dual, el propio órgano de control pueda someter a autorización determinadas categorías de operaciones. En este sentido, los Estados miembros podrán determinar las categorías de operaciones que deban como mínimo figurar en los Estatutos de las SE registradas en su territorio (art. 48).

¹³³ Sobre la convocatoria de la Junta General de accionistas, véase J. A. ROMERO FERNÁNDEZ: “La convocatoria de la Junta General de la Sociedad Anónima Europea”, *DN*, julio-agosto 2002, pp. 12 y ss.

¹³⁴ Arts. 52 al 60 del Reglamento.

¹³⁵ Arts. 63 al 66 del Reglamento.

PARTE SEGUNDA. Cap. I: “*El Estatuto de la S.E.*”

legales aplicables a las sociedades anónimas constituidas con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que la misma tenga su domicilio social.

El artículo 66 del Reglamento establece la posibilidad para la SE de transformarse en sociedad anónima, sujeta al ordenamiento del Estado de su domicilio social. En cualquier caso, la transformación no puede producirse antes de que hayan transcurrido dos años desde su inscripción en el registro, ni antes de que hayan sido aprobadas las dos primeras cuentas anuales. Además, la transformación tampoco dará lugar ni a la disolución ni a la creación de una nueva persona jurídica.

CAPÍTULO II.- “LA DIRECTIVA 2001/86 SOBRE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA”.

2.1. EL NUEVO CONCEPTO DE “IMPLICACIÓN” INTRODUCIDO POR LA DIRECTIVA 2001/86.

Tras amplias discusiones y después de su incorporación al Informe Davignon¹³⁶, la expresión “*implicación de los trabajadores*” fue adoptada, por primera vez, en la **Directiva S.E. 2001/1986/CE**¹³⁷. Como señala RAMÍREZ MARTÍNEZ sobre el concepto de

¹³⁶ Implication-Beteiligung-Involvement, es entendida en dicho Informe como “el conjunto de modalidades de intervención de los representantes de los trabajadores en los procesos de toma de decisiones en el seno de las empresas con el fin de garantizar la expresión colectiva y la toma en consideración permanente de sus intereses en las decisiones relativas a la gestión y evolución de económica-financiera de la empresa”. Anexo II. Definiciones.

¹³⁷ Por año de aparición, sobre el tratamiento dado a la Directiva 2001/86 y, en general, al tema de la implicación de los trabajadores en la S.E. por la doctrina extranjera, entre otros, vid. M. MENJUCQ: “La société européenne: enfin l’aboutissement”, *Dalloz*, 2001, nº 13 ; M. A. MOREAU: “L’implication des travailleurs dans la société européenne”, *Droit Social*, núm. 11, 2001 ; K. BERNDT: “The European Company Statute: Employee involvement – and beyond”, IIRA/CIRA 4º Congreso Regional de las Américas, University of Toronto, Junio 25-29, 2002; R. BLANPAIN: “Involvement of Employees in the European Union”, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, núm. 42, 2002; B. KELLER: “The European Company Statute: employee involvement- and beyond”, *Industrial Relations Journal*, vol. 33, núm. 5, 2002. F. VASQUEZ: “La directive sur le implication des travailleurs dans la société européenne”, *Semanal Social Lamy*, núm. 1071, 2002 pp 29; G. BAGLIONI: “La nozione di partecipazione dei lavoratori sulla società europea”, *Giornali di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 98, 2003; “Employee involvement in the European Company Directive”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, núm. 2, 2003; M. BIAGI: “Società Europea, partecipazione e relazioni industriale in Italia e in Europa”, en AA.VV.: <<Aver voce in capitolo. Società Europea e partecipazione dei lavoratori nell’a impresa>>, Edizioni Lavoro, Roma 2003; R. KÖSTLER y A. BÜGGEL: *The European company and Company Law and existing legislative provisions for employee participation in the EU Member States*, ETUI, Brussels, 2003; F. MEYER: “La société européenne”, *Les Petites affiches: La Loi*, 2002 V. 391 nº 76, 16 de abril ; M. WEISS: “La partecipazione dei lavoratori nella società europea”, *DRI*, núm. 1, 2003; A. PIZZOFERRATO: “La fine annunciata del modello partecipativo nello statuto della società europea”, *RIDL*, núm. 1, 2004; G. ARRIGO: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2004, pp. 13 y ss.; F. VASQUEZ: “La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que la inspiran”, en AA.VV.: <<La sociedad Anónima Europea>>, Marcial Pons, 2004, cap. 13.; L. TRIANGLE: “Workers’ involvement in the European Company-the SE Guidelines of the European Metalworkers Federation”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, núm. 2, 2005. R. BLANPAIN: “Encyclopaedia of Labour Law and Industrial Relations”, *European Labour Law*, Suppl. 304 (January, 2006), pp. 1422 y ss.; C. VILLIERS: “The Directive on Employee Involvement in the European

implicación, “se trata de un concepto nuevo, que viene a sustituir al más tradicional de participación y, desde luego, al más significativo ideológicamente de democracia industrial”¹³⁸.

Con el término “**implicación**” (“implication”, “beteiligung”, “involvement”, “coinvolgimento”) se pretende designar de forma unitaria “los derechos de los trabajadores en materia de información, consulta y participación en los órganos de decisión de la Sociedad Europea, así como cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores puedan influir en las decisiones que se adopten en la empresa”¹³⁹. Se trata de un término genérico que engloba en su seno, como términos específicos para concretas formas de implicación, los distintos sistemas en que se puede organizar la intervención de los trabajadores en la empresa.

Lo primero que llama la atención es que la Directiva a examen evita utilizar el tradicional término de “participación”, como concepto genérico que admitiría diversas formas o modalidades que tendrían diversos grados de intensidad, sustituyéndolo por el más abierto y quizás también más sutil de “implicación”¹⁴⁰. El motivo de tal sustitución podría encontrarse en el recelo que podría provocar el término participación, utilizado tradicionalmente como sinónimo de participación orgánica¹⁴¹, y que como tal, conllevaría la presencia de representantes de los trabajadores en los órganos de dirección de la empresa o al menos cierta influencia en la designación de los miembros de dichos órganos, posibilidad ésta que, como sabemos, si bien es contemplada en el derecho de ciertos Estados Miembros de la Unión Europea, es sin embargo ajena a las tradiciones y prácticas jurídicas de muchos otros. De este modo, las reticencias que en algunos ámbitos provocaba la utilización del término participación, que podía entenderse en el sentido anteriormente aludido (participación orgánica o interna), se han tratado de solventar por la referencia al concepto de implicación: así, en la Directiva ya no se habla del derecho de participación de los trabajadores sino del derecho a implicarse en las cuestiones y decisiones que afecten a la vida de las Sociedades Europeas que se constituyan, erigiéndose la propia Directiva 2001/86 en garantía de tal derecho.

En este derecho de los trabajadores a implicarse en las decisiones de la SE, la información, la consulta, y la participación aparecen expresamente definidas en el artículo 2

Company: Its Role in European Corporate Governance and Industrial Relations”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 22/2, 2006, pp. 183-211.

¹³⁸ J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea domiciliada en España”, en AA.VV.: <<La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España>>, Thomson Aranzadi, 2006, p. 380.

¹³⁹ Art. 2.h) de la Directiva S.E.

¹⁴⁰ Aún más lejos, Valdés Dal-ré ha llegado a calificar a la noción de implicación como “inexpresiva y socialmente frígida”. Vid. F. VALDES DAL-RÉ: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*, op. cit. p. 5.

¹⁴¹ Un ejemplo de la utilización del término participación entendido como expresión de la “participación orgánica” lo podemos encontrar en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales, que contempla “la información, la consulta y la participación” como si fuesen tres niveles diferenciados e independientes de intervención de los trabajadores en las decisiones empresariales, así como en el Informe Davignon, en cuyo Anexo II, se da una definición del término participación en el sentido de participación orgánica.

de la Directiva, y se configuran como modalidades o vías de intervención de los trabajadores en la misma que quedarían agrupados bajo el concepto genérico de “implicación”. Si bien autores como MEYER entienden que lo lógico es deducir que el concepto utilizado por la Directiva establece implícitamente una clasificación en función de la influencia que cada modalidad puede tener en las decisiones que ha de adoptar en la empresa¹⁴², la realidad es que se mencionan al mismo nivel cuando, como es sabido, ninguna de ellas tiene la misma incidencia ni grado de intensidad como modalidades de intervención del personal¹⁴³, y, aún más, los propios términos empleados suelen tener un distinto contenido y un diferente alcance en las legislaciones y prácticas de los Estados miembros.

Más que de tres niveles distintos de intervención del personal, podría decirse siguiendo a ARRIGO que la Directiva 2001/86 articula realmente “la implicación de los trabajadores” en dos formas esenciales, dedicando a cada una de ellas las previsiones adecuadas¹⁴⁴:

a) de un lado, están las disposiciones (generales y de referencia), sobre la información y la consulta de los representantes de los trabajadores (previamente definidas por el artículo 2. h)-i).

b) de otro lado, las normas (generales y de referencia) sobre la presencia de representantes de los trabajadores en los Consejos de Administración o de Vigilancia de las SE, siendo ésta última forma de implicación la definida por la Directiva con el término de participación en el artículo 2. k).

La información y consulta de los trabajadores suponen un nivel mínimo de implicación. La novedad de la Directiva radica en la regulación de la participación de los trabajadores en sentido estricto, constituyendo el máximo grado posible de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea.

Y es que, como hemos indicado, aun cuando la información, la consulta y la participación se mencionen al mismo nivel es sabido que tienen diferente incidencia e intensidad como modalidades de intervención del personal. En razón de las diferencias estructurales y funcionales existentes entre las dos formas, suele hacerse aparecer una comparación entre las mismas en términos de una mayor fuerza o debilidad: en este sentido, la información en sí misma considerada, no es un mecanismo a través del cual los trabajadores puedan realmente influir en las decisiones que se adopten en la empresa; tampoco lo sería la consulta, si la consideramos estrictamente como expresión de la opinión de los representantes de los trabajadores, que no es generalmente vinculante para la adopción por parte del empresario de las decisiones atinentes a la empresa. Sólo la segunda forma, la participación *tout court*, entendida en su acepción orgánica, puede entenderse que

¹⁴² F. MEYER: “La société européenne”, *Les Petites affiches: La Loi*, 2002 V. 391 n° 76, 16 de abril, pp. 7 y 8.

¹⁴³ *Vid. infra*, Parte I de la Tesis, Capítulo I.

¹⁴⁴ G. ARRIGO: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2004, op. cit. p. 19 y ss.

cumpliría en cierta medida con dicha finalidad en cuanto que, precisamente, la posibilidad que ella conlleva de que los trabajadores puedan elegir, recomendar o vetar a miembros de los órganos societarios podría permitir que se tenga en cuenta la opinión de los trabajadores en la toma de decisiones en la sociedad.

La Directiva además presenta estas dos formas generales de implicación (información y consulta/participación) de tal modo que las hace parecer autónomas y, en cierto modo, alternativas. Sin embargo, en relación a lo primero, debe ponerse en duda la autonomía entre las dos formas pues en la tradición iuslaboralista la información y la consulta suelen contemplarse frecuentemente como modalidades e instrumentos de una más genérica participación del personal. Por otro lado, y en relación a lo segundo, tampoco deben considerarse estas formas como mecanismos necesariamente alternativos ya que dentro de la propia Unión Europea hay sistemas jurídicos nacionales, como el consabido sistema alemán, en que una forma no es alternativa a la otra. Como expresa ARRIGO, el análisis comparado demuestra que “ambas pueden convivir en el mismo sistema jurídico, como demuestra la pareja alemana del Mitbestimmungsgesetz y el Betriebsverfassungsgesetz”¹⁴⁵, dado que en el país teutón conviven al mismo tiempo lo que tradicionalmente se ha venido denominando “*participación externa*” (o sea, intervención mediante normalmente derechos de información y consulta a través de un órgano distinto a los órganos de la propia sociedad o a través de otro procedimiento) y lo que se ha denominado “*participación interna*” (es decir, intervención mediante la elección, designación, recomendación u oposición al nombramiento de miembros de los propios órganos societarios, ya fuese el órgano o Consejo de Administración, ya fuese el órgano o Consejo de Vigilancia o control, según el sistema de administración sea monista o dual).

Aunque en la Directiva 2001/86, los dos modelos citados de participación, externa e interna, aparecerían contemplados y englobados bajo el amplio concepto de “*implicación de los trabajadores*” pues éste comprende la información, la consulta, la participación e incluso cualquier otro mecanismo mediante el cual los trabajadores puedan influir en las decisiones que se adopten en la empresa, no deja de ser cuanto menos algo criticable que tales términos se coloquen al mismo nivel, cuando su intensidad es o puede ser muy diferente, y que aparezcan como mecanismos alternativos y autónomos, cuando tampoco necesariamente lo son.

También hemos indicado como los propios términos analizados suelen tener un distinto contenido y un diferente alcance en las legislaciones y prácticas de los Estados miembros. Es por ello que, con el fin de establecer un entendimiento común en los procesos de constitución de las SE, la Directiva, siguiendo la estela del trabajo ya efectuado por el Grupo Davignon¹⁴⁶, procedió a dar una definición expresa de los respectivos términos de

¹⁴⁵ G. ARRIGO: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*, op. cit. p. 19.

¹⁴⁶ Informe Davignon. Anexo II, Definiciones: por *información* (information), “la transmisión de informaciones por el empresario ligada a la posibilidad de cuestionamiento y examen crítico por los representantes de los trabajadores”; por *consulta* (consultation, Anhorüng, Consultation), “la posibilidad de los representantes de los trabajadores de expresar una opinión a propósito de una decisión u orientación del empresario propuestas por el empresario”; y por *participación* en sentido estricto (participation-Mitbestimmung in der Unternehmensorganen-Participation), “la presencia de representantes de los trabajadores en los órganos de decisión o vigilancia de la empresa (o de otra entidad jurídica)”, sin comprender “las formas de interesamiento y de participación financiera de los trabajadores en los resultados de la empresa”.

información, consulta y participación para que, de este modo, se alcance una interpretación uniforme del sistema de implicación de la SE para todos los operadores jurídicos, con independencia de sus tradiciones jurídicas.

En los tres casos, las definiciones dadas por la Directiva son amplias y pretenden cubrir todos los sistemas existentes en la Unión Europea, con independencia de cual hubiera sido el origen de los mismos -legal, convencional, estatutario o fáctico-, y de que su carácter sea imperativo o voluntario, de manera que, quizás en un futuro más o menos cercano, podrían desbordar sus límites de aplicación en las Sociedades Europeas para proyectarse sobre el conjunto del Derecho Social Comunitario. Veamos cada una de ellas:

1.- **Información** (“information”, “informazione”): en primer lugar, la Directiva se ocupa de la noción de “información” definiéndola como “*la transmisión, por el órgano competente de la S.E. al órgano de representación o a los representantes de los trabajadores de las informaciones relativas a las cuestiones que afecten a la propia S.E. y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situados en otro Estado miembro o que excedan de las competencias de los órganos de decisión en un único Estado miembro, en un momento, de un modo y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores evaluar en profundidad las posibles repercusiones y, en su caso, preparar la consulta con el órgano competente de la S.E.*”¹⁴⁷. Como podemos observar, este último inciso de la definición destaca el carácter fundamentalmente instrumental que la información ha de tener respecto de la consulta, pues la misma debe permitir, cuando sea preciso, preparar adecuadamente aquella.

Es la primera vez que en el derecho comunitario se define lo que debe entenderse por “información de los trabajadores”. Posteriormente, la Directiva 2002/14 relativa a la información y consulta de los trabajadores en la CE también contendría una definición expresa de la noción de información¹⁴⁸, pero ni en la comentada Directiva 94/ 45 sobre comités de empresa europeos¹⁴⁹, ni en Directivas anteriores¹⁵⁰, se encontraba semejante definición.

¹⁴⁷ Art. 2. i) de la Directiva 2001/86.

¹⁴⁸ La Directiva 2002/14 define información como “la transmisión de datos por el empresario a los representantes de los trabajadores para que puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo”. Art. 2. f).

¹⁴⁹ En la Directiva 94/45 se consideró suficiente dejar para las normas subsidiarias contenidas en el Anexo de la misma, aplicables sólo en caso de fracaso de las negociaciones entre las partes afectadas, el detalle relativo al contenido de la obligación de información, lo cual se lleva a cabo mediante la combinación de las normas de los dos apartados del punto 2 de dicho Anexo. El concepto de “información”, a diferencia de la Directiva 2001/86, sin embargo no está definido previamente en la lista de conceptos que se contienen en el art. 2 de la propia Directiva C.E.U.

¹⁵⁰ Precítese que aunque las Directivas sobre “despidos colectivos” y “traspasos de empresas” no contenían una definición de lo que debía entenderse por “información”, en ambos casos el contenido de la información que se debía facilitar a los representantes de los trabajadores se encontraba bien delimitado, al establecerse una lista de datos que, sin ser exhaustiva, sí que clarificaba el alcance material de la obligación de información. Al respecto, vid. artículo 2, apartado 3, de la Directiva sobre “despidos colectivos” y artículo 6, apartado 1, de la Directiva sobre “traspasos de empresas”.

Como señala CASAS BAAMONDE¹⁵¹, la definición del concepto de información contemplado en la Directiva 2001/86 es abierta y evita expresamente pronunciarse sobre el contenido concreto que ha de ser objeto de información a los trabajadores pero, a pesar de dicha amplitud, pueden destacarse dos rasgos esenciales que la misma ha de cumplir:

a) el carácter necesariamente “*transnacional*” de la información, derivado del propio ámbito comunitario de la Sociedad Europea: se trata de informar de “...*asuntos que afectan a la propia S.E. y a cualquier filial o cualquier establecimiento situado en otro Estado miembro que van más allá de los poderes de las instancias de decisión de un Estado miembro...*”. La primera parte de esa referencia es idéntica a la que se encuentra en el Anexo de la Directiva C.E.U.¹⁵². La segunda parte es innovadora y amplía el campo de aplicación de la noción, en la medida en que se consideran así mismo transnacionales las cuestiones que afectan a un único Estado miembro a partir del momento en que la decisión se ha tomado en otra parte.

En cualquier caso, esta definición de transnacionalidad, ampliada respecto a la contenida en la Directiva C.E.U., debería ser objeto de traducción en Derecho nacional, donde se podrán efectuar posibles precisiones sobre la misma, si bien, podemos afirmar ya que la Ley española encargada de efectuar la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva S.E. se ha limitado a reproducir literalmente, como indicaremos en la Parte 3ª de esta Tesis¹⁵³, la definición del concepto de información contenido en dicha Directiva.

b) el necesario “*efecto útil*” que la información ha de tener para los trabajadores, lo que se traduce en concretas obligaciones de resultado sobre el contenido, tiempo y la forma en que se ha de distribuir dicha información, pues la información debe facilitarse “*de un modo y con un contenido que permita a los representantes de los trabajadores evaluar en profundidad las posibles repercusiones*”.

La noción de “efecto útil” se encuentra ampliamente elaborada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas e implica “descartar no sólo aquellas interpretaciones de los textos que hacen perder el efecto útil de una disposición sino también las que sólo tienen como consecuencia debilitar o limitar el efecto útil de una disposición”¹⁵⁴.

En este sentido, la presente Directiva se inspira profundamente para la redacción de las definiciones de los conceptos de información y consulta en el Considerando IV-8 de la resolución del Tribunal de Apelación de Versalles, de 7 de mayo de 1997, “*Société Renault SA versus Comité de Grupo Europeo Renault*”, el cual, como indica VASQUEZ “resume los límites infranqueables de la interpretación de las disposiciones comunitarias en materia de información y consulta y descifra, él solo, todo el alcance de las definiciones de

¹⁵¹ M. E. CASAS BAAMONDE: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea*, p. 380.

¹⁵² Punto 1. a).

¹⁵³ *Vid. supra*.

¹⁵⁴ M. A. MOREAU: “A propos de l’affaire Renault”, *Droit Social*, núm. 5, mayo de 1997, p. 493.

información y consulta que figuran en la presente directiva”¹⁵⁵. Por su innegable importancia reproducimos su contenido a continuación:

<<IV-8. (...) será manifiestamente ilícito respecto a los principios que se acaban de exponer un comportamiento de decisión que no conceda manifiestamente a la información y a la consulta un lugar susceptible de garantizarles un efecto útil; que esa utilidad se apreciará respecto a criterios razonables, entre los que figuran como mínimo el lugar dejado a las observaciones, respuestas o críticas, la importancia y el carácter irremediable o no de los perjuicios a ser causados o también el respeto de una cronología propicia a las medidas o reacciones útiles incluso a una modificación de las resoluciones iniciales, todo ello para que la decisión adoptada o por tomar tenga un grado mínimo de flexibilidad o goce del mínimo de aceptación o de comprensión necesario para la regulación, aparentemente buscada, de las relaciones sociales transnacionales>>.

2. **Consulta** (“consultation”, “consultazione”, “anhörung”): la consulta es definida en la Directiva como “la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre el órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores y el órgano competente de la S.E., en un momento, de un modo y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores, a partir de la información facilitada, expresar una opinión sobre las medidas previstas por el órgano competente que pueda ser tenida en cuenta en el marco del proceso de toma de decisiones en la S.E.”¹⁵⁶.

La Directiva 2001/86 define la consulta de manera más amplia que la breve y tímida definición contenida en la Directiva C.E.U.¹⁵⁷. Como hemos señalado antes, esta Directiva no contiene una definición expresa del término “información”, pero sí que ofrece ya una definición de la noción de “consulta”, definición muy próxima a la que luego se contendría en la Directiva 2002/14¹⁵⁸, mientras que la Directiva 2001/86 aporta una definición de consulta bastante más sustancial, parecida a la que fue eliminada de la Propuesta modificada de Directiva sobre el marco normativo comunitario de información y consulta, circunstancia ésta que pone de relieve el escaso consenso existente en torno a los perfiles delimitadores de las nociones de información y consulta.

Al igual que ocurre en el caso de la información, tampoco en la definición que la Directiva relativa a la implicación ofrece sobre el mecanismo de la consulta se fijan los elementos materiales que deben constituir el objeto de la misma. Asimismo, tampoco se establecen concretos requisitos procedimentales ni temporales al respecto, volviéndose a

¹⁵⁵ F. VASQUEZ: “La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la Directiva”, en AA.VV.: << La Sociedad Anónima Europea. Régimen Jurídico Societario, Laboral y Fiscal >>. Marcial Pons, 2004, op. cit. 980.

¹⁵⁶ Art. 2. j) de la Directiva.

¹⁵⁷ Recuérdese como la Directiva C.E.U. definía la consulta en su artículo 2.f) simplemente como “el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y la dirección central de o cualquier otro nivel de dirección más apropiado”.

¹⁵⁸ La Directiva 2002/14 relativa a la información y consulta de los trabajadores en la C.E. define “consulta” como: “el intercambio de puntos de vista y el establecimiento de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario”. Art. 2.g).

exigir, eso sí, como guía indiscutible en su fijación el respeto al sabido principio de la utilidad de la consulta: “...es preciso que se lleve a cabo en un momento, de una manera y con un contenido que permitan la emisión de un juicio susceptible de ser tenido en cuenta antes de la decisión final”. El momento y la forma en que se lleve a cabo la consulta deben estar al servicio del principio de utilidad, de acuerdo con el cual la consulta debe permitir a los representantes de los trabajadores poder expresar adecuadamente su opinión y que luego ésta pueda ser tomada en consideración por el empresario.

Además, en la medida que la consulta opera sobre la base de la información que previamente ha de ser facilitada por el órgano competente de la SE y ésta ha de versar, como de la propia definición del término información se extrae, sobre cuestiones relativas a la S.E. y a sus filiales o establecimientos situados en otro Estado miembro o que proyecten sus efectos mas allá de un único Estado miembro, es evidente el necesario carácter transnacional que la consulta también ha de adoptar.

En cualquier caso, la operatividad del reconocido derecho de consulta a los representantes de los trabajadores requiere que antes se les haya facilitado, por tanto, información adecuada sobre aquellos asuntos respecto a los cuales van a tener la oportunidad de dar su opinión, habiendo ya destacado cómo la Directiva S.E. subraya en la definición que contiene sobre la noción de información el carácter instrumental que la misma tiene respecto al mecanismo de la consulta.

Pero, como señalan ANSON PEIRONCELY y GUTIERREZ DORONSORO¹⁵⁹, si bien la consulta va siempre unida necesariamente al derecho de información no siempre la información conlleva una posterior consulta, pues puede ocurrir que haya empresas en las que se reconozca de manera efectiva a sus trabajadores un derecho a consultar documentos o a tener acceso a cualquier otro soporte de información relevante, pero luego no se les reconozca a los mismos el derecho de validar esa información y discutirla con la parte empresarial a través de un procedimiento que permita que sus opiniones puedan ser tenidas en cuenta en el proceso de toma de decisiones de la empresa.

Es por ello que, ante la falta de precisión en las definiciones contenidas en la Directiva 2001/86 sobre el concreto contenido material y los modos precisos de llevar a cabo los procedimientos de información y consulta en la SE, puede ser útil referirnos, también en este caso, a la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha efectuado sobre tales términos. En especial, es interesante referirse a la sentencia recaída en el “*asunto Bofrost*”. Como señalaba en sus conclusiones el Abogado General A. SAGGIO, la información a la que ha de tener derecho el órgano de representación o los representantes de los trabajadores ha de ser “la necesaria para disponer de los medios idóneos para garantizarles su participación en la vida de la empresa”. Por tanto, la información transnacional que se ha de facilitar es la necesaria para el cumplimiento del objetivo y efecto útil de la Directiva, lo cual comprendería, en su caso, como expresamente señala la Sentencia del Tribunal de Justicia en dicho asunto, “la entrega de documentos que precisen y aclaren la información imprescindible para el mismo fin, siempre que esta entrega resulta necesaria”¹⁶⁰.

¹⁵⁹ R. ANSÓN PEIRONCELY y C. GUTIERREZ DORONSORO: *La Sociedad Anónima Europea*, Ed. Bosch, 2004, p. 243.

¹⁶⁰ Sentencia del TJCE, de 29 de marzo de 2001, Bofrost, asunto C-62/1999, Rec. 2001, p. I-2579.

En definitiva, siguiendo a CASAS BAAMONDE, se ha de tratar de “una información suficiente o completa y, desde luego, veraz, que permita a sus destinatarios formarse un criterio cierto y opinar, en su caso, en el trámite de **consulta**, expresando los intereses de sus representados y con poder para influir en las decisiones empresariales”¹⁶¹.

Aunque la Directiva S.E. ha establecido un concepto muy amplio del procedimiento de información y consulta, también debe señalarse que ha venido a poner algunos límites a ambos. En concreto, el deber de confidencialidad y la posibilidad de que la Sociedad Europea no revele aquellas informaciones que puedan dañar gravemente el propio funcionamiento de la SE en caso de que se hicieran públicas¹⁶², de acuerdo con la regulación dispuesta en su artículo 8, serán objeto de un análisis posterior.

3. **Participación** (“participation”, “partecipazione”, “mitbestimmung”): la definición contenida en la Directiva sobre el término participación es una definición que, como bien viniera a indicar el Grupo de Expertos S.E., “no tiene nada de conceptual y es eminentemente pragmática”¹⁶³. En la misma, se define expresamente la participación como “*la influencia del órgano de representación o de los representantes de los trabajadores en la sociedad mediante:*

- *el derecho de elegir o designar a determinados miembros del órgano de Administración o control de la sociedad; o,*
- *el derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte o todos los miembros del órgano de administración o control de la sociedad”.*

Como se puede observar, se utiliza la participación en el limitado sentido de “participación orgánica”, lo cual ha llevado a algún autor a afirmar que la Directiva utiliza una “noción débil y ambigua que ha sido acantonada en el dominio de la participación orgánica”¹⁶⁴. Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre con los procedimientos de información y consulta que, de acuerdo con la propia Directiva, deben estar asegurados en todos los casos de SE y tienen la consideración de “fundamentales”, no ocurre lo mismo con el mecanismo de la participación, que carece de dicho carácter¹⁶⁵, siendo precisamente esta circunstancia la que hará que, en muchos supuestos, la Sociedad Europea se constituya sin participación de los trabajadores en los órganos societarios, consiguiéndose así la

¹⁶¹ M. E. CASAS BAAMONDE: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad...* op. cit. p. 380.

¹⁶² Considerando 13º de la Directiva.

¹⁶³ Document de Travail nº 15-Rev. 1, de 2 de octubre de 2002, p.2.

¹⁶⁴ Cfr. F. DOSSERMOT, J. P. STORCK, F. MEYER y E. PICHOT : “La société européenne”, *Les Petites affiches: La Loi*, 2002 V. 391 nº 76, 16 de abril, p. 38.

¹⁶⁵ El Considerando 8º de la Directiva se hace ya eco de esa diferenciación al señalar expresamente que “Los procedimientos concretos de información y consulta transnacional y *así como en su caso*, de participación...”.

flexibilidad necesaria para que la constitución de la SE se pueda hacer “ a medida”, conforme a las diferentes concepciones nacionales¹⁶⁶.

Y es que, al descansar la Directiva sobre el principio de respeto de los derechos adquiridos, en el caso de que los trabajadores de las sociedades fundadoras no tuvieran establecido un régimen de participación en los órganos de su propia sociedad, la SE sí que podría ser registrada sin la adopción de unas normas de participación, al contrario de lo que ocurre con la información y la consulta, que siempre deberán quedar garantizadas.

4. **Cualquier otro mecanismo:** La Directiva S.E. establece, como modalidad residual de la implicación, cualquier otro mecanismo que permita a los trabajadores influir en las decisiones que se adopten en la empresa, pero, a diferencia de las anteriores modalidades, no precisa en que consiste ese cualquier otro mecanismo aunque, de acuerdo con la *vis expansiva* que la Directiva otorga a los métodos de implicación, podemos entender incluidos también los sistemas de negociación de convenios colectivos (“collective bargaining”), de solución de conflictos, o de fiscalización o vigilancia¹⁶⁷. Por el contrario, si bien el texto comunitario no lo dice expresamente, parecen quedar excluidas para tal fin la adopción de medidas de conflicto colectivo¹⁶⁸.

En cualquier caso, podrán ser los agentes sociales los que puedan buscar otras formas distintas de implicación de los trabajadores en la SE, que estarán cubiertas por la Directiva en la medida en que permitan ejercer una influencia de éstos sobre las decisiones que deberá tomar la empresa. Esta última posibilidad residual es un ejemplo más de la amplitud del concepto de “implicación” manejado por la Directiva.

En conclusión, como podemos observar a tenor de lo expuesto, el eje de la Directiva radica en la amplitud con que se identifica y reconoce el denominado “*derecho de implicación de los trabajadores*” en la Sociedad Europea, concepto nuevo introducido por primera vez en el Derecho Social Comunitario y que es concebido de una manera muy laxa con el fin de sortear los obstáculos que, derivados de la diversidad de normas, prácticas y tradiciones jurídicas nacionales, había hecho fracasar anteriores proyectos, lo que induce a la Directiva 2001/86 a no imponer un modelo único de intervención de los trabajadores en la SE, aunque en todo caso deben asegurarse los procedimientos de información y consulta a escala transnacional.

Tampoco el concreto contenido material de estos derechos está delimitado previamente en la Directiva pero, siguiendo una interpretación amplia¹⁶⁹, acorde con la filosofía que inspira la misma, podemos entender que incluye no sólo materias de índole

¹⁶⁶ M. MENJUCQ: “La société européenne: enfin l’aboutissement”, *Dalloz*, 2001, nº 13, op. cit. 1087.

¹⁶⁷ R. ANSÓN PEIRONCELY y C. GUTIERREZ DORRONSORO: *La Sociedad Anónima Europea*, p. 244.

¹⁶⁸ R. GÓMEZ GORDILLO: *El Comité de Empresa Europeo*, cit. p. 81.

¹⁶⁹ M. E. CASAS BAAMONDE: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea*, p. 381.

económica y social sino también cuestiones referentes a la seguridad y salud de los trabajadores o sobre actividades culturales y sociales¹⁷⁰.

En cuanto a los sistemas de participación, coincidimos con ANSÓN PEIRONCELY y GUTIÉRREZ DORRONSORO en que se puede entender incluida la participación política de los trabajadores, a través de la posibilidad de nombrar determinados miembros del Consejo de Vigilancia (en el sistema dual) o del Consejo de Administración (en el sistema monista)¹⁷¹, pero a diferencia de lo que señalan dichos autores, consideramos que difícilmente la participación económica pueda ser considerada como un sistema de participación en el sentido que se le da a ésta expresamente en el artículo 2 de la Directiva S.E., aunque sí que puede, seguramente, suponer otro mecanismo que conlleve una implicación de los trabajadores en la sociedad¹⁷².

En cualquier caso, dicha implicación de los trabajadores luego deberá hacerse efectiva bien a través de un proceso de negociación que, en su caso, conduce a un acuerdo sobre constitución de un órgano de representación o bien, como alternativa al mismo, mediante la aplicación de una serie de disposiciones de referencia, contempladas en sus rasgos fundamentales en el Anexo de la Directiva para que posteriormente sean concretadas por cada Estado miembro. La Directiva da prioridad, por tanto, a la negociación entre las partes a la hora de determinar los procedimientos de información y consulta, así como en su caso la participación de los trabajadores, siendo en el caso de falta de acuerdo cuando se prevén unas normas subsidiarias¹⁷³.

Por otro lado, al situar la Directiva S.E. a la autonomía negocial en el centro del sistema, da a las definiciones analizadas un carácter abierto, por lo que no pretende agotar su contenido. Partiendo de este planteamiento, los problemas que puedan surgir de la delimitación concreta de las facultades de información, consulta y participación, así como de cualesquiera otras por las que los representantes de los trabajadores puedan ejercer su influencia en las decisiones de la empresa es asunto que compete, en primer lugar, a las partes implicadas en el correspondiente “acuerdo de implicación”, siendo éstas las que determinen el contenido concreto de los términos estudiados y, en defecto de tal acuerdo, a las disposiciones de transposición de las normas subsidiarias o de referencia contenidas en el Anexo de la Directiva.

A este respecto, podemos ya indicar que en el caso español, la norma estatal que ha procedido a efectuar la labor de transposición correspondiente, la **Ley 31/2006, de 18 de octubre**, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas

¹⁷⁰ Cuestiones que sí se encontraban excluidas en el Informe Davignon. Anexo II. Definiciones.

¹⁷¹ R. ANSÓN PEIRONCELY y C. GUTIERREZ DORRONSORO: *La Sociedad Anónima Europea*, p. 244.

¹⁷² Participación económica que, según la OCDE, incluye no sólo la “participación en la propiedad de la empresa” (*equity sharing*), a través de sistemas tales como el *Employee Share Ownership Plan* (ESOP), remuneración por *Stock bonus* o *Stock options*, venta de participaciones empresariales a los trabajadores o incluso el establecimiento de cooperativas de trabajadores, sino también la “participación en los beneficios empresariales” (*profit sharing*). Al respecto, vid. *The Role of Employees as Stakeholders in Corporate Governance*, ROUMSTEM DAVLETGUILDEEV, Trade Unions Advisory Committee to the OECD, Third Eurasian Roundtable on Corporate Governance, 29-30 October 2003.

¹⁷³ Considerando 8º de la Directiva.

europas¹⁷⁴, ha dedicado su artículo 2 a establecer una serie de definiciones, entre las que se encuentran los conceptos, a efectos de esta ley, de “implicación”, “información”, “consulta”, y “participación”. Pues bien, las definiciones dadas por la norma española de transposición reproducen de manera exacta y prácticamente literal las contenidas en el artículo 2 de la Directiva Comunitaria, no habiendo introducido ningún cambio o modificación significativa al respecto.

No debe olvidarse, por último, que en la transposición que los Estados hagan de la **Directiva 2002/14/CE** sobre información y consulta, éstos pueden aprovechar la ocasión para realizar una labor de armonización de lo que se entienda incluido en estos procedimientos, de manera que se unifiquen en una mayor medida los conceptos de información, consulta y participación en el plano tanto interno como transnacional¹⁷⁵.

De hecho, así al menos lo ha realizado en el plano interno la **Ley 38/2007, de 16 de noviembre**¹⁷⁶, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores (TRET) y se procede a la transposición al derecho español de la señalada Directiva 2002/14, y que viene a ofrecer, dentro de la modificación que opera en el artículo 64 del TRET, relativo a los “*derechos de información y consulta y competencias*” del Comité de Empresa, una definición de lo que debe entenderse tanto por información¹⁷⁷, como por consulta¹⁷⁸.

¹⁷⁴ B.O.E. núm. 250, de 19 de octubre de 2006, pp. 36302 y ss.

¹⁷⁵ Recuérdese que la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo de 2002, tiene como objetivo establecer un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Unión Europea, siendo de aplicación, a elección de cada Estado, o bien a las empresas que ocupen al menos a 50 trabajadores, o bien a los centros de trabajo que empleen al menos a 20 trabajadores (aunque se pueden establecer disposiciones específicas para las llamadas “empresas de tendencia” o para los buques que naveguen en alta mar). Cada Estado, en la transposición de esta norma comunitaria, ha de establecer unas normas mínimas sobre los derechos de información y consulta de los trabajadores, pero la Directiva permite atribuir un papel primordial a la negociación colectiva. De esta manera, los Estados pueden confiar a la misma la definición de las modalidades de información y consulta, negociación que puede darse a cualquier nivel, incluso a nivel sectorial, de empresa o de centro. En este caso, las disposiciones normativas estatales serán meramente supletorias a lo acordado mediante negociación colectiva.

¹⁷⁶ B.O.E. núm 276, de 17 de noviembre de 2007, pp. 47165 y ss.

¹⁷⁷ Se entiende por información “*la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen*”.

¹⁷⁸ Se entiende por consulta “*el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de un informe previo por parte del mismo*”.

2.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2001/86. COORDINACIÓN DEL REGIMEN DE IMPLICACIÓN DE LA SE CON OTRAS NORMAS.

2.2.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2001/86.

Desde un punto de vista material, la Directiva 2001/86 establece un régimen propio sobre implicación de los trabajadores que es de aplicación a toda Sociedad Europea, no existiendo condicionamientos derivados del número de trabajadores, ni de la forma de constitución, ni del lugar o domicilio social de la misma, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones de referencia¹⁷⁹. Las exigencias de implicación se vinculan, por tanto, sólo a la forma jurídica de SE, independientemente de que ésta sea una pequeña, mediana o gran empresa, separándose en este punto de lo dispuesto en la Directiva C.E.U. que, como sabemos, exige más de 1000 trabajadores. Esto permite que la Sociedad Europea pueda tener al principio pocos o incluso no tener ningún trabajador, lo que favorece la versatilidad de esta nueva forma jurídica.

Por otro lado, la Directiva extiende su **ámbito de aplicación** a los trabajadores de la SE, y de sus posibles filiales y establecimientos que radiquen en el territorio de la Comunidad, pero no extiende sus efectos a trabajadores de filiales o establecimientos situados en terceros países, salvo la precisión que, referida a los países del Espacio Económico Europeo, a continuación haremos; tampoco regula “*otras cuestiones objeto de legislación social o laboral*”¹⁸⁰, es más, ni siquiera “*lo dispuesto en la directiva debe afectar a otros derechos de implicación de los trabajadores existentes ni afecta necesariamente a otras estructuras de representación existentes establecidas por legislaciones y prácticas comunitarias y nacionales*”¹⁸¹.

¹⁷⁹ Como señala Valdés Dal-ré al respecto, “en concreto y en defecto de acuerdo, la aplicación de las normas de referencia, respecto a la modalidad de participación en los órganos societarios, está sujeta a la situación anterior existente en las sociedades participantes en la fundación de la SE. En este caso concreto, la directiva reenvía a las legislaciones nacionales, las cuales, de su lado, pueden haber previsto -y de hecho, prevén- la aplicación de umbrales en la delimitación de la disciplina de la cogestión”. F. VALDÉS DAL-RÉ: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea...*, op. cit. p. 39.

¹⁸⁰ Considerando 21 del Reglamento.

¹⁸¹ Considerando 15 de la Directiva S.E.

Desde un punto de vista geográfico, al final de su articulado el Reglamento S.E. establece que el mismo será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. Por su parte, la Directiva 2001/86 establece expresamente en su artículo 17 lo siguiente: “*Los destinatarios de la presente Directiva serán los Estados miembros*”.

Pero, como hemos antes anunciado, hay que precisar que las disposiciones del Reglamento y de la Directiva no sólo se aplican en todo territorio de la UE, sino que son también relevantes a los efectos del Espacio Económico Europeo (EEE)¹⁸². Así, la Decisión del Comité Mixto del EEE n.º. 93/2002, de 25 de junio de 2002, incorpora el Reglamento S.E. al Acuerdo EEE, modificando su Anexo XXII (sobre el Derecho de Sociedades). Por su parte, la Directiva sobre implicación de los trabajadores es incorporada como norma obligatoria al EEE por medio de la Decisión del Comité Mixto del EEE n.º. 89/2002, de 25 de junio de 2002, por la que se modifica el Anexo XVIII del Acuerdo EEE (sobre salud y seguridad en el trabajo, derecho laboral e igualdad de trato para hombres y mujeres)¹⁸³.

Este es, en definitiva, el ámbito geográfico cubierto por la Directiva que, como hemos señalado, no experimenta ampliación alguna por el hecho de que las SE cuenten con filiales o establecimientos extracomunitarios o, fenómeno contrario, sean controladas por empresas o grupos de dimensión mundial.

¹⁸² El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo entró en vigor el 1 de enero de 1994 y se dirige a la consecución de un mercado común entre los países miembros, con libre movimiento de bienes, personas, servicios y capitales. Los Estados firmantes del mismo son todos los Estados miembros de la Unión Europea y los países integrantes de la EFTA salvo Suiza (o sea, Islandia, Liechtenstein y Noruega).

¹⁸³ Como consecuencia de estos instrumentos legislativos complementarios al Reglamento y la Directiva que nos ocupan, se modifica el significado de algunas expresiones de los mismos, tales como las de Comunidad o Estados Miembros, pues con ellas habrá que entender, en virtud de las Decisiones mencionadas, que se hace también referencia, respectivamente, al EEE y a los Estados parte del Acuerdo EEE.

2.2.2. COORDINACIÓN DEL REGIMEN DE IMPLICACIÓN DE LA SE CON OTRAS NORMAS.

La Directiva 2001/86 regula en su artículo 13 la relación entre la normativa sobre implicación de los trabajadores en la SE y otras disposiciones, debiendo diferenciarse en su **relación con otras normas** entre las disposiciones sobre el Comité de Empresa Europeo (la Directiva C.E.U. 94/45/CE y, en el caso español, nuestra norma nacional de desarrollo, la Ley 10/1997) y las disposiciones nacionales sobre participación de los trabajadores en los órganos societarios.

Respecto a las primeras, como sabemos, la ya analizada Directiva 94/45/CE sobre el Comité de Empresa Europeo es de aplicación a “*las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria*”, considerándose como tales a las empresas o grupos que empleen, en el conjunto de dos o más Estados miembros, a un mínimo de 1000 trabajadores, siempre que cumplan además con el requisito de emplear, en dos o más Estados, a un mínimo de 150 trabajadores en cada uno de ellos¹⁸⁴.

La Directiva C.E.U. y su correspondiente norma de transposición al ordenamiento jurídico español, la Ley 10/1997, obligan en este caso a la dirección central de la empresa o del grupo a iniciar un proceso de negociación con una Comisión Negociadora de representantes de los trabajadores, proceso que tendrá por objeto la constitución de un Comité de Empresa Europeo o bien un procedimiento alternativo de información y consulta.

Ahora bien, también hemos visto como la propia Comisión Negociadora puede, por mayoría cualificada de dos tercios, decidir no iniciar o poner término a la negociación ya iniciada, no constituyéndose el Comité de Empresa Europeo. Tales decisiones de no iniciar negociaciones o de anular las negociaciones en curso pondrán fin al procedimiento para la celebración del acuerdo y conllevarán la no aplicación de las “disposiciones subsidiarias” contempladas en el Anexo de la Directiva, que deben contener las respectivas normas nacionales de transposición¹⁸⁵. Por el contrario, tales disposiciones subsidiarias serán de aplicación cuando la dirección central no abra negociaciones en el plazo de seis meses, o cuando no se alcance un acuerdo (en un plazo de tres años), o cuando la dirección central y la Comisión Negociadora así lo acuerden antes de finalizar ese plazo. Estas disposiciones subsidiarias contemplan, en concreto, la constitución de un órgano ad hoc, el C.E.U., que contaría con derechos de información y consulta sobre diversas materias.

Pero, la existencia de la Directiva C.E.U. nos plantea, sólo en principio, una cierta problemática, pues es posible que se produzca una concurrencia entre el ámbito de aplicación

¹⁸⁴ Vid. *infra*.

¹⁸⁵ Art. 5.5 Directiva C.E.U.

de la normativa relativa al Comité de Empresa Europeo y la regulación sobre implicación de los trabajadores en la SE, ya que podría darse el caso que una Sociedad Europea sea al mismo tiempo una “*empresa de dimensión comunitaria*” o una “*empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria*” (circunstancia que normalmente ocurrirá en la SE holding) en los términos planteados en la Directiva 94/45.

Las consecuencias de esta posible concurrencia vienen resueltas en el artículo 13.1 de la Directiva 2001/86: en este caso, no se aplicará a la SE ni a sus filiales las disposiciones de la Directiva C.E.U., que ve desplazada así su aplicación, ni las disposiciones que incorporen la misma a los Derechos nacionales de los Estados miembros, ya que estarán sujetas al procedimiento de información y consulta a nivel comunitario establecido en la Directiva sobre implicación de los trabajadores en la SE.

Con esta previsión contenida en el artículo 13, que consagra la primacía de esta norma frente a la Directiva 94/45, se pretende garantizar la igualdad de los trabajadores, puesto que pretende que ningún grupo de trabajadores de la SE se vea privado del procedimiento de información o consulta a nivel comunitario establecido en la Directiva 2001/86 y, al mismo tiempo, trata de evitar la dualidad o superposición de instancias de representación transnacionales en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Pero la figura del C.E.U. no estará del todo ausente en la SE; por el contrario, cuando la Comisión Negociadora de la SE, al amparo de las previsiones establecidas en el artículo 3.6 de la Directiva, decida no iniciar negociaciones o poner fin a las negociaciones ya iniciadas si que entrarán en juego, siempre que la organización de la empresa de la SE se encuentre incluida en el ámbito aplicativo de la Directiva 94/45, las disposiciones de la citada Directiva del Comité de Empresa Europeo y las correspondientes normas nacionales de transposición¹⁸⁶. De esta manera, se ofrece a los trabajadores la posibilidad de que, si creen que les resulta más favorable, rijan sus relaciones colectivas a escala europea según las disposiciones de incorporación de la Directiva C.E.U.¹⁸⁷.

En definitiva, podemos afirmar que respecto a las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria que adopten la forma jurídica de SE, la Directiva C.E.U. desempeña, desde luego, un papel subsidiario, pero que también puede ser temporal:

1. *Subsidiario*: pues únicamente es de aplicación en los casos en que los miembros de la Comisión Negociadora renuncien formalmente a poner en marcha o continuar el procedimiento negociador previsto en la S.E.

2. *Temporal*: pues, como en aplicación del artículo 3.6, párrafo 4º, el acuerdo que bloquea la negociación tendrá efectos suspensivos durante al menos dos años, transcurridos los mismos un nuevo proceso de negociación podría ser iniciado, en cuyo caso la conclusión con acuerdo del mismo permitiría dejar sin efectos las previsiones contenidas en la Directiva C.E.U.

¹⁸⁶ Art. 13.1, párrf. 2º.

¹⁸⁷ Recuérdese que en la regulación sobre el Comité de Empresa Europeo la iniciativa respecto a las negociaciones corresponde a los representantes de los trabajadores.

Por último, en desarrollo de la Directiva S.E., la Disposición Adicional primera, párrafo 1º, de la reciente Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas, por la que se produce la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2001/86, confirma la solución anteriormente señalada en la misma respecto a la figura del C.E.U., manifestando la inaplicación de las disposiciones por las que se da aplicación a la Directiva 94/45/CE, sobre Comités de Empresa Europeos (en España, la Ley 10/1997, de 24 de abril) en los casos en los que la SE fuese una empresa de dimensión comunitaria o una empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, salvo en el caso en que la Comisión Negociadora hubiese adoptado el acuerdo de no iniciar negociaciones o poner fin a las negociaciones ya iniciadas¹⁸⁸.

Respecto a las disposiciones nacionales en materia de participación de los trabajadores en los órganos sociales, previstas por la legislación o la práctica de cada país, éstas tampoco serán de aplicación a las Sociedades Europeas constituidas de acuerdo con el Reglamento S.E., por lo que vuelve de nuevo a primar para la SE la aplicación de su normativa específica¹⁸⁹. Como bien señala VALDÉS DAL-RÉ, en este caso, el objetivo perseguido y la consecuencia resultante de la primacía aplicativa de la Directiva es “la neutralización de los conflictos de colisión o superposición entre los dos sistemas de cogestión eventualmente aplicables: los nacionales y los que se hubieren previsto con la cobertura de la normativa comunitaria que estamos analizando”¹⁹⁰.

Por el contrario, y de acuerdo con el principio de respeto a los derechos adquiridos, la normativa sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea, contenida tanto en la Directiva 2001/86/CE como en la Ley española de transposición, Ley 31/2006, no afectará a¹⁹¹:

a) a los actuales *derechos de implicación de los trabajadores distintos de los de participación* en los órganos de la SE, de que gocen los trabajadores de la SE o de sus centros o empresas filiales, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales;

b) a los *derechos en materia de participación* en los órganos de que disfruten los trabajadores de las *filiales de la SE*, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales.

Como vemos con estas reglas contenidas en los artículos 13.2 y 13.3 (Directiva S.E.), si en el primero de ellos, como hemos dicho, la Directiva trata de evitar la doble representación que se produciría de aplicarse a la SE la legislación sobre participación en el Estado miembro en que se registre, con el segundo, se trataría de respetar los derechos de información y consulta de los trabajadores de la SE y de sus filiales y establecimientos, previstos por las legislaciones y prácticas nacionales (así como los derechos de participación previstos también por las mismas para las filiales de la SE), con una finalidad

¹⁸⁸ De conformidad con lo dispuesto en el art. 8.2 de la Ley 31/2006.

¹⁸⁹ Art. 13.2 de la Directiva 2001/86. Idéntica solución recoge la Ley española 31/2006 en la Disp. Adicional Primera, párrf. 2º.

¹⁹⁰ F. VALDÉS DAL-RÉ: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea...*, op. cit. p. 16.

¹⁹¹ Art. 13.3 de la Directiva 2001/86 y Disp. Adicional Primera, párrf. 3º, de la Ley española 31/2006.

clara: neutralizar el posible “*efecto huida*” que podría producirse y la consiguiente deslocalización, pues aunque se cayese en la tentación de instalar el domicilio social de la SE en un Estado distinto del de los Estados de las sociedades participantes, precisamente por tener reconocidos este Estado en su legislación subsidiaria menos derechos de implicación para los trabajadores, a pesar de que dicha circunstancia ocurriese, los trabajadores no se verían sustraídos de los mencionados derechos reconocidos en sus legislaciones y prácticas nacionales.

Finalmente, y precisamente con el mismo propósito de salvaguarda de los derechos anteriormente citados, el artículo 13.4 establece la posibilidad que tienen los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para garantizar que, una vez se haya inscrito la Sociedad Europea, se mantengan las estructuras de representación de los trabajadores en las sociedades participantes que dejen de existir como entidades jurídicas diferenciadas al constituirse la SE.

Recogiendo dicha remisión contenida en el artículo 13.4 de la Directiva, el Estado español ha previsto expresamente en la Ley 31/2006 que el registro de la SE no suponga por sí mismo la extinción del mandato de los representantes legales de los trabajadores de las sociedades participantes que dejen de existir como entidades jurídicas diferenciadas, ya que éstos seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad¹⁹².

¹⁹² Disposición Adicional Primera, párrf. 4º. Esto conlleva, en el concreto caso español, que los miembros de Comités de Empresa o Delegados de Personal de los centros de trabajo de una sociedad española que se fusione para constituir una SE continuarían ejerciendo su mandato y sus competencias de acuerdo con lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores (Título II) y en los Convenios Colectivos aplicables.

2.3. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA DIRECTIVA SOBRE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA S.E.: LOS PRINCIPIOS DE “SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD” Y EL PRINCIPIO DE “ANTES-DESPUÉS”.

2.3.1. LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD.

2.3.1.1. Configuración general de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

La Directiva 2001/86 constituye un claro ejemplo de la recepción expresa de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, principios que deben respetarse cuando se trata del ejercicio de competencias concurrentes o compartidas con los Estados miembros, como es el caso que nos ocupa, y que por tanto no son de carácter exclusivo. Y es que, tanto la “representación y defensa colectiva de los trabajadores, incluida la codeterminación”, como “la información y consulta de los mismos en el marco de la empresa”, son materias contenidas en el artículo 137 del Tratado de la Unión Europea, por lo que las instituciones comunitarias, fundamentalmente el Consejo, tienen competencia para legislar de forma concurrente con los Estados sobre las mismas.

El primero de los principios citados, el principio de subsidiariedad, tras su consagración en el Tratado de Maastricht, ha pasado a desempeñar una doble función pues, por un lado, opera como regla de reparto de competencias concurrentes y, por otro lado, actúa como criterio de regulación del ejercicio de los poderes comunitarios¹⁹³.

¹⁹³ COMISION CE: Le principe de subsidiarité, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen, del 27 de octubre de 1992, en *Bulletin Quotidien Europe*, n. 1804/05, Bruxelles, 30 de octubre de 1992. Sobre el principio de subsidiariedad se ha desarrollado una notable bibliografía. Entre otros, vid. G. ARRIGO: “Politica sociale e sussidiarietà: <<Una sola moltitudine>> di diritti?”, *Riv.Giur.Lav.Prev. Soc.*, 1992, I, pp. 629 y ss.; G. STROZZI: “Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell’Unione Europea”, *R.I.D.P.C.*, 1993, pp. 59; Ph. LANGLOIS: “Europe sociale et principe de subsidiarité”, *Dr.s.*, 1993, p. 201 y ss.; M. E. CASAS BAAMONDE: “Doble Principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1993, pp. 54-55; R. PERISSICH: “Le principe de subsidiarité, fil conducteur de la politique de la Communauté dans les années à venir”, *R.M.U.E.*, 1992, pp. 5 y ss.; F. A. PERAL: “Le Principe de subsidiarité: progrès ou statut quo après le traité d’Amsterdam?”, *R.M.U.E.*, 1/1998, pp. 95 y ss.

De acuerdo con el principio de subsidiariedad, recogido en el artículo 5.2 del Tratado de la Unión Europea¹⁹⁴, una competencia comunitaria, concurrente con la de los Estados miembros, puede ser ejercitada sólo si los objetivos asignados a la acción prevista no pueden ser alcanzados de manera suficiente por cada Estado miembro y, por consiguiente, pueden lograrse de modo más efectivo por la Comunidad. La subsidiariedad debe de aplicarse, a tenor de los objetivos que persigue el Tratado, permitiendo que la intervención comunitaria, dentro de los límites comunitarios, “*se amplíe cuando las circunstancias así lo exijan e, inversamente, se restrinja o abandone cuando deje de estar justificada*”¹⁹⁵.

El principio de subsidiariedad impone la necesidad de justificar la acción de la Comunidad en el cumplimiento de tres presupuestos:

- 1.- Que el asunto de que se trate presente aspectos transnacionales.
- 2.- Que la falta de actuación comunitaria entre en conflicto con los Tratados Constitutivos.
- 3.- Que los objetivos de la acción se logren mejor a escala comunitaria, debido a su dimensión o efectos.

El Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, incorporado al Tratado de la Comunidad Europea por el Tratado de Maastricht, obliga primero a la Comisión a justificar sus propuestas en relación con dicho principio cuando se trate de materias compartidas, y luego al Consejo y al Parlamento Europeo, a verificar la conformidad de la propuesta con el mismo.

Las exigencias del principio de subsidiariedad se encuentran recogidas en el Reglamento S.E. en el Considerando 29 cuando señala textualmente:

“Habida cuenta de que los objetivos de la acción contemplada no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros en la medida en que se trata de establecer una sociedad anónima de ámbito europeo, y, por consiguiente, pueden lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas de conformidad con el principio de subsidiariedad enunciado en el artículo 5 del Tratado”.

Por su parte, el **principio de proporcionalidad**, inicialmente evocado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y recogido en el artículo 5.3 del Tratado de

¹⁹⁴ Antiguo art. 3B, en la redacción original. El art. 5.2 del Tratado establece expresamente que “en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario”.

¹⁹⁵ Apartado 5º del Protocolo número 30: *Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad*.

la Unión¹⁹⁶, delimita dicha subsidiariedad, determinando la forma, amplitud e intensidad de las acciones comunitarias que se pretenden actuar: de acuerdo con este principio, su forma “deberá ser lo más sencilla posible, coherente con el logro satisfactorio de la medida y con la necesidad de su ejecución eficaz” y, en aplicación de este principio, la Comunidad “deberá legislar únicamente en la medida de lo posible, debiendo preferirse las Directivas a los Reglamentos y las Directivas marco a las medidas detalladas”¹⁹⁷. El Reglamento S.E. lo recoge en el Considerando 29, *in fine*, del siguiente modo:

“De conformidad con el principio de proporcionalidad, tal y como se enuncia en el mismo artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos”

Por tanto, y resumiendo, de acuerdo con el principio de subsidiariedad el legislador comunitario debe intervenir única y exclusivamente en aquellos asuntos en los que sin su actuación no sería posible alcanzar los objetivos propuestos; de acuerdo con el de proporcionalidad, cualquier acción de la Comunidad no debe ir más lejos de lo necesario para lograr las metas fijadas, debe limitarse al mínimo imprescindible para ello.

Ambos principios se ven plenamente acogidos en el Estatuto S.E.: la acción comunitaria regula la materia y la reclama para sí, pero de acuerdo con las tendencias actuales en el seno de la Comunidad Europea, más proclives hoy día a coordinar y proporcionar unos mínimos comunes que a armonizar de forma estricta, estableciendo una ordenación jurídica en la Directiva sobre la implicación de los trabajadores que es eminentemente procedimental y que concederá amplios espacios reguladores primero a la negociación colectiva que, dentro del respeto a los derechos adquiridos, dispondrá de un amplio margen de libertad para elegir el cauce de implicación así como su amplitud e intensidad y, más tarde, y en la hipótesis de defecto de acuerdo, a las legislaciones nacionales con motivo de la transposición de las normas de referencia.

La subsidiariedad se plantea, pues, en un doble plano: la norma comunitaria social no sólo es subsidiaria de las acciones normativas nacionales, sino que se ha de pensar que también lo es respecto de las iniciativas de las partes sociales, que son llamadas, por tanto, a integrar también su contenido y a instrumentalizar su aplicación. De este modo, a una primera y vertical dimensión de la subsidiariedad se viene a añadir una segunda de carácter horizontal que “reordena y subvierte el sistema de fuentes del derecho social comunitario”¹⁹⁸, a la que se otorga carácter prioritario.

Comentemos dicho doble plano sin olvidar un elemento más, un matiz más que ha de tenerse en cuenta: si bien el ejercicio concurrente en materia social está sometida al principio de subsidiariedad, en estos sectores competenciales la susodicha subsidiariedad viene modalizada por otra dimensión a considerar, la relativa a “la diversidad de las

¹⁹⁶ Art. 5.3: “Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.

¹⁹⁷ Apartado 6º del Protocolo número 30.

¹⁹⁸ M. E. CASAS BAAMONDE: “Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos”, *Relaciones Laborales*, 1993, núm. 10, p. 4.

prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía nacional”¹⁹⁹.

El reconocimiento expreso de la diversidad de modelos nacionales existentes en materia de relaciones laborales, así como la consagración del mantenimiento de dicha diversidad, son factores que vienen actualmente a modalizar el juego de la subsidiariedad. Como también señala VALDÉS DAL-RÉ “esta pluralidad ya no puede ser entendida como mero presupuesto, fáctico y jurídico, de la mediación normativa comunitaria y que ésta, precisamente, pretende corregir o atenuar o moderar a través de las iniciativas de homogeneización y, en su caso, de armonización”²⁰⁰; ahora se afirma expresamente que la construcción del ordenamiento social comunitario se asienta y, a su vez, viene delimitada por la salvaguarda y respeto de esa variedad de modelos existentes, que pasa a considerarse como un valor a proteger.

La diversidad de sistemas de participación deja pues de considerarse un obstáculo, como tradicionalmente se había entendido, y adquiere la condición de patrimonio común a valorar positivamente, hasta tal punto que dicho principio de respeto a la diversidad de normas y prácticas de participación de los trabajadores existentes en los Estados miembros servirá de justificación para rechazar de manera expresa, en el Considerando 5º de la Exposición de Motivos de la Directiva 2001/86, la posibilidad de establecer un modelo homogéneo de implicación para todas las Sociedades Europeas.

2.3.1.2. Operatividad del “principio de subsidiariedad” en la Directiva 2001/86: primacía del protagonismo atribuido a las partes sociales (“subsidiariedad horizontal”) respecto al papel del legislador nacional (“subsidiariedad vertical”).

Hablar de subsidiariedad horizontal supone referirnos a toda actuación de los interlocutores sociales europeos en la configuración del Derecho Comunitario, lo que se traduciría en la existencia de unos mecanismos consultivos en el proceso de elaboración de las normas sociales europeas²⁰¹, y también en la posibilidad de trasponer o, al menos, complementar directivas.

A diferencia de la Directiva C.E.U., la Directiva 2001/86 no prevé específicamente su transposición por vía autónoma, esto es, mediante la negociación colectiva; a pesar de ello, un cierto sector de la doctrina sigue reconociendo esta posibilidad a los agentes sociales de los Estados miembros, lo cual, a la luz del artículo 137.3 del Tratado de la Unión Europea pudiera resultar admisible²⁰². No obstante, y a pesar de que pudiera parecer adecuado para esta materia una posible transposición por vía autónoma, la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, únicos responsables de la correcta transposición de

¹⁹⁹ Art. 136.2 Tratado de la Unión Europea (anterior art. 117).

²⁰⁰ F. VALDÉS DAL-RÉ: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *Fundet*, Fundación Educación y Trabajo, Enero 2003, op. cit. p 36.

²⁰¹ Consulta que se articula fundamentalmente a través del Comité Económico y Social Europeo.

²⁰² F. VASQUEZ: *La participación de...*, p. 942.

la norma comunitaria, han preferido la vía heterónoma como medio de implementación de las Directivas comunitarias existentes en este ámbito; incluso si se examinan las transposiciones de la Directiva 94/45 realizadas mediante acuerdo en los pocos países que así se ha realizado, tales como Italia, Noruega y Bélgica²⁰³, se aprecia como en los mismos se necesitó, en mayor o menor medida, una cierta intervención legislativa²⁰⁴. Quizás la dificultad técnica de la materia y la habitual falta de eficacia de las negociaciones en el ámbito interprofesional den la razón a aquellos países que, como el nuestro, han optado por la vía legislativa tradicional para efectuar las correspondientes transposiciones²⁰⁵.

Ahora bien, esta circunstancia no es obstáculo para que, a pesar de ello, podamos afirmar sin lugar a dudas que la Directiva 2001/86 ha sido una de las normas que mayor protagonismo ha concedido a las partes sociales, o sea, en este caso, a las sociedades participes en el proceso de constitución de la SE y a los representantes de los trabajadores, ya que son estos sujetos los que realmente van a ser quienes decidan sobre el régimen de implicación que ha de tener una futura Sociedad Europea. Para ello, tal y como tendremos ocasión de analizar más adelante, en la Directiva 2001/86 se establece un procedimiento de negociación entre lo que se viene a denominar como Comisión Negociadora, compuesta por representantes de los trabajadores, y las sociedades estatales participantes en el proyecto de constitución de la Sociedad Europea²⁰⁶, al que se le concede prioridad a la hora de fijar la implicación de los trabajadores.

Las disposiciones que el legislador comunitario ha denominado de “referencia”, cumplen sólo una *función subsidiaria*: serán aplicables cuando así lo decidan las partes o cuando fracase el proceso negociador, al no haberse alcanzado un acuerdo en el plazo de seis meses (ampliable a un año), pero a pesar de ello se haya decidido seguir adelante con el proceso de constitución de la SE. Al igual que ya sucediera con la Directiva sobre Comités de Empresa Europeos, la propia promoción de la vía convencional ha aconsejado establecer unas normas de referencia, de aplicación subsidiaria en los supuestos de fracaso del proceso de negociación, cuya elaboración corresponde realizar a los Estados miembros en la legislación correspondiente de transposición de la Directiva²⁰⁷.

²⁰³ En Italia, por Acuerdo Interconfederal de 6 de noviembre de 1996, en Noruega, país miembro del Espacio Económico Europeo, por Acuerdo de 30 de noviembre de 1995 y, finalmente, en Bélgica, por el Acuerdo núm. 62 de 6 de noviembre de 1996. Téngase en cuenta además que la transposición de la Directiva 2001/86 se ha producido en Italia por vía legislativa, Decreto Legislativo núm. 188 de 19 de agosto de 2005, circunstancia que en cierto modo viene a poner de manifiesto el relativo éxito del citado Acuerdo Interconfederal de 1996.

²⁰⁴ G. NATULLIO: “I Comitati Aziendali Europei e le procedure di informazione e consultazione nelle imprese europee: La Direttiva 94/45 CE e la sua attuazione in Italia”, en L. ZOPPOLI (Coord.) <<L’attuazione della Direttiva sui Comitati aziendali europei un’analisi comparata>>. Edizione Scientifiche Italiana. Nápoles, 1998, pp. 41 y ss.

²⁰⁵ GÓMEZ GORDILLO: *El Comité de Empresa Europeo...*, cit. pp. 126 y 127.

²⁰⁶ Arts, 3, 4 y 5 de la Directiva 2001/86.

²⁰⁷ Considerando 11 de la Exposición de Motivos de la Directiva.

Esta misma circunstancia es un claro ejemplo de la primacía de la subsidiariedad horizontal en la Directiva que nos ocupa²⁰⁸, y responde acertadamente, en nuestra opinión, a la idea de que cada materia deba ser regulada en la instancia y por los sujetos más idóneos para alcanzar los objetivos propuestos y, si bien puede haber complicado aún más el entramado de fuentes de la SE, por otro lado, es una medida que permite prevenir el que los Estados miembros de la Comunidad Europea, con sistemas de participación tan diferentes, nacionalicen en exceso el sistema, viniendo de este modo a contribuir a una mejor realización de los objetivos marcados.

La Directiva, por tanto, desarrolla su regulación en torno al principio de libertad negocial, que es uno de sus principios fundamentales, hasta el punto de que las restricciones que a esta libertad impongan las disposiciones de transposición de los Estados miembros “*sin cobertura de la Directiva serán inaceptables y contrarias a su ley y a su espíritu*”²⁰⁹. La elección de la negociación colectiva como fuente primaria y prioritaria para el establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores obedece a que ello permitirá a las propias partes elegir el sistema que más les conviene y mejor se corresponde con “la cultura nacional y la empresa afectada”²¹⁰.

La preponderancia que el legislador comunitario atribuye a la autonomía de las partes sociales se pone de manifiesto no sólo en la posibilidad de las mismas de optar por la modalidad de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (los acuerdos pueden optar entre diferentes posibilidades: a) crear un “órgano de representación” de los trabajadores²¹¹; b) alternativamente, establecer “uno o varios procedimientos de información y de consulta”²¹²; c) decantarse, en su caso, por la “participación en los órganos societarios de la SE”²¹³ o, d) incluso decidir la aplicación de las de las disposiciones de referencia del art. 7 y del Anexo de la Directiva ejecutadas o transpuestas por el Estado miembro en que radique el domicilio social de la SE²¹⁴, siendo posible igualmente convenir la combinación de elementos de las diversas opciones señaladas) sino también para determinar el contenido de la misma a partir de unas pautas mínimas dadas.

Ahora bien, tanto la regulación negocial como la regulación contenida en las disposiciones de referencia se enmarcan dentro del respeto al denominado “principio antes-después” que, en pro del respeto y conservación de los derechos adquiridos por los trabajadores de las sociedades participantes en el proceso de constitución de la SE, viene a establecer, como veremos²¹⁵, ciertos límites tanto de la negociación colectiva en la elección

²⁰⁸ Como razona el Preámbulo de la Directiva, apartado 8, los derechos de implicación “*deberán definirse principalmente mediante un acuerdo entre las partes afectadas o, a falta de este, mediante la aplicación de una serie de normas subsidiarias*”.

²⁰⁹ Grupo de Expertos <<SE>>: *Document de Travail n° 17*, de 15 de diciembre de 2002, p.2.

²¹⁰ Informe Davignon, apdo 43.

²¹¹ Art. 4.2. b)-e).

²¹² Art. 4.2. f).

²¹³ Art. 4.2. g).

²¹⁴ Art. 4.3.

²¹⁵ *Vid. supra*.

del modelo de implicación como de los Estados miembros en la aplicación de sus normas de transposición de las disposiciones subsidiarias o de referencia contenidas en el Anexo de la Directiva S.E.

En conclusión, como consecuencia de la aplicación de los mencionados principios de subsidiariedad y proporcionalidad podemos observar como si bien la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea requiere de una indudable intervención del legislador comunitario y así efectivamente se hace, la concesión del aludido margen de actuación a las propias partes implicadas y a los Estados miembros, junto con el desarrollo del denominado principio “antes-después”, que a continuación se analizará, se convierten en las piedras angulares que dan sentido a todo el sistema, siendo el recurso a los mismos lo que permitió que precisamente se hubieran podido desbloquear las largas y difíciles negociaciones que permitirían, finalmente, la aparición de la *Societas Europaea*.

2.3.2. EL PRINCIPIO “ANTES-DESPUÉS” COMO PRINCIPIO VERTEBRADOR DEL SISTEMA DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA S.E.

Una de las claves para sacar adelante la normativa sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea fue, sin lugar a dudas, la introducción en la misma del denominado principio “antes-después”, principio que, podemos decir, no sólo se manifiesta en un artículo o cláusula concreta de la Directiva 2001/86, sino que, aún teniendo en esta norma manifestaciones de carácter más o menos concreto, se constituye en una de las piedras angulares que sostiene todo el edificio de la regulación de la implicación de los trabajadores. El “principio antes-después” condiciona, pues, todo el entramado normativo de la participación de los trabajadores en la SE pudiendo, por tanto, apreciarse realizaciones del mismo en todo el ámbito de dicha implicación.

La declarada voluntad de “promover los objetivos sociales de la Comunidad” ha llevado a la elaboración de este “principio de antes-después”, que es expresamente definido con el carácter de principio “fundamental” en el texto de la propia Directiva sobre implicación de los trabajadores en la SE²¹⁶.

Sin embargo, hay que comenzar señalando que no es en realidad un principio tan novedoso como en principio podría parecer, pues ya a mediados de los años 70 podemos precisar su origen, cuando comienzan a figurar de forma diversa ciertas cláusulas, tanto en las Directivas como en otros documentos comunitarios²¹⁷, en las que en líneas generales se establece que la transposición de la correspondiente Directiva no puede constituir una “justificación”, “motivo”, o “razón” para empeorar el tratamiento ya en vigor en los diversos Estados miembros²¹⁸. Asimismo, merece reseñarse el carácter instrumental del “principio antes-después” en relación con uno de los principios que inspiran la acción comunitaria en materia social, y que consagra el artículo 136 del TCE, como es “la mejora de las condiciones de vida y trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso”, de tal manera que se va configurando como función última del principio en

²¹⁶ Considerando 18.

²¹⁷ La introducción del “principio antes-después” en las Directivas comunitarias se ha hecho de diferentes formas: a) en algunas Directivas (p. ej. Directiva 97/81, Directiva 2000/79 o Directiva 96/34 o incluso Directiva 2001/14) se ha reflejado en alguno de sus Considerandos; b) otras veces se introduce en el propio texto del articulado de la Directiva (p. ej. Directiva 75/34 (art. 8.1.), Directiva 77/187 (art. 7), Directiva 94/33 (art. 16) o la Directiva (art. 3.2.); c) en otros casos, la invocación del mismo se ha producido tanto en el Considerando como en el propio articulado de la Directiva (así ocurre en la Directiva 92/85). En cualquier caso, consideramos que cuando la cláusula no ha sido albergada en el texto articulado de la Directiva sino sólo en alguno de sus Considerandos, la misma deberá tenerse en cuenta sólo como mero criterio interpretativo, pues no parece razonable otorgarle el mismo significado y relevancia a lo contenido en un Considerando que a lo establecido en el articulado.

²¹⁸ U. CARABELLI y V. LECCESE: “L’interpretazione delle clausole di non regrese”, *GDLRI*, núm. 103, 2004, p. 536.

cuestión el impedir que el proceso de armonización del derecho comunitario incida negativamente sobre los niveles ya alcanzados o adquiridos por los trabajadores en un Estado miembro de la Unión Europea. Pero, sin lugar a dudas, sería bajo la presidencia británica del primer semestre de 1998 cuando se da un impulso fundamental a la Directiva 2001/86, al decidirse acudir a esta regla de temporalidad que supone el “principio antes-después”, construida a partir de una relación de correspondencia entre las situaciones anteriores y posteriores a la constitución de la SE, para tratar de solucionar los obstáculos y barreras que, en torno a la implicación de los trabajadores, habían dividido a los Estados miembros, lo cual permitiría alcanzar entre éstos el compromiso político necesario para la adopción final de la citada Directiva.

El denominado “principio *antes-después*” implica la conservación de los derechos adquiridos por los trabajadores de las sociedades nacionales “*con anterioridad*” a la constitución de la Sociedad Europea, pero de forma que ello no obligue a esas sociedades fundadoras a establecer “*después*” sistemas más favorables²¹⁹. Con este equilibrio se pretende conseguir, por un lado, la obligación de proteger los derechos adquiridos por los trabajadores a nivel nacional, y por otra, la conveniencia de no imponer “en exceso” un sistema o modelo de participación más exigente en aquellos Estados en donde no lo había, operando en la práctica como un principio “organizador” de los derechos de implicación de los trabajadores²²⁰.

En definitiva, la Directiva 2001/86 persigue, al acoger el mencionado principio, garantizar que las prácticas de implicación de los trabajadores ya existentes con anterioridad en las empresas participantes en la constitución de una SE no se vean mermadas o eliminadas con ocasión de la creación de esta nueva figura societaria, aunque sin obligar tampoco a los fundadores a adoptar para los trabajadores un sistema que les confiriera una mayor participación en la gestión de la que vinieran disfrutando: de este modo, por un lado, si bien la forma de implicación de los trabajadores se deja en manos del acuerdo entre las sociedades participantes y la Comisión Negociadora, la autonomía colectiva tendrá límites al respecto cuando en las sociedades participantes ya se aplicara alguna forma de participación; y, por otro lado, las normas subsidiarias o de referencia, aplicables en el caso de falta de acuerdo, no pueden imponer un sistema de participación si tal modalidad de implicación no existía ya antes en las sociedades participantes. En el fondo de todo, con el mencionado principio se pretende evitar que la Sociedad Europea se convierta en una vía de huida de aquellos ordenamientos nacionales que impongan un mayor grado de participación en los ordenamientos societarios, para refugiarse en el ordenamiento comunitario que permitiría un menor grado de implicación de los representantes de los trabajadores.

Además, debe indicarse que tales derechos ya adquiridos deben constituir el punto de partida a la hora de determinar la implicación de los trabajadores en la SE, pero también

²¹⁹ M. E. CASAS BAAMONDE: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea” (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)” en AA.VV: <<La Sociedad Anónima Europea: Régimen societario, laboral y fiscal>>. Coord. G. Esteban Velasco y L. Fernández del Pozo). Marcial Pons, 2005, p. 999.

²²⁰ F. VALDÉS DAL-RÉ: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)” en AA.VV: <<La Sociedad Anónima Europea: Régimen societario, laboral y fiscal>>. Coord. G. Esteban Velasco y L. Fernández del Pozo). Marcial Pons, 2005, p. 1098.

deben ser tenidos en cuenta a la hora de establecer posibles modificaciones estructurales, tal y como reza el Considerando número 18 de la Directiva S.E. Por tanto, este planteamiento es válido no sólo para las nuevas constituciones de Sociedades Europeas, sino también para las modificaciones estructurales introducidas en una Sociedad Europea ya constituida y para los procesos estructurales de modificación de las sociedades de que se trate²²¹. Se trata, en definitiva, de una garantía que pretende disuadir de la realización de posibles abusos y que permite que las reglas contenidas en la Directiva S.E. se apliquen de “manera dinámica y no sólo en el momento de constitución de la SE”²²².

De esta manera, el “principio antes-después” se pone de manifiesto en dos momentos diferentes, no sólo en el momento fundacional de la Sociedad Europea, sino también posteriormente durante el funcionamiento de la misma. Sin embargo, hay una sutil diferencia a considerar entre ambos momentos: mientras que son sólo los sistemas de participación existentes en las sociedades directamente participantes en la SE y no en cada una de sus filiales o establecimientos los que han de tomarse en cuenta para aplicar el “principio antes-después” en el momento fundacional²²³, pues sólo las sociedades directamente participantes en la constitución de la SE resultarían afectadas por una posible maniobra que pretendiese menoscabar los derechos de los trabajadores a través de la estrategia de crear una nueva entidad empresarial de ámbito europeo, en los supuestos de posteriores modificaciones estructurales de la SE y de sus filiales y establecimientos, es toda esta realidad empresarial (en este caso se incluyen pues sus filiales y establecimientos) la que debe ser tenida en cuenta para proyectar sobre ella el papel que puede desplegar el “principio antes-después”²²⁴.

Por otro lado, este “principio antes-después” se aplica tanto a la “*vía negociada*” (cuando hay acuerdo de implicación, o se decide no iniciar las negociaciones o terminar las ya iniciadas) como a la “*vía legal*” (cuando entran en funcionamiento las disposiciones de referencia). También es de aplicación a los cuatro modos de constitución de una SE que prevé el Reglamento (fusión, holding, filial, transformación), si bien las garantías son mayores en los casos de fusión y transformación ya que en estos casos las estructuras sociales o bien desaparecen o bien se transforman, por lo que en ellos quizás puede peligrar en mayor medida el respeto de los derechos de implicación ya reconocidos a los

²²¹ Como señala expresamente Monereo Pérez, refiriéndose al comentado “principio antes-después”, la “*non-regression clause*” rige tanto *genéticamente* como *funcionalmente*, esto es, tanto para las SE de nueva constitución como también para las modificaciones estructurales de una SE ya fundada. Cfr. J. L. MONEREO, J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS, M. D. GARCÍA VALVERDE y J. A. MALDONADO MOLINA: *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas*, Thomson-Aranzadi, 2007, op. p. 160.

²²² Grupo de Expertos <<SE>>: *Document de Travail n° 19*, de 6 de enero de 2003, pp. 2-3.

²²³ Arts. 3.4. y 7.2. Anexo, Parte 3. b).

²²⁴ Sin embargo, como señala CASAS BAAMONDE, no resuelve la Directiva, en el caso de que las sociedades participantes sean grupos de empresas, si es la sociedad dominante del grupo la que se identifica con el concepto de sociedad participante o, por el contrario, quedan comprendidas también sus filiales para verificar los derechos de participación existentes. Las respuestas de las legislaciones nacionales son diversas al respecto, si bien, en lo que se refiere a los derechos de participación tienden a residenciarlos únicamente en la sociedad dominante del grupo y no en sus filiales. En todo caso, puede corresponder a la normas de transposición de la Directiva SE precisar el concepto. Al respecto, vid. M. E. CASAS BAAMONDE: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea*, op. cit. p. 385. Aunque podía haberlo hecho, la Ley 31/2006 tampoco resuelve el problema, al guardar silencio sobre dicha cuestión.

trabajadores de las sociedades participantes en el proceso de constitución de una SE²²⁵. Para evitar dicha tentación reductora, el “principio antes-después” ha introducido un significativo grado de sofisticación en los textos que regulan la Sociedad Europea, con la finalidad de tomar en consideración las diferentes formas de constitución de las sociedades europeas, en función de los riesgos creados por cada tipo de operación en los derechos adquiridos por los trabajadores.

Comentemos las diversas apariciones que el “principio antes-después” tiene en el articulado de la Directiva S.E. y que, como podremos comprobar, tendrá también su reflejo en la regulación contenida en la propia Ley española de implicación:

a) En relación a la “vía negociada”: el “principio antes-después” tiene en esta vía un menor juego aplicativo, como consecuencia de la gran amplitud que la Directiva concede a la libertad contractual. No obstante, el mencionado principio entra en juego en este ámbito en tres ocasiones, una, con carácter general, en dónde el principio adopta un carácter disponible y, por tanto, no absoluto, y, las otras dos, aplicables sólo al supuesto de constitución por transformación de una sociedad anónima en SE, teniendo ámbitos materiales diferentes:

1. *Limitación general*: se encuentra contenida en el artículo 3.4 de la Directiva (posteriormente acogida en el artículo 9.2 de la Ley española). Su finalidad no es otra que establecer una garantía suplementaria en el caso de que la Comisión Negociadora pretenda acordar una reducción de los derechos de participación. Dicha garantía consiste en exigir, para que el acuerdo de reducción sea adoptado, una mayoría reforzada en lugar de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión. Esta mayoría reforzada exige la aquiescencia de los dos tercios de los miembros de la Comisión Negociadora, siempre que éstos representen al menos a dos tercios de los trabajadores de, al menos, dos Estados miembros, cuando el acuerdo de implicación que pretenda rebajar los derechos de implicación de los trabajadores de las sociedades participantes afecte:

- al menos al 25% del número total de trabajadores de las sociedades participantes, cuando la constitución sea por fusión;
- al menos al 50% del número total de trabajadores de las sociedades participantes, cuando la constitución se realice por creación de una SE holding o de una filial.

2. *Limitaciones aplicables al supuesto de constitución por transformación de una sociedad anónima en SE*: estas limitaciones tienen en dicho supuesto ámbitos materiales diferentes, pues en un caso la protección de los derechos adquiridos afecta a la participación exclusivamente, y en el otro caso, a la implicación en general:

- El primero de dichos casos lo encontramos en el artículo 3.6, en su párrafo tercero, que impide a la Comisión Negociadora la posibilidad de decidir no iniciar las

²²⁵ Téngase en cuenta, en relación al supuesto de SE por transformación, quizás el más problemático de todos, que el Informe Davignon pretendía excluirlo como modo de constitución de una SE por el potencial peligro para los derechos de los trabajadores, al poder ser utilizado por una sociedad no tanto para adaptar sus estructuras al ámbito europeo, sino simplemente para obviar normas nacionales más restrictivas.

negociaciones o terminar las negociaciones ya iniciadas y basarse entonces en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en los que la SE tenga trabajadores cuando la sociedad anónima llamada a transformarse en SE cuente con un sistema de participación de los trabajadores (prohibición también establecida, como se verá posteriormente, en el art. 8.2, *in fine*, de la Ley española de implicación).

- El segundo viene establecido en el artículo 4.4 de la Directiva (también recogido en la Ley 31/2006, en su artículo 11.2) que establece que “el acuerdo de implicación deberá estipular un nivel de implicación de los trabajadores que sea al menos equivalente al de todos los elementos de implicación en la sociedad que vaya a transformarse”, lo que debe interpretarse en el sentido de que el acuerdo debe recoger una implicación tal que sea la suma de los derechos preexistentes en la sociedad que se transforma y no una media de los mismos, como señala VALDÉS DAL-RÉ, de manera que el acuerdo no se limite al “intercambio cualitativo de derechos, obligándole a la agregación cuantitativa de todos ellos”²²⁶.

b) En relación a la “vía legal”: es en el ámbito de las disposiciones de referencia en el que el “principio antes-después” desarrolla todo su vigor aplicativo, si bien ese vigor sólo se concentra en la defensa de los derechos adquiridos en materia de participación y, además, dentro de esta materia los protege con distinta intensidad en función tanto del distinto modo de constitución de la SE, como del censo o número de trabajadores afectados por la participación en las sociedades participantes²²⁷.

De este modo, la Directiva establece en su artículo 7.2 que, con el fin de respetar los derechos de participación de los trabajadores, las disposiciones de referencia (“*disposiciones subsidiarias*”, en terminología del artículo 14 de la Ley española de implicación, que recoge igualmente los supuestos en los que las mismas serán de aplicación) establecidas en la legislación nacional del Estado miembro de registro se aplicarán:

1. *En el caso de una SE constituida por transformación*, cuando la sociedad anónima que se va a transformar reconocía derechos de participación en los órganos sociales a sus trabajadores²²⁸.

2. *En el caso de una SE por fusión*, cuando antes del registro de la SE hubiera un sistema de participación que se aplicara a más del 25% de los trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes en la fusión, o en una proporción menor si así lo decide la Comisión Negociadora²²⁹.

²²⁶ F. VALDÉS DAL-RÉ: *La implicación de los trabajadores en la sociedad europea...*, op. cit. p. 162.

²²⁷ F. VALDÉS DAL-RÉ: *La implicación de los trabajadores en la sociedad europea...*, op. cit. p. 162.

²²⁸ Art. 7.2. a) de la Directiva y Art. 14.2. a) de la Ley. Una aplicación práctica de esta regla supone que los trabajadores de filiales españolas de sociedades anónimas con sede en Estados que tengan reconocidos derechos de participación (Alemania, Austria, Holanda, Luxemburgo, Dinamarca, Suecia y Finlandia), pasarán tener reconocidos también estos derechos.

²²⁹ Art. 7.2. b) de la Directiva SE y art. 14.2. b) de la Ley de implicación.

3. *En el caso de holding o filial*, cuando antes del registro de la SE, el 50% de los trabajadores del número total de empleados en las sociedades participantes contara con un sistema de participación, o en una proporción menor si así lo decide la Comisión Negociadora²³⁰.

Puede ocurrir además que los sistemas de participación de las sociedades participantes sean diferentes. En este caso, si hubiera más de una forma de participación en las diferentes sociedades participantes, la Comisión Negociadora será la encargada de decidir cuál de dichas formas debe ser la establecida en la Sociedad Europea, permitiéndose a los Estados miembros establecer las disposiciones de referencia que concreten más este aspecto cuando no se haya tomado decisión sobre la materia para una sociedad registrada en su territorio²³¹.

En el caso español, la Ley 31/2006 reitera, en su artículo 14.3, que en el caso de que hubieran existido diferentes sistemas de participación de los trabajadores en el seno de las diferentes sociedades participantes corresponde a la Comisión Negociadora decidir cuál de dichos sistemas de participación deberá aplicarse en la SE, reconociéndose para tal fin todos los sistemas previos contemplados en la noción de participación establecida en la propia Ley en su artículo 2, letra 1 (o sea, sistemas de “participación orgánica”, esto es, participación entendida como influencia del órgano de representación de los trabajadores o de los representantes de los trabajadores en una sociedad, bien mediante el derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o control de la sociedad, bien mediante el derecho a recomendar u oponerse a la designación de una parte o todos los miembros del órgano de dirección o control), y ello con independencia de que el origen de los mismos haya sido legal o convencional²³². Pero, si llegado el momento de la inscripción de la SE la Comisión Negociadora no ha informado al órgano competente de las sociedades participantes sobre la correspondiente decisión, será de aplicación a la Sociedad Europea el sistema de participación que hubiera afectado con anterioridad al mayor número de trabajadores de las sociedades participantes. Este es, en definitiva, el criterio adoptado en la correspondiente norma española de transposición de la Directiva S.E.

Más relevancia tiene en la Ley el artículo 26 de la misma titulado “*Efectos en el caso de constitución de una SE en perjuicio de los derechos de implicación de los trabajadores*”, que tiene su origen en el mandato del artículo 11 de la Directiva, denominado “*Uso indebido de los procedimientos*”, que establece el mandato dirigido a los Estados miembros para que arbitren medidas adecuadas para evitar que se recurra de forma indebida a la constitución de una SE con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de implicación que ostentasen o de hacer a los mismos ineficaces. Aunque no habíamos mencionado este precepto recogido en el artículo 11 de la Directiva hasta ahora, no cabe duda que el mismo constituye en gran medida una manifestación más del “principio antes-después”, por lo que tiene de norma comunitaria que pretende la lucha

²³⁰ Art. 7.2. c) de la Directiva y art. 14.2. c) de la Ley.

²³¹ Art. 7.2. c), *in fine*, de la Directiva SE. Igualmente, este artículo establece el deber de la Comisión Negociadora de informar al órgano competente de las sociedades participantes sobre las decisiones adoptadas con arreglo al presente apartado.

²³² Vid. art. 14.3, párrf. 1º, de la Ley 31/2006.

contra el uso indebido de la SE, utilizada en contra de los derechos de implicación adquiridos por los trabajadores.

Pues bien, el artículo 26 de la Ley española, recoge el mandato del artículo 11 de la Directiva S.E. La idea principal del precepto se puede resumir señalando que la constitución de una Sociedad Europea o los cambios sustanciales producidos en la misma con el propósito de perjudicar los derechos de implicación de los trabajadores (cuando así se haya reconocido en sentencia judicial) generan la obligación legal de proceder a una nueva negociación.

Esta previsión legal se acompaña de otra, contenida en la Disposición Final 1ª, por la que se modifica la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en donde se tipifica como infracción administrativa muy grave “*el recurso indebido a la constitución de una sociedad europea con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de información, consulta y participación que tuviesen, o de hacerlos ineficaces*”.

CAPÍTULO III.- ANÁLISIS SISTEMÁTICO DEL PROCESO NEGOCIADOR: RÉGIMEN JURÍDICO CONTENIDO EN LA DIRECTIVA 2001/86 Y EN LA LEY 31/2006.

3.1. INTRODUCCIÓN.

El modelo social europeo en materia de representación transnacional de los trabajadores parte en la actualidad de la aceptación de la diversa variedad de formas de representación y participación de los trabajadores vigentes en los Estados comunitarios, asentándose sobre dos grandes bases: por un lado, la de la autonomía negocial, y por otro, la de la necesidad de reforzar los procesos de negociación entre los interlocutores sociales a nivel supranacional y, a su vez, de adaptarlos de una manera adecuada que permita preservar las conquistas sociales conseguidas en el ámbito de la participación en el territorio de la Unión Europea.

En este contexto, la Directiva 2001/86, partiendo del mencionado principio de respeto a la diversidad de normas y prácticas existentes en los Estados miembros, por un lado va a descartar la posibilidad de imponer un modelo homogéneo de implicación para todas las SE que se constituyan²³³, y, por otro lado, va a atribuir a la negociación colectiva la condición de vía preferente para la fijación de esos derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea.

Con esta finalidad, la Directiva regulará en sus artículos 3 al 6, dotándoles de un contenido eminentemente procedimental²³⁴, el correspondiente proceso negociador y, consecuentemente, establecerá la primacía del acuerdo resultante de dicho proceso a la hora de establecer y ordenar tales derechos de implicación, considerándolo como norma de

²³³ Considerando 5º de la Directiva S. E.

²³⁴ Como bien señala VALDÉS DAL-RÉ al referirse a los citados artículos “*son normas marco cuya finalidad es, de un lado, encauzar el proceso de negociación, y de otro, garantizar que el acuerdo que pueda alcanzarse en ese proceso negocial tenga un contenido mínimo, de naturaleza más formal que material, que le haga reconocible como acuerdo de implicación en el espacio europeo*”. Al respecto, vid. F. VALDÉS DAL-RÉ: “El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea a través de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, julio 2002, op. cit. p. 3.

primer grado: así, recogiendo la evolución acontecida en la materia que nos ocupa, podríamos decir que el principio legado por DELORS de “*pas de société européenne sans une certaine forme d’implication*”, confirmado y completado posteriormente por DAVIGNON, pasaría ahora a enunciarse como “*pas de société européenne sans une certaine forme d’implication, si possible, par la voie de la négociation collective*”.

El objetivo perseguido al otorgar tal primacía no es otro que el de dejar un amplio margen de maniobra a las partes interesadas a la hora de establecer las modalidades de implicación de los trabajadores en la futura Sociedad Europea. La Directiva pretende imponer el reconocimiento de la prioridad de la autonomía colectiva en la determinación del grado de participación (o más correctamente de “*implicación*”, siguiendo la terminología acogida en la propia Directiva S.E.) de los trabajadores en cada sociedad afectada, de manera que sólo en el caso de que el acuerdo de implicación no se efectúe, o incluso en el supuesto de que se adopte la decisión de no llegar a un acuerdo al respecto, será cuando se abran, en segunda instancia, otras vías alternativas al acuerdo que también son ofrecidas por la propia Directiva: la remisión a las legislaciones nacionales sobre información y consulta, la aplicación de las disposiciones de referencia contenidas en el Anexo de la Directiva (que actúan de forma subsidiaria a la falta de acuerdo) e, incluso, la aplicación de las normas referentes a la constitución de un Comité de Empresa Europeo²³⁵.

La preferencia de la Directiva por la autonomía de las partes y por la negociación colectiva se pone de manifiesto tanto en la configuración del propio procedimiento negociador que ella misma diseña, el cual conlleva como punto de partida el establecimiento de la obligación de que sean iniciadas, con la mayor brevedad que sea posible, las gestiones necesarias para que la negociación pueda ser desarrollada, como en la aplicación imperativa de las denominadas “*disposiciones subsidiarias o de referencia*”, sólo ante el fracaso de la negociación posteriormente efectuada²³⁶.

Respecto a esta obligación inicial que impone la Directiva veremos, a continuación, que la misma consiste en un deber de iniciativa que va a recaer sobre los órganos de dirección o administración de las sociedades participantes en la constitución de la SE, los cuales han de realizar todas las gestiones necesarias para que se puedan iniciar cuanto antes las negociaciones correspondientes. Para que estas negociaciones se puedan llevar a cabo, la Directiva S.E. articulará un procedimiento de negociación que permite conducir a la adopción de un acuerdo que establezca mecanismos de información, consulta, y, en su caso, participación en dicha sociedad. Se trata, como tendremos oportunidad de apreciar, de un procedimiento parecido al establecido para las empresas de dimensión comunitaria y que, una vez publicado el proyecto de fusión o de constitución de una sociedad holding o

²³⁵ Al respecto, Garrido Pérez sintetiza claramente los objetivos conseguidos con la remisión a la negociación colectiva entre las partes para determinar el sistema de implicación en una SE: *en primer lugar*, tener en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales de implicación sin que se tenga que importar, como modelo único, aquel que se contemple en un determinado Estado miembro; *en segundo lugar*, asegurar una coherencia entre los sistemas en vigor en el seno de las sociedades participantes antes de la constitución de una SE y el sistema que se aplicaría en la SE una vez constituida; *en tercer lugar*, adaptar el modelo de implicación al modo de creación de la SE (holding, fusión o filial común) y a las condiciones particulares de la empresa o sector; y *en cuarto lugar*, favorecer, al potenciar la negociación y la implicación de los trabajadores, la existencia de un clima social favorable como condición importante para mejorar la competitividad de las empresas. Vid. E. GARRIDO PÉREZ: “Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *R.D.S.*, núm. 17, 2002, p.109.

²³⁶ Art. 7 y Anexo.

después de adoptarse un proyecto para crear una filial o para transformarse en una SE, comienza con la constitución de una Comisión Negociadora, órgano de estricta representación laboral²³⁷.

Ahora bien, como también precisaremos posteriormente, la negociación en sí no se impone en la Directiva, por lo que la misma no constituye para el legislador comunitario una obligación jurídica, al poder tomarse, exclusivamente por la Comisión Negociadora, la decisión de no iniciar siquiera dichas negociaciones. Igualmente, la Comisión Negociadora también podrá decidir la conclusión, en cualquier momento del proceso negociador, de las negociaciones que ya hubiera iniciado con la parte societaria²³⁸.

La consecuencia inmediata de la adopción de estas decisiones por la Comisión Negociadora, para las que se requiere una mayoría reforzada, es la aplicación subsidiaria de las disposiciones de información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en los que la Sociedad Europea tenga trabajadores. Las “*disposiciones de referencia*” no son de aplicación en tales casos: estas disposiciones de referencia son de aplicación subsidiaria en caso de falta de acuerdo entre las partes una vez llegado el final del período de negociación (normal o prorrogado) establecido, pero no en el supuesto de que las negociaciones no hayan llegado a comenzar, ni en aquel en el que, habiendo comenzado, hayan concluido antes de tiempo por decisión expresa de la representación laboral.

Como conclusión, puede afirmarse que realmente no existe en el texto de la Directiva el deber de negociar y de alcanzar un acuerdo, sino que ni siquiera esta norma comunitaria impone, estrictamente hablando, la obligación de iniciar las negociaciones oportunas, sólo el referido deber que recae sobre los órganos societarios correspondientes de realizar las gestiones adecuadas para que las negociaciones se puedan iniciar cuanto antes, labor que bien pudiera entrar dentro de los necesarios prolegómenos o preparativos, previos al inicio de las mismas.

²³⁷ Como veremos, la constitución de esta comisión procede cuando los órganos de dirección o administración de las sociedades participantes establezcan el proyecto de constitución de una SE, teniendo en cuenta que ninguna SE podrá llegar a constituirse mediante Junta General en tanto no se haya optado por uno de los modelos de implicación descritos en la Directiva.

²³⁸ Art. 3.6 de la Directiva S.E.

3.2. EL PROCESO NEGOCIADOR.

Como todo proceso, el proceso de negociación por el que se pretende lograr un acuerdo que permita establecer en el seno de la Sociedad Europea un determinado modelo de implicación en favor de los trabajadores de la misma tiene un inicio, un desarrollo, y una conclusión, además de unos actores determinados que deben identificarse adecuadamente, pues son los que llevarán a cabo las negociaciones correspondientes a tal fin, y unos resultados fruto de las mismas que se reflejarán, si aquellas culminan con éxito, en el acuerdo que ponga fin a dicho proceso negociador.

Téngase en cuenta que la Directiva 2001/86 ha optado por incardinar las negociaciones sobre la cuestión de la implicación de los trabajadores en la SE dentro del propio proceso de constitución de la misma y, por tanto, antes de la adquisición de su personalidad jurídica a través del registro²³⁹, lo cual pone de manifiesto la importancia que asume el tema que nos ocupa en este Capítulo para la propia existencia de la Sociedad Europea, pues se parte del hecho de que no podrá realmente llegar a constituirse ninguna SE si no existe en ella alguna forma de implicación de los trabajadores²⁴⁰, y para conseguir tal implicación la Directiva prima la vía del acuerdo inter partes.

Comenzaremos, siguiendo un orden lógico y temporal, el análisis del **proceso negociador** propiamente dicho por su inicio y por la determinación de quiénes son los sujetos que están llamados a participar, tanto por el bando empresarial como por el bando laboral, en las negociaciones correspondientes.

²³⁹ Como señala Garrido Pérez, es esta una opción que perseguiría varios objetivos: *por un lado*, asegurar en lo posible la continuidad con el sistema de implicación que ya pudiera existir en el seno de las sociedades participantes; *por otro lado*, evitar con carácter general la posible ausencia de una solución negociada una vez que la SE deviene operativa; *finalmente*, aportar seguridad tanto a accionistas como a trabajadores, sobre el régimen de implicación de estos últimos en la SE. Vid. E. GARRIDO PÉREZ: *Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*, cit. p.109.

²⁴⁰ Art. 12.2 del Reglamento.

3.2.1. INICIO DEL PROCESO NEGOCIADOR E IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES NEGOCIADORAS.

3.2.1.1. El inicio del proceso negociador²⁴¹.

Acabamos de exponer como el supuesto normal, al que se le da preferencia en la Directiva, para la regulación de la implicación de los trabajadores en la SE pasa por la obtención de un acuerdo, el denominado “*acuerdo de implicación*”, que forma parte del proyecto de constitución de una Sociedad Europea y sin el cual, como regla general y dejando a salvo las excepciones que comentaremos, para las que también se establece en la norma comunitaria otras vías distintas al acuerdo que permiten garantizar la implicación de los trabajadores, no podrá procederse al registro de ninguna SE²⁴².

Pues bien, cualquiera que sea la forma elegida para la constitución de la SE (*fusión, holding, filial común o transformación*), la intervención de los trabajadores en el citado proyecto se asegura por la Directiva al exigir que del mismo se dé inmediata noticia por los promotores a los representantes de los trabajadores de las sociedades participantes, los cuales deberán proceder a la constitución de una Comisión Negociadora, con el objeto de discutir con los órganos de las sociedades participantes sobre la implicación de los trabajadores en la futura Sociedad Europea que se pretende registrar.

De acuerdo con lo expuesto, y según establece el artículo 3.1 de la Directiva S.E., artículo que se encarga expresamente de regular el inicio de las negociaciones, en cuanto los órganos de dirección o administración de las sociedades participantes establezcan el proyecto de constitución de la futura Sociedad Europea deberán iniciar, lo antes posible, las gestiones necesarias que permitan entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de dichas sociedades sobre las disposiciones relativas a la implicación de éstos en la SE. Para dicho fin, deberá constituirse, de acuerdo con el artículo 3.2.1 de la norma comunitaria, una Comisión Negociadora representativa de los trabajadores de las sociedades participantes, con arreglo a determinados criterios que la propia Directiva expone a continuación²⁴³, y que en brevedad pasaremos a comentar.

En nuestra modesta opinión, en este preciso momento al que nos estamos refiriendo, a pesar de que lo hemos denominado “**inicio del proceso negociador**”, en realidad no sólo no se ha negociado aún nada sino que ni siquiera cabe hablar de inicio de las negociaciones propiamente dichas; todo lo más podríamos referirnos a una fase previa caracterizada por la

²⁴¹ Arts. 3.1 y 3.2.1 de la Directiva S.E. y arts. 4, 5 y 6.1 de la Ley 31/2006.

²⁴² Art. 12 del Reglamento 2157/2001.

²⁴³ Art 3.2 de la Directiva.

realización de los preparativos o prolegómenos necesarios para que aquellas negociaciones puedan llevarse a cabo adecuadamente²⁴⁴.

Ahora bien, respecto a los artículos 3.1 y 3.2.1 de la Directiva S.E., preceptos que se refieren a esta fase preparatoria de las negociaciones, algunos aspectos relativos a tales preceptos pueden y deben ser precisados, teniendo en cuenta también en tales precisiones la regulación contenida en la Ley española de implicación, la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, que es la que se encarga de transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2001/86:

1. El mencionado deber de inicio de las gestiones tendentes a la apertura del proceso negocial recae exclusivamente en los **órganos de dirección y administración de las sociedades participantes** en el proyecto de constitución de la Sociedad Europea. Son ellos los únicos sujetos pasivos sobre los que recae tal obligación, que tiene por objeto la realización de los preparativos que permitan que tales negociaciones puedan ser posteriormente iniciadas y, ciertamente, se trata de un auténtico deber; pues no se configura en la norma comunitaria como una mera facultad o posibilidad sujeta al arbitrio de tales órganos, sino como una auténtica imposición que la misma establece directamente sobre los órganos de administración o dirección competentes para la elaboración del proyecto de constitución de la futura SE.

Se aparta así la Directiva S.E. 2001/86 de la Directiva C.E.U. 94/45, ya que mientras que esta última le confiaba a la Comisión Negociadora la tarea de encaminar las negociaciones²⁴⁵, no ocurre así en el caso de la Directiva S.E. que la encarga a los órganos gestores de las sociedades participantes, por lo que podría decirse que en ella se produce una especie de “*inversión del gravamen de dirigir la negociación*”²⁴⁶, que se explicaría por el carácter especial de la nueva forma jurídica societaria que surge, la *Societas Europaea*, al operarse con su constitución un cambio o transformación que podría conllevar el riesgo de trastocar las relaciones y las situaciones de poder previamente existentes en las distintas

²⁴⁴ Reproducimos a continuación, dada su importancia en lo que respecta al inicio de las negociaciones, el texto contenido en el art. 3.1 de la Directiva S.E., al ser el que se ocupa expresamente de regular dicho comienzo, si bien es cierto que, volvemos a reiterar, no debería hablarse aún del inicio de las negociaciones propiamente dicho pues en este momento el proceso negociador ni siquiera habría comenzado, encontrándonos sólo ante lo que podríamos considerar como “**preparativos necesarios para dicho inicio**”: “*Cuando los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes establezcan el proyecto de constitución de una SE, iniciarán lo antes posible, una vez publicado el proyecto de fusión o de constitución de una sociedad holding, o después de adoptarse un proyecto de crear una filial o de transformarse en una SE, las gestiones necesarias, incluida la comunicación de las informaciones relativas a la identidad de las sociedades participantes, filiales o establecimientos afectados, así como el número de trabajadores, para entablar las negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE*”.

²⁴⁵ Recuérdese que en virtud de la Directiva 94/45, la parte empresarial sólo está obligada a negociar a solicitud de los trabajadores (100 como mínimo) o de sus representantes en al menos dos Estados miembros, mientras que la Directiva 2001/86 impone a los órganos directivos de las sociedades participantes la carga de iniciar las gestiones necesarias para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades implicadas. Vid. art. 5.1 de la Directiva C.E.U.

²⁴⁶ G. ARRIGO: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 52, 2004, cit. p.17.

sociedades participantes en su constitución, lo cual podría ocasionar el que pudiera verse reducida o anulada la influencia real de los trabajadores “sobre las decisiones que tienen que ser adoptadas en el ámbito de la SE”²⁴⁷. Además, debe considerarse que las sociedades participantes serán las primeras interesadas en negociar (ya que, como sabemos, sin implicación no se puede constituir ni registrar finalmente una SE) o al menos en que se constituya la Comisión negociadora y que ésta decida, en su caso, no negociar o dar por terminadas las negociaciones en el caso de que estas hubieran comenzado.

La propia Ley 31/2006 confirma quiénes son los destinatarios de esta responsabilidad inicial, dedicándole a la misma todo su artículo 4:

*“ Incumbirá a los **órganos competentes de las sociedades participantes**, en los términos previstos en esta Ley, la responsabilidad de establecer las condiciones y medios necesarios para la negociación con los representantes de los trabajadores de las disposiciones que se apliquen en la SE en relación con los derechos de implicación de los trabajadores”*

2. Respecto a la concreta identificación de esos órganos societarios que deben iniciar las gestiones, la Directiva sólo dispone que deberán ser “*los órganos de administración o dirección de las sociedades participantes que establezcan el proyecto de constitución de la SE*”²⁴⁸, no especificando nada más al respecto. Su concreta identificación es una tarea que reenvía, de un lado, a las normas del Reglamento que regulan las diversas modalidades de constitución de una SE (las conocidas cuatro formas²⁴⁹) y, de otro, a las legislaciones nacionales de las sociedades participantes, por lo que, en función del carácter monista o dualista de su sistema societario, la competencia vendrá atribuida en el primer caso al Consejo de Administración o al Consejo de Dirección en el segundo.

Por su parte, la Ley 31/2006 se limita, como acabamos de ver en el artículo 4, a referirse a los “*órganos competentes de las sociedades participantes*”, si bien, a continuación, en el artículo 5 de la misma norma, referido al inicio de las negociaciones, precisa que tales órganos competentes son “*los órganos de administración o dirección de las sociedades participantes que hayan establecido el proyecto de constitución*”. En el caso de Sociedades Anónimas Españolas que participen en el proyecto de constitución de una Sociedad Europea, de acuerdo con la Ley de Sociedades Anónimas, tal competencia corresponderá al **Consejo de Administración**, pues es éste el único órgano, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Juntas Generales de accionistas, de gobierno de la Sociedad Anónima de acuerdo con nuestra legislación, al configurarse en nuestro país un modelo orgánico de carácter exclusivamente monista para tales sociedades²⁵⁰.

²⁴⁷ Cfr. art. 2.h) de la Directiva 2001/86.

²⁴⁸ Respecto a la noción de “sociedad participante”, la Directiva la define en su art. 2 como “*toda sociedad que participe directamente en la constitución de una SE*”.

²⁴⁹ Fusión, holding, filial y transformación. Vid., respectivamente, arts. 20.1, 32.2, 36 y 37.4 del Reglamento.

²⁵⁰ Arts 54-70 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas. Entre las últimas modificaciones que se han llevado a cabo en la materia destaca precisamente la que se ha producido en virtud de la Ley 19/2005, de 14 de diciembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, que añade el Capítulo XII (“De la Sociedad Anónima Europea”) al Texto Refundido, siendo de destacar la Sección III de dicho Capítulo, que relativa a los órganos sociales de la misma, prevé la posibilidad de optar para las sociedades anónimas europeas que se domicilien en nuestro país por un “*sistema de administración monista*”, el previsto por la Ley de Sociedades Anónimas

3. El plazo para que se inicien las gestiones necesarias para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades participantes comienza a partir de que se haya presentado el proyecto de constitución de la futura Sociedad Europea a los órganos decisorios de las sociedades, momento en el que el proyecto fundacional adquiere un carácter, al menos formalmente, definitivo²⁵¹, y obviamente deberá haber concluido antes del registro de la SE, lo cual constituye, como señala MOREAU²⁵², uno de los aspectos más relevantes de la Directiva: una vez publicado el proyecto de fusión o de constitución de una sociedad holding, o después de adoptarse el proyecto de crear una filial o de transformarse una sociedad anónima en una SE, será cuando los órganos de administración o dirección de las sociedades participantes, según el caso, deberán iniciar, “*lo antes posible*”, dichas gestiones.

La Directiva, como podemos apreciar, elude concretar de una manera precisa el momento exacto para la puesta en práctica de las medidas que permitan iniciar las negociaciones; tampoco fija un plazo de vencimiento para ello. Por razones de flexibilidad, y acudiendo a un criterio de “razonabilidad”, se limita a fijar un determinado “*dies a quo*”, a partir del cual, en la mayor brevedad posible, eso sí, deben iniciarse las gestiones, y que viene determinado por la adopción o la publicación del proyecto de constitución de la SE por los correspondientes órganos de decisión de las sociedades participantes²⁵³ (en el primer caso, *adopción*, tratándose de la creación de una filial o de la transformación de una SE, y en el segundo caso, *publicación*, en los casos de fusión o constitución de un holding²⁵⁴). Luego, serán las disposiciones nacionales de desarrollo de la Directiva las que se encargarán de concretar los plazos y el modo concreto de cumplir con esta obligación. Si bien éstas pueden realizar una labor de concreción de las ciertas imprecisiones que surgen respecto a este momento inicial del proceso negociador, se echa en falta en la Directiva una mayor precisión en la ordenación de esta primera fase, previa o preparatoria, del futuro proceso negociador²⁵⁵.

en cuanto no contradiga al Reglamento SE (art. 328) o por un “*sistema de administración dual*”, regulado específicamente en los arts. 329-336 del citado texto.

²⁵¹ M. A. MOREAU: “L’implication des travailleurs dans la société européenne”, *Droit Social*, núm. 11, 2001, cit. pp. 972.

²⁵² M. A. MOREAU: *L’implication des travailleurs dans la société européenne*, cit. pp. 972 y 976.

²⁵³ Con la aprobación, en su caso, de las asambleas generales. Así, el Reglamento 2157/2001 prevé expresamente la aprobación del proyecto de constitución de una SE por las Juntas Generales en los casos de fusión (art. 23), holding (art. 32.6) y transformación (art. 37.7).

²⁵⁴ El Reglamento establece las reglas relativas al contenido de los distintos proyectos en cada una de las cuatro modalidades de constitución de una SE, sus condiciones de elaboración y la publicidad a la que los mismos han de ajustarse: entre otros, para *fusión*, pueden verse los artículos 20 y 21, para el *holding*, el artículo 32, para la *filial*, el artículo 15 y, por último, para el caso de *transformación*, véase el artículo 37 del Reglamento.

²⁵⁵ Téngase también en cuenta que, por otro lado, la Directiva hace una remisión general al ordenamiento nacional donde la sociedad vaya a ser registrada en lo que se refiere a la regulación del proceso negociador, remisión contenida en el art. 6 de la Directiva: “*Salvo disposición en contrario de la presente Directiva, la legislación aplicable al procedimiento de negociación contemplado en los artículos 3 a 5 será la del Estado miembro en que la SE vaya a tener su sede efectiva*”.

En el caso español, la Ley sobre implicación sí que viene a establecer una mayor precisión sobre este plazo, concretamente en su artículo 5: en concreto, señala este artículo que los citados órganos llevarán a cabo, *en el plazo máximo de 45 días siguientes* (a la publicación o adopción del proyecto de constitución de la SE), las gestiones necesarias para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades participantes y de sus filiales y centros de trabajo afectados sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE²⁵⁶.

La falta de realización de tales gestiones (o su falta de realización en plazo oportuno) podría ser considerada como una “infracción laboral”, de acuerdo con el nuevo apartado 3 que, en su Disposición Final Primera, apartado dos, la Ley 31/2006 añade al artículo 5 de la LISOS (Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social²⁵⁷), y en donde se considera como infracción laboral en materia de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas “*las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables contrarias a la Ley sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas*”. Aunque el legislador español ha seleccionado, tipificado, y calificado aquellos incumplimientos que ha considerado más relevantes y no todos los hipotéticamente posibles, sí que posteriormente señala de manera expresa en el apartado dos de la citada Disposición Final primera de la Ley española de implicación (la cual añade una subsección 4ª a la LISOS) que constituirá una infracción laboral muy grave “*las acciones u omisiones que impidan el inicio y el desarrollo de la negociación con los representantes de los trabajadores sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la sociedad europea...*”.

4. Respecto al contenido material de las gestiones que deben ser efectuadas por el competente órgano societario para que pueda darse inicio a las negociaciones correspondientes y, por tanto, al proceso negociador propiamente dicho, como señala VALDÉS DAL-RÉ, la Directiva “no define (...) las medidas que han de adoptarse para entablar negociaciones”, sino que utiliza una técnica abierta²⁵⁸. Éstas serán todas las que sean necesarias para cumplir con la finalidad encomendada, por lo que la Directiva lo que viene es a establecer, sin tratar de agotar el potencial contenido de esas gestiones, una serie de actividades que constituyen unos mínimos para que la finalidad perseguida, el inicio de las negociaciones, se alcance. En concreto, la Directiva establece el deber de comunicar a los representantes de los trabajadores las informaciones relativas a la identidad de las sociedades participantes, filiales o establecimientos afectados, así como el número de sus trabajadores.

La operatividad de este **deber informativo** parece clara: se trata de aquellos datos e informaciones imprescindibles sobre las sociedades, sus establecimientos y número de

²⁵⁶ Plazo que puede considerarse relativamente breve y que ha experimentado una sensible reducción, pues con respecto al mismo hay que considerar que el artículo 5, tanto del Anteproyecto como del Proyecto de Ley español, lo fijaba inicialmente en dos meses.

²⁵⁷ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y sanciones en el Orden Social.

²⁵⁸ F. VALDÉS DAL-RÉ: *El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores...* op. cit. p. 4.

trabajadores afectados por la constitución de la SE para que pueda proceder a constituirse la Comisión Negociadora, órgano de exclusiva representación laboral y que, representando a los trabajadores de todas las sociedades participantes en el proyecto de constitución, será el interlocutor con el que los órganos competentes de las sociedades participantes habrán de negociar el sistema de implicación de los trabajadores en la futura Sociedad Europea.

Tomando como punto de partida el artículo 3.1 de la Directiva 2001/86, la Ley 31/2006 sobre implicación confirma, precisa y amplía el contenido de las informaciones que deben ser comunicadas a los representantes de los trabajadores por los órganos societarios. En concreto, y según la norma española de transposición de la Directiva (artículo 5), estas informaciones deben como mínimo incluir lo siguiente:

- La identidad de las sociedades participantes y de todos sus centros de trabajo y empresas filiales, con indicación de cuáles de ellos se verán afectados por el proceso de constitución.
- El número de sus trabajadores respectivos.
- El lugar del domicilio social propuesto.

Se trata de una información eminentemente instrumental, pero no por ello menos relevante. No sólo servirá para que pueda constituirse la Comisión Negociadora (con la composición y funcionamiento que, regulados por la Directiva y las correspondientes normas nacionales de transposición, se indicará en el epígrafe siguiente) y para que, por tanto, pueda dar inicio, en su caso, el procedimiento negociador propiamente dicho, sino que además tales informaciones desempeñarán un importante papel para el adecuado juego del principio “antes-después”: las informaciones facilitadas deben permitir a la Comisión Negociadora conocer los derechos adquiridos por los representantes de los trabajadores en su anterior estructura societaria, pues tanto el procedimiento de negociación y su conclusión en acuerdo como, en su caso, la aplicación subsidiaria de las normas de referencia han de partir de los derechos de implicación -realmente, de participación, salvo en el caso de constitución de una SE por transformación- ya existentes de las sociedades participantes en el proyecto de constitución de la Sociedad Europea.

A este último fin viene precisamente a contribuir lo dispuesto en el artículo 5, párrafo 3º, de la Ley 31/2006, el cual precisa que cuando en las sociedades participantes se aplicase ya algún “sistema de participación” de los trabajadores en sus órganos de administración o de control, la información a facilitar deberá versar además sobre los siguientes aspectos:

- Las características de tales sistemas de participación.
- El número de trabajadores cubiertos por dichos sistemas.
- La proporción que éstos representan respecto del total de los trabajadores de las sociedades participantes.

No facilitar a los representantes de los trabajadores las informaciones necesarias para la adecuada constitución de la Comisión Negociadora constituye una “infracción grave”, tal y como recoge expresamente la propia Ley española de implicación en su Disposición Adicional Primera, apartado tres, letra a).

5. Los concretos receptores de la información no están identificados por la Directiva comunitaria. Ésta sólo se refiere a los “**representantes de los trabajadores de las sociedades participantes**”²⁵⁹, por lo que cada correspondiente legislación nacional de transposición de la Directiva deberá precisar quiénes son éstos y deberá decidir el nivel apropiado que ha de tener el órgano de representación receptor de las mismas, si bien lo más adecuado para conseguir el objetivo perseguido, esto es, la constitución de la Comisión Negociadora sería “descentralizar el flujo informativo hacia las representaciones instaladas en todas y cada una de las sociedades filiales y sus establecimientos”²⁶⁰.

Y, efectivamente, así podemos entender que procede nuestra Ley española sobre implicación, al indicar expresamente en el artículo 5 (párrafo segundo) que los destinatarios de las informaciones son “*los representantes de los trabajadores de las sociedades participantes y de sus filiales y centros de trabajo afectados*”, y no sólo los representantes de las sociedades participantes, mención que implicaría una determinación más escueta y limitada de tal representación.

El artículo 28 de la mencionada Ley, tratándose de centros de trabajos y empresas filiales de las Sociedades Europeas situadas en España, precisará aún más la cuestión atribuyendo la condición de “*representantes de los trabajadores*” a las representaciones sindicales, a los comités de empresa y a los delegados de personal en los términos que le son reconocidos por la legislación de nuestro país²⁶¹.

6. Entre las gestiones que deben realizarse para poder entablar negociaciones se encuentra también la de realizar las actividades precisas que procuren la constitución del órgano representativo de los trabajadores en el proceso negociador, esto es, la **Comisión Negociadora**, como interlocutor válido del órgano societario competente en el proceso negociador tendente a la consecución de un acuerdo de implicación de los trabajadores en la SE.

Recogiendo el mandato instituido en el artículo 3.2, párrafo primero, de la Directiva 2001/86 (“*A tal fin se constituirá una Comisión Negociadora representativa de los trabajadores de las sociedades participantes y sus filiales y establecimientos interesados...*”), los órganos de dirección y administración de las sociedades participantes deberían actuar promoviendo la constitución de dicha Comisión, y ya no sólo por que se entienda que son receptores del mandato impuesto por la norma comunitaria de realizar las

²⁵⁹ El art. 2.e) contiene entre sus definiciones la de “representantes de los trabajadores”, a los efectos de lo dispuesto en la Directiva SE, estos son “*los representantes de los trabajadores previstos en las legislaciones o prácticas nacionales*” de cada Estado miembro de la Unión Europea.

²⁶⁰ F. VALDÉS DAL-RÉ: *El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores...* op. cit. p. 5.

²⁶¹ Se trata de la representación unitaria (comités de empresa y delegados de personal) regulada por los arts. 62 y ss. del E.T. y de la representación sindical (secciones sindicales) contemplada por el art. 8 de la L.O.L.S.

gestiones necesarias para que dicho órgano quede constituido, sino incluso por interés propio: recuérdese que la Comisión Negociadora será el órgano que representará a los trabajadores en las negociaciones y, por tanto, el interlocutor necesario con el que las sociedades implicadas en el proyecto de constitución de una SE tendrán que contar si quieren establecer alguna forma de implicación de los trabajadores en la misma, exigencia sin la cual no puede finalmente registrarse ninguna Sociedad Europea.

También entendemos que esta consideración es confirmada por la Ley 31/2006, tanto en su artículo 4, que atribuye a los órganos competentes de las sociedades participantes “*la responsabilidad de establecer las condiciones y medios necesarios para la negociación*” (y sin el interlocutor competente no hay negociación posible), como por el artículo 6.1 de la misma Ley que, referido exclusivamente a la Comisión Negociadora, nos dice expresamente que ésta se constituye no sólo sobre la base de las informaciones facilitadas por los órganos competentes de las sociedades participantes, sino también sobre la “*base de la iniciativa*” de tales órganos.

La iniciativa para constituir dicha Comisión ha de partir, por tanto, de los órganos de dirección o administración de las sociedades participantes. Esta circunstancia se volverá a confirmar posteriormente en el artículo 10.2, al indicar que, si eventualmente la Comisión Negociadora no se constituyera por causa imputable a los representantes de los trabajadores una vez “*cumplidas por los órganos competentes de las sociedades participantes sus obligaciones para la constitución de la Comisión Negociadora*”, el plazo que se establece de duración de las negociaciones (seis meses, prorrogables hasta alcanzar un máximo de un año) comenzará a contar desde la fecha en que la Comisión Negociadora hubiera quedado validamente constituida. Por tanto, los representantes de los trabajadores deben constituir dicha Comisión Negociadora, pero los órganos de administración y dirección de las sociedades participantes, asumen también una responsabilidad, previa, al respecto, debiendo promover dicha constitución.

A diferencia de la Directiva C.E.U., en la que se concretaban particularmente los pasos a seguir para la formación de la Comisión Negociadora representativa del personal, en el texto de la Directiva S.E. no se indica ningún plazo de referencia específico dentro del cual hubiera de quedar ya constituida la Comisión Negociadora. Tampoco en la norma española de transposición se encontrará precisión alguna al respecto, y eso que el tema no es baladí, pues las negociaciones propiamente dichas no se podrán iniciar hasta que haya quedado debidamente constituida tal Comisión Negociadora²⁶².

7. Por último, téngase en cuenta y reténgase que no sólo existe sobre los órganos de administración o dirección de las sociedades participantes que establezcan el proyecto de constitución de la Sociedad Europea un deber inicial de comunicar a los representantes de los trabajadores las informaciones pertinentes, dentro de la obligación que asumen de realizar las gestiones necesarias que permitan que las negociaciones puedan ser entabladas sino que, además, sobre el órgano competente de las sociedades participantes recaerá durante el desarrollo de tales negociaciones el deber de informar (tal y como establece el art. 3.3, párrafo 2º, de la Directiva S.E.) a la Comisión Negociadora sobre el proyecto y sobre el desarrollo del proceso real de constitución de la SE **hasta que se produzca finalmente la correspondiente inscripción de la misma.**

²⁶² De conformidad con lo dispuesto en el art. 5.1 de la Directiva 2001/86 y en el art. 10.1 de la Ley 31/2006.

De hecho, y para que tales negociaciones se puedan producir, la Ley española sobre implicación, Ley 31/2006, asigna también, en su artículo 6.2, a los órganos competentes de las sociedades participantes la responsabilidad de convocar a dicha Comisión para la primera reunión de negociación que se celebre con vista a la consecución del denominado “acuerdo de implicación”, debiendo informar de ello a las direcciones de sus centros de trabajo y empresas filiales en los Estados miembros, pudiendo coincidir la fecha de la primera reunión con la fecha de la propia constitución de la Comisión Negociadora²⁶³. La falta de dicha convocaría, en tiempo y en forma, es calificada por la Disposición Final Primera, apartado tres, letra d), de la Ley española de implicación como “infracción grave”²⁶⁴.

Se debe poner de manifiesto, por tanto, como la responsabilidad de los órganos societarios competentes de las sociedades participantes en el proyecto de constitución de la futura Sociedad Europea con relación al procedimiento negociador no sólo se manifiesta, de acuerdo con los artículos 3.1 de la Directiva S.E. y 4 de la Ley 31/2006, en la fase de preparatoria e inicial de tal proceso, sino que también va a estar presente, en mayor o menor medida, durante el desarrollo de las negociaciones propiamente dichas.

De este modo, el deber informativo aludido acaba adquiriendo un carácter “dinámico”, al recaer sobre todos aquellos aspectos que surjan en el proceso de constitución de la SE que presenten relevancia para la negociación de los derechos de implicación, y quedaría englobado a su vez dentro de las exigencias del más amplio “deber de buena fe” (espíritu de cooperación, en terminología de la norma comunitaria) que, tanto conforme a la Directiva S.E. como a la Ley española de implicación, ha de regir las relaciones de las partes negociadoras durante todo el desarrollo de las negociaciones²⁶⁵. Y es que como señala MONEREO PÉREZ, este deber informativo no sólo ha de contemplarse de manera pasiva, sino que los representantes de los trabajadores disponen de “una verdadera facultad de solicitar información -o derecho a solicitarla- sobre aquellos datos o asuntos que sean objetivamente, y de modo razonable, necesarios para negociar a favor de los trabajadores representados en la negociación”²⁶⁶, por lo que no proporcionar dicha información, a requerimiento de la representación del personal, podría suponer, según nuestra opinión, una importante infracción laboral.

De acuerdo con la buena fe aludida, y que es debida recíprocamente entre las partes negociadoras durante el desarrollo de todo el proceso negociador, cada una de ellas asume el deber de informar de las circunstancias que sean desconocidas para la otra y que puedan resultar determinantes para la prestación de su consentimiento²⁶⁷, consentimiento preciso,

²⁶³ Art. 6.3 de la Ley 31/2006.

²⁶⁴ Hay que advertir que esta infracción grave hay que relacionarla con la infracción muy grave recogida en el artículo 10 bis.2, apartado b), de la LISOS (también Disposición Final tres de la Ley 31/2006).

²⁶⁵ Vid. art. 4.1 de la Directiva 2001/86 y art. 8.1, párrf. segundo, de la Ley 31/2006, que recogen ese deber de buena fe que ha de presidir las relaciones entre los órganos competentes de las sociedades participantes y la Comisión Negociadora.

²⁶⁶ J. L. MONEREO PÉREZ et al.: *La participación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas...*, op. cit. p.134.

²⁶⁷ F. GALGANO: *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 461.

en este caso concreto, en aras de la conclusión satisfactoria del correspondiente “acuerdo de implicación”. Tales omisiones de informaciones precisas por parte de los órganos competentes podrán incluso ser calificadas como infracciones muy graves, y ello en la medida que supongan, como señala la Ley española de implicación, “omisiones que impidan el (...) desarrollo de las negociaciones con los representantes de los trabajadores...” u “omisiones que impidan el funcionamiento de la Comisión Negociadora”²⁶⁸.

3.2.1.2. Identificación de las partes del proceso negociador.

Como todo proceso negociador, el proceso de negociaciones sobre los derechos de implicación que los trabajadores de las sociedades participantes han de tener en la futura SE conlleva una legitimidad determinada: unos sujetos adecuados, esto es, unos interlocutores legalmente establecidos y reconocidos como tales, lo cual permitirá otorgar legitimidad necesaria al acuerdo fruto de sus negociaciones o, ante la falta de acuerdo, a las posibles soluciones alternativas al mismo.

La oferta de apertura de negociaciones debe partir de los órganos competentes de las sociedades participantes y el sujeto receptor de tal oferta será la Comisión Negociadora, quedando así identificadas las dos **partes del procedimiento negociador**²⁶⁹.

Respecto a los primeros, la Directiva apenas especifica nada sobre la composición del banco empresarial, sólo señala que lo componen “*los órganos competentes de las sociedades participantes*”, sin añadir nada más²⁷⁰. La posible laguna jurídica contenida en este caso por la Directiva S.E. podría ser colmada remitiéndonos al artículo 9 del Reglamento, norma con la que la Directiva se complementa indisociablemente y, de esta manera, aplicando analógicamente el sistema de fuentes normativas contenido en el mismo atender, para todo lo en él no dispuesto, a las disposiciones nacionales que regulen en cada país las sociedades correspondientes²⁷¹. Habría que ver, por tanto, qué es lo que dispone la

²⁶⁸ Disposición Final Primera tres, de la Ley 31/2006, que añade el artículo 10 bis a la LISOS. Vid. art. 10 bis, párrafo 2, letras a) y b).

²⁶⁹ Debe precisarse, tal y como indica Monereo Pérez, que “esta oferta de apertura de negociaciones no constituye una facultad, sino una verdadera carga que una vez removida por ciertos sujetos (órganos competentes de las sociedades participantes), atribuye a sus receptores una facultad de iniciar las negociaciones”, y que es por tanto a la Comisión Negociadora, sujeto receptor de la oferta negociadora, “a la que corresponde aceptar o no la oferta negociadora, activando en la contraparte, en caso afirmativo, un deber de negociar (abrir y desarrollar una negociación con vistas a la consecución de un acuerdo)”. Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ et al.: *La participación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas...*, pp. 131 y 132.

²⁷⁰ En cuanto a la noción de “sociedades participantes”, tanto la Directiva S.E. como la Ley española de implicación las definen como: “*toda sociedad que participe directamente en la constitución de una SE*”. Como vemos, se exige que esa participación sea “directa”, lo cual se conecta por el Reglamento S.E. a la futura detentación de capital de la Sociedad Europea (ex. arts. 29, 33, 36 y 37).

²⁷¹ Sociedades que, recuérdese, serán las siguientes: a) en el caso de SE por “*fusión*”: sociedades anónimas, constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, que tengan su domicilio social y su administración central en la Unión Europea, siempre que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes (art. 2.1 Reglamento); b) en el caso de SE “*holding*”: las sociedades

legislación societaria de cada Estado miembro de la Unión Europea sobre la determinación de la representación de la sociedad en una negociación sobre implicación de trabajadores²⁷².

En cualquier caso, nos referimos por la parte empresarial a los órganos competentes de las sociedades participantes o sus representantes debidamente mandatados según el sistema de gobierno de las mismas: órganos de administración o dirección según los sistemas monista o dualista de administración societaria, sin perjuicio de las competencias estatutarias de las Juntas Generales²⁷³.

Como hemos precisado anteriormente, en el caso de Sociedades Anónimas españolas que participen en el proyecto de constitución de una Sociedad Europea, de acuerdo con la Ley de Sociedades Anónimas, tal competencia corresponderá al Consejo de Administración, dado que el sistema monista es el previsto exclusivamente en nuestro derecho societario para dichas sociedades anónimas, ya que tradicionalmente se ha optado en nuestro país sólo por este sistema para la dirección de las sociedades y que, por tanto, conlleva la existencia de un órgano único, aparte de la Junta General, que es el Consejo de Administración²⁷⁴.

anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada, constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración en la Unión Europea, que podrán promover la constitución de una SE holding siempre que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros o tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro desde, por los menos, dos años antes (art.2.2 Reglamento); c) en el caso de una SE “*filial*”: las sociedades a las que se refiere el párrafo segundo del art. 48 del Tratado de la Unión Europea, así como otras entidades jurídicas de Derecho Público o de Derecho Privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Unión Europea, que podrán constituir una SE filial suscribiendo sus acciones, siempre que al menos dos de ellas estén sujetas al ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros o tengan una filial sujeta al ordenamiento de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro desde, por los menos, dos años antes (art. 2.3 Reglamento).

²⁷² Aunque la Directiva no lo diga expresamente, nada impediría que, en los casos en que concurriesen una multitud de sociedades participantes, con una complicada trama de filiales y establecimientos que cedan trabajadores a la SE, los miembros de la parte societaria se organizaran en una especie de “*Comisión representativa societaria*”. Cfr. G. ESTEBAN VELASCO: *Participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca de un compromiso político?*, op. cit. p. 1702.

²⁷³ En opinión de Cano Galán, a qué órganos concretos se refiere el artículo 8 de la Ley española de implicación cuando utiliza la expresión “los órganos competentes de las sociedades participantes”, a la hora de determinar los órganos con los que corresponde negociar los derechos de implicación de los trabajadores en la SE, es algo incuestionable. Éstos son los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes, que serán aquellos que consten en los Estatutos de acuerdo con la normativa de cada Estado. Luego, los órganos de la SE frente a los cuales se podrán después reclamar los derechos ya negociados, cuando ésta se encuentre domiciliada en España, serán los siguientes: a) El órgano de control y el órgano de dirección si se ha optado en los estatutos por un sistema dual; b) El órgano de administración si en los estatutos se ha optado por un sistema monista. Pero entiéndase que en esta fase de negociaciones en la que la Sociedad Europea aún no está creada, el inicio de las negociaciones se realiza por los órganos de las sociedades participantes y no, lógicamente, por los nuevos que se puedan crear en la SE, pues se condiciona la creación de la propia SE al cumplimiento de las obligaciones en materia de implicación de los trabajadores. Cfr. A. I. PÉREZ CAMPOS, Y. CANO GALÁN, L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI y R. Y. QUINTANILLA GALÁN: *La implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Colección Estudios de Derecho Laboral, Editorial Thomson-Civitas, 2007, pp. 126 y 127.

²⁷⁴ En la ordenación de nuestras estructuras societarias se ha obviado tradicionalmente toda referencia a la intervención de los trabajadores, y especialmente aquella que implicara la presencia o influencia del personal en los órganos societarios, razón por la cual se ha impuesto siempre el sistema monista de administración

Con relación a la otra parte, la parte laboral, siguiendo muy de cerca en este caso el modelo establecido por la Directiva C.E.U., la Directiva S.E., como hemos visto, ordena la constitución de un órgano “*ad-hoc*”, al que va a atribuir como función principal la legitimación negocial del lado de los trabajadores. Como define la Ley 31/2006, la Comisión Negociadora será “*el grupo de representantes de trabajadores constituido (...) para negociar con el órgano competente de las sociedades participantes el establecimiento de las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE*”²⁷⁵.

A pesar de su denominación, y de lo que de ésta pudiera deducirse, la Comisión Negociadora no es la instancia conjunta en la que se negocia eventualmente el correspondiente acuerdo de implicación, sino que su naturaleza es la de ser un órgano de estricta y exclusiva representación de la parte trabajadora y que, además, tiene atribuido un carácter pasajero y transitorio: una vez realizadas las funciones que tiene atribuidas se disuelve y quedarán, consecuentemente, extinguidos los mandatos negociadores atribuidos a sus miembros²⁷⁶.

social, pues no había necesidad de establecer un Consejo de control o vigilancia integrado en mayor o menor proporción por representantes de los trabajadores, siendo el sistema dualista ajeno a la tradición y práctica española. En relación al tema de la participación o intervención de los trabajadores en la dirección de las sociedades, ya en la Exposición de motivos de la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de junio de 1951 se señalaba expresamente que “*el tema de (...) la participación de los trabajadores asalariados en el beneficio de la empresa, o el de su colaboración en la dirección de la empresa son problemas que extravasan el contenido propio de una ley de SA*”. Las posteriores intervenciones legislativas en la materia siguieron optando por no recoger previsiones sobre la participación de los trabajadores en la dirección de la sociedad, excepción hecha de la Ley 41/1962, de 21 de julio (BOE de 23 de julio de 1962), que reguló una tímida presencia de los representantes de los trabajadores en las sociedades (1 por cada 6 del capital o fracción superior a 3, mediante ternas propuestas por el Jurado de Empresa, siendo rechazable incluso la primera terna). El Texto Refundido de LSA, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, aparece como una nueva oportunidad perdida para incluir en el régimen jurídico de las sociedades anónimas el tema de la participación del personal en las mismas. Solamente el art. 123 de dicho Real Decreto Legislativo, el cual remite a los estatutos de la sociedad ordenar el nombramiento de los administradores y la determinación de su número, que correspondería en cualquier caso a la Junta General, y que habrían de constituir el Consejo de Administración, dejaría algún resquicio para que ello pudiera producirse. Más aún, el párrafo segundo de dicho precepto establece que “*para ser nombrado administrador no se requiere la cualidad de accionista, a menos que los Estatutos dispongan lo contrario*”. Por tanto, podría concluirse que la norma señalada, si bien no regula el tema en cuestión, tampoco prohíbe que las sociedades, de acuerdo con lo dispuesto en sus estatutos, pudieran contemplar y regular vías de implicación de los trabajadores en el gobierno o dirección de la sociedad.

²⁷⁵ Art. 2.g).

²⁷⁶ En el art. 2, artículo donde la Directiva contiene también un catálogo de definiciones, se dedica igualmente el apartado g) del mismo a lo que debe entenderse por “Comisión Negociadora” definiéndola, de forma muy parecida a la que posteriormente contendría la española Ley 31/2006, en su art. 2. g), como: “*el grupo constituido de conformidad con el artículo 3 con objeto de negociar con el órgano competente de las sociedades participantes la fijación de modalidades relativas a la implicación de los trabajadores en el seno de la SE*”. La redacción de esta definición sigue muy de cerca la ya contenida en la Directiva 94/45, art. 2. h), con las únicas adaptaciones que resultan del objeto ampliado de las negociaciones que preceden a la constitución de una SE respecto al contemplado en la Directiva C.E.U. Esto ha llevado a una redacción más amplia (“implicación de los trabajadores”) en la Directiva S.E. que la contenida en la Directiva C.E.U (“información y consulta”) a la hora de definir el mandato de este grupo.

Por otro lado, la Directiva no limita el número de miembros de ninguna de las dos partes negociadoras²⁷⁷ (si bien el número de miembros de la Comisión Negociadora resultará de la aplicación de las reglas correspondientes sobre distribución de puestos en la misma que posteriormente veremos²⁷⁸), ni tampoco exige que necesariamente el número de representantes de una y otra parte sea idéntico.

A diferencia de lo que ocurre con la parte empresarial, apenas definida con breves pinceladas, tanto la propia Directiva S.E. como posteriormente la Ley española de implicación centran su atención en la Comisión Negociadora, regulando con mayor grado de detalle y exhaustividad su composición y funcionamiento, siendo estos aspectos sobre los que vamos a centrar nuestra atención a continuación.

²⁷⁷ Y ello a diferencia de lo que ocurre con la Directiva C.E.U, que fija la composición de la Comisión Negociadora en un mínimo de tres miembros y un máximo de diecisiete.

²⁷⁸ *Vid. supra.*

3.2.2. LA “COMISIÓN NEGOCIADORA”: COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO.

Hemos indicado como la Comisión Negociadora debe quedar constituida tan pronto se haya adoptado o publicado el proyecto definitivo de constitución de una Sociedad Europea, cualquiera que sea la forma elegida para ella: fusión, creación de una sociedad holding, filial común o por transformación de una sociedad anónima.

La Comisión Negociadora se configura, por tanto, como el órgano que habrá de representar a todos los trabajadores afectados por el proyecto de constitución de la SE y como el interlocutor necesario con el que han de contar los órganos competentes de las sociedades participantes para negociar el establecimiento de un sistema de implicación de los trabajadores en la futura Sociedad Europea que se pretende constituir.

De hecho, la iniciativa para constituir dicha comisión ha de partir de los propios órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes²⁷⁹. Como también señala expresamente el artículo 4 de la Ley 31/2006, la constitución de la Comisión Negociadora se producirá “sobre la base de la iniciativa y de las informaciones facilitadas por los órganos competentes de las sociedades participantes”.

Pero, a diferencia de la Directiva C.E.U., la Directiva S.E. no contempla el inicio del proceso negociador por iniciativa de la dirección central de la empresa de dimensión comunitaria o de la empresa que ejerza el control del grupo empresarial de dimensión comunitaria²⁸⁰, ni a solicitud escrita de un número mínimo de los trabajadores o de sus representantes²⁸¹, sino que la obligación de negociar el modelo de implicación de los trabajadores, que surge automáticamente con el proceso de constitución de la SE y dentro del cual aparece contemplado como un requisito “*sine qua non*”, recaerá inicialmente sobre los órganos de administración o dirección de todas las sociedades participantes en la constitución de la SE procediéndose, ante el fracaso de la misma, a la aplicación de las disposiciones de referencia, las cuales permitirán también llevar a cabo la inscripción registral de la Sociedad Europea.

También, a diferencia de la Directiva C.E.U., la Directiva S.E. va a contar con previsiones más complejas y exigentes en lo que se refiere tanto a la ordenación de la representatividad de la Comisión Negociadora como a la adopción de acuerdos en su seno.

²⁷⁹ Art. 3.2 párrf. primero, de la Directiva 2001/86.

²⁸⁰ Sobre quien pesa la “responsabilidad de establecer las condiciones y medios necesarios para la constitución de un Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta de los trabajadores”. Art. 4.1 de la Directiva 94/45.

²⁸¹ Arts 1.2 y 5.1 de la Directiva CEU.

Además, son posibles determinadas decisiones que la comisión podrá adoptar y que no aparecían contempladas para la misma en el ámbito de la Directiva 94/45.

Por tanto, la obligación de negociar comprende también entre sus preparativos el de crear un grupo especial de negociación (*Comisión Negociadora*), asignándole la Directiva a este órgano la condición o cualidad de “*representativa*”: la Directiva otorga la legitimidad para negociar del lado social a la Comisión Negociadora, a la cual define como una “*comisión representativa de los trabajadores de las sociedades participantes y sus filiales o establecimientos interesados*”²⁸², ya que será la Comisión Negociadora la que negociará con los órganos competentes de las sociedades participantes con el fin de llegar a un acuerdo sobre la constitución de instrumentos de implicación de los trabajadores en la SE, pudiéndose extender la negociación durante seis meses o incluso un año desde el momento inicial de constitución de la misma, si bien la Comisión Negociadora podrá tomar, en exclusiva, la decisión de no iniciar siquiera las negociaciones e igualmente también podrá decidir, en cualquier momento del proceso negociador, la conclusión de las negociaciones que ya hubiera iniciado con la parte societaria, supuestos ambos en los que procederá la aplicación subsidiaria de las disposiciones de información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en los que la Sociedad Europea tenga trabajadores.

Estamos, en definitiva, ante un órgano “*ad-hoc*”, de estricta representatividad laboral y que tiene atribuida, como hemos señalado, una duración pasajera y transitoria, pues una vez cumplidas las funciones que tiene asignadas la Comisión Negociadora desaparecerá, quedando extinguidos los mandatos negociadores de los miembros integrantes de la misma.

La Directiva 2001/86 procede a regular de manera exhaustiva la composición y funcionamiento de la Comisión; con ello trata de garantizar que “la autonomía de la voluntad en la determinación de las normas de implicación de los trabajadores no encubra realmente una violación de los derechos de los mismos como consecuencia de una descomposición de fuerzas entre las partes llamadas a negociar”²⁸³. Es en este preciso momento cuando procede dedicar nuestra atención al análisis de éste órgano, de representación exclusiva de la parte social, especialmente en lo atinente a la composición de dicha Comisión Negociadora, a la elección o designación de sus miembros, a sus funciones y al funcionamiento de la misma.

²⁸² Art. 3.2 Directiva 2001/86 y, en parecidos términos, el art. 6.1 de la Ley 31/2006.

²⁸³ R. ANSÓN PEIRONCELY y C. GUTIERREZ DORRONSORO: *La Sociedad Anónima Europea*, Ed. Bosch, 2004, p. 260.

3.2.2.1. Composición de la Comisión Negociadora y elección o designación de sus miembros²⁸⁴.

Dado que la Comisión Negociadora podrá tomar importantes decisiones²⁸⁵, la cuestión de la **composición** de la misma tendrá un especial interés, debiendo señalarse, como punto de partida, el hecho de que los miembros que formen parte de la Comisión serán elegidos o designados de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales existentes en los diferentes Estados miembros, por lo que serán éstos los que determinarán la concreta forma de elegir o designar aquellos miembros de una Comisión Negociadora que hubieran de ser designados o elegidos en su territorio.

Además, a diferencia de la Directiva C.E.U., en la que se priorizaban criterios eminentemente territoriales en la composición de la Comisión negociadora frente a criterios de proporcionalidad²⁸⁶, la Directiva S.E. tiene en cuenta, en primer lugar, la proporcionalidad, sí, pero esta proporcionalidad es considerada en atención al territorio; como señala GARRIDO PÉREZ “*la Directiva recurre a criterios temporales y proporcionales de una forma combinada que hasta cierto punto difiere del modo en que dichos criterios habían sido utilizados, para una situación similar, en la Directiva CEU*”²⁸⁷.

La cuestión de la composición de la Comisión Negociadora trascenderá la concreta realidad de las sociedades participantes en la constitución de la SE, para dar también entrada en dicha composición, en igualdad de condiciones, a los representantes de los trabajadores de sus filiales y establecimientos afectados (éstos últimos, tanto directos, de las propias sociedades participantes, como indirectos, de las sociedades filiales). La finalidad de ello no es otra que la de tratar de reflejar en tal órgano la verdadera realidad empresarial “transnacional” sobre la que se ha de asentar la futura Sociedad Europea²⁸⁸.

²⁸⁴ Art. 3.2 de la Directiva S.E., y Arts 7 y 29 de la Ley 31/2006.

²⁸⁵ Aunque estas decisiones serán analizadas cada una de ellas con detalle, podemos avanzar que, con ciertas limitaciones en algunos casos, la Comisión Negociadora puede adoptar importantes decisiones como son, por ejemplo, las siguientes: no negociar o dar por terminadas las negociaciones una vez iniciado el procedimiento negociador, llegar a un acuerdo de implicación con los órganos competentes de las sociedades participantes, rebajar los porcentajes del 25% (en el caso de “fusión”) o del 50% (para los de “holding” o “filial común”) que desencadenan la aplicación de las disposiciones de referencia respecto de la participación, decidir el sistema de participación aplicable si son varios los existentes, etc...

²⁸⁶ Un representante nacional de los trabajadores por cada Estado miembro implicado, dejando luego a los Estados miembros en cuestión decidir la fórmula para asignar un mayor número de puestos en función del número de trabajadores empleados (art. 5.2. c) de la Directiva C.E.U.). Cfr. *European Industrial Relations Review*, núm. 36, enero 2002, p. 22.

²⁸⁷ Cfr. E. GARRIDO PÉREZ: *Las modalidades de implicación de los trabajadores...*, op. cit. p.111.

²⁸⁸ En realidad, en el sistema español de relaciones laborales, en el que los representantes se eligen por centros de trabajo, no resulta del todo correcto, pese a que la Ley española de implicación en su labor de transposición ha seguido sin más la terminología utilizada por la Directiva S.E., la referencia a “filiales” (sería más preciso referirse al “centro o centros de trabajo de las empresa filiales”) y a “establecimientos” (cuyo equivalente español es, como ponemos de manifiesto, el concepto de “centro de trabajo”).

El carácter “representativo” que hemos visto se atribuye a dicho órgano negociador se asegura, por tanto, a través de la participación en su composición de representantes de todos los trabajadores que resultarán comprendidos en la futura SE; de este modo, los miembros de la Comisión Negociadora representarán al conjunto de trabajadores afectados, sin perjuicio de la representatividad individual de cada uno de ellos²⁸⁹.

En concreto, es el artículo 3.2 de la Directiva S.E. el que establece algunos criterios referidos al tema de la composición de la Comisión Negociadora, encomendando luego a las legislaciones nacionales la tarea de llevar a cabo el cierre del régimen jurídico contenido en la misma.

Respecto a dicha composición, lo primero que debemos decir sobre los miembros que la integran es que podemos distinguir en la Comisión Negociadora dos tipos distintos de ellos: los primeros (*miembros ordinarios*), previstos con carácter general, cualquiera que sea el procedimiento de constitución de una SE, los segundos (*miembros adicionales*), sólo para el caso de constitución de una SE por fusión, en su doble procedimiento de fusión por constitución de una nueva sociedad y de fusión por absorción²⁹⁰:

a) ***Miembros ordinarios***: en primer lugar, los denominados “*miembros ordinarios*” serán elegidos o designados (según la forma determinada por cada Estado miembro en las correspondientes normas nacionales de transposición para los que se hayan de elegir o designar en su territorio) en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado miembro por las sociedades participantes y por sus filiales o establecimientos afectados, a razón, en cada Estado, de un puesto por cada 10% o fracción del total de trabajadores empleados en el conjunto de los Estados miembros²⁹¹.

Como ejemplo aplicativo del citado criterio piénsese que en un determinado Estado de la Unión Europea, por ejemplo España, participan en el proyecto de constitución de una Sociedad Europea tres sociedades distintas: una (A) que cuenta en nuestro país con el 40% del total de los trabajadores afectados por la constitución de la SE, otra (B) con el 30%, y la última (C) con el 5%. De acuerdo con el criterio expuesto, en España se deberían elegir o designar 8 miembros para la Comisión Negociadora, dado el porcentaje global del 75% de trabajadores afectados en nuestro país por el proyecto de constitución de la Sociedad Europea.

En el caso de España, el procedimiento concreto referido a dichos miembros ordinarios de la Comisión Negociadora que representen a los trabajadores de los centros de trabajo y empresas filiales de una Sociedad Europea situados en nuestro país

²⁸⁹ M. E. CASAS BAAMONDE: *La implicación de los trabajadores en la S. A. Europea*, pp. 395-396.

²⁹⁰ Art. 17.1 del Reglamento S.E.

²⁹¹ Art. 3.2. a) .i) de la Directiva S.E. y art. 7.1 de la Ley 31/2006. Como señala Valdés Dal-ré la premisa para la puesta en práctica de esta previsión requiere el conocimiento de la información relativa al censo de los trabajadores, dato éste que forma parte de la información que, como hemos señalado, los órganos de dirección o administración han de proporcionar a los representantes de los trabajadores para facilitar la puesta en marcha del procedimiento negociador. Al respecto, vid. F. VALDÉS DAL-RÉ: *El establecimiento de los derechos de implicación...*, op. cit. p. 6.

(independientemente que la SE vaya a estar domiciliada o no aquí) será el procedimiento de “designación”, de conformidad con lo establecido en el artículo 29.1, párrafo primero, de la correspondiente norma nacional de transposición de la Directiva S.E., la Ley 31/2006²⁹². De acuerdo con el mismo, la elección corresponderá efectuarla o bien a las representaciones sindicales que sumen la mayoría de miembros del comité o comités de empresas y de los delegados de personal o bien a las propias representaciones unitarias (*delegados de personal o comités de empresa*) mediante acuerdo mayoritario. Se ofrece, pues, una alternativa en cuanto a la determinación de las representaciones designantes: la unitaria o la sindical mayoritaria²⁹³.

La Directiva, en su art. 3.2. b), *in fine*, previendo que pudieran existir empresas o establecimientos en los que no haya representantes de los trabajadores por motivos ajenos a la voluntad de éstos, encomienda a los Estados miembros que permitan que tales trabajadores puedan elegir o designar a miembros de la Comisión Negociadora, pero ello sin perjuicio de las legislaciones o prácticas nacionales por las que se fijan umbrales para el establecimiento de un órgano de representación (en el caso español, dicho umbral se fija por el art. 62.1 del E.T. en seis trabajadores)²⁹⁴. La ley 31/2006 no establece nada al respecto, pero en el caso de que el impedimento se debiera a la voluntad del empresario consideramos que resultarán de aplicación los procedimientos judiciales y administrativos previstos con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico, procedimientos a los que se viene ahora a sumar todo cuanto se establece en la Ley 31/2006 respecto a procedimientos judiciales y en materia de infracciones.

En cualquier caso, la haga quien la haga, sea la representación sindical o la unitaria, esa designación deberá efectuarse de forma proporcional a la representatividad obtenida por cada sindicato en las elecciones a representantes unitarios en el conjunto de los centros de trabajo²⁹⁵.

²⁹² Art. 29.1, párrf. 1, de la Ley 31/2006: “Los representantes que deban formar parte de la Comisión Negociadora (...) serán designados por acuerdo de aquellas representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de miembros de comité o comités de empresa y delegados de personal, en su caso, o por acuerdo mayoritario de dichos miembros o delegados”.

²⁹³ Como señala RAMÍREZ MARTÍNEZ, esto nos plantea un interrogante en el caso de que ambos sujetos legitimados deseen ejercer su competencia al respecto, debiendo remitirnos, ya que la solución no se encuentra en la Ley 31/2006, al criterio jurisprudencial (vid. STS 30 octubre 1995; RJ 1995, 7930) elaborado para la negociación de los convenios colectivos de empresa: “será quien se adelante en la iniciativa”. Cfr. J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea domiciliada en España”, en AA.VV.: <<La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España>>, Thomson Aranzadi, 2006, p. 391.

²⁹⁴ A diferencia de autores como Monereo Pérez y Valdés Dal-ré, los cuales consideran que precisamente la regla en cuestión sería aplicable en el caso español a las hipótesis de empresas o centros de trabajo con menos de seis trabajadores (art. 62.1 E.T.), nosotros consideramos que quizás sería más acertado entender que en el caso de España, y dado que la regla ha de aplicarse “sin perjuicio de las legislaciones o prácticas nacionales por las que se fijan umbrales para el establecimiento de un órgano de representación”, la misma debería referirse a centros (de 6 o más trabajadores), en los que no hayan podido celebrarse elecciones, que legalmente son posibles, por causas ajenas a la voluntad de los trabajadores. No se referiría, por tanto, al supuesto de centros de trabajo con menos de 6 trabajadores, supuesto en que las elecciones, legalmente, no son factibles. Vid. J. L. MONEREO PÉREZ et. al. : *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas...*, p.114, y F. VALDÉS DAL-RÉ: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*, p. 25.

²⁹⁵ Art. 29.1 de la Ley 31/2006. La proporcionalidad no es, por tanto, en atención al número de trabajadores empleados en cada centro. Se plantea aquí otro problema: en nuestro ordenamiento laboral pueden haber

Podrán designarse como miembros de la Comisión Negociadora a miembros de comités de empresa o a delegados de personal, pero también a trabajadores de cualquiera de las sociedades participantes o de sus centros o filiales afectados, aunque no tengan la condición de representantes unitarios, e incluso a miembros de sindicatos más representativos o simplemente representativos en dicho ámbito, aunque no se sea trabajador de esas sociedades o centros²⁹⁶. Como podemos apreciar, la regulación establecida por la Ley española es bastante flexible en lo que se refiere a los sujetos que pueden ser designados, conforme al procedimiento señalado, miembros de la Comisión Negociadora.

La Directiva no contempla, sin embargo, ninguna regla para el cálculo del número de trabajadores empleados al efecto de proceder a la constitución la Comisión Negociadora²⁹⁷; habrán de ser en cada caso las correspondientes normas nacionales de transposición las que lo precisen²⁹⁸. En cualquier caso, consideramos que debe computarse, para tal fin, tanto a los trabajadores a tiempo parcial como a los trabajadores temporales²⁹⁹.

Para el supuesto de que la Sociedad Europea vaya a estar domiciliada en España, tanto para las sociedades situadas en España como en otros Estados miembros, entendemos que así se ha previsto, regulándose en la correspondiente norma de transposición, la Ley 31/2006, la cuestión relativa a la forma de cálculo del número de trabajadores. Conforme a la misma³⁰⁰, la determinación del número de trabajadores empleados por cada una de las

salido elegidos en las elecciones a delegados de personal y miembros de Comités de Empresa representantes “independientes”, esto es, representantes no sindicales que pudieron haberse presentado en listas alternativas. En este sentido consideramos, siguiendo también a RAMÍREZ MARTÍNEZ, que “en la designación de representantes españoles en la Comisión Negociadora habrá que tener en cuenta, proporcionalmente, los resultados electorales alcanzados por esos representantes elegidos en listas no sindicales”. Cfr. J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ: *La implicación de los trabajadores...*, op. cit. p. 392.

²⁹⁶ Art. 29. 2 de la Ley de implicación.

²⁹⁷ Determinar el número de trabajadores empleados no sólo es relevante para la composición de la Comisión Negociadora, sino también para la adopción de los acuerdos en su seno, para una nueva convocatoria en el supuesto del art. 3.6, párrafo cuarto, y para la aplicación subsidiaria de las disposiciones de referencia sobre participación en las SE constituidas por fusión, holding o filial.

²⁹⁸ Si bien la Directiva 2001/86 no establece, de manera directa, nada al respecto parece la solución adecuada. Además, la Directiva 2002/14 acoge expresamente dicha solución en su art. 3.1, último párrafo: “*Los Estados miembros determinarán el modo de calcular el número de trabajadores empleados*”. Aunque el tema no se aborda, como decimos, directamente por la propia Directiva S.E., hay que señalar que ésta sí que habla en su art. 3.2.a) i) “*del total de trabajadores empleados*”. Ciertamente, lo hace estableciendo la regla de un puesto por cada 10% de ese total, lo que en el fondo deja en el aire la cuestión de cómo calcular ese total. Pero, en principio, parece evidente que ese total es “*todos*”, si no se dice otra cosa. De cualquier manera, lo que es claro es que si la Directiva no dice nada expresamente, lo tendrán que decir los Estados miembros al transponer la propia Directiva a su ordenamiento jurídico, si bien, igualmente creemos que tendrán que hacerlo de la misma forma que lo ha hecho la Ley española de implicación: todos, cualquiera que sea el tipo de contrato (indefinido o temporal, completo o parcial). Debería ser la misma forma de cálculo para todas las sociedades participantes, con el fin de que todas pudiesen participar en iguales términos.

²⁹⁹ Ello de acuerdo con el principio de “no discriminación” de tales trabajadores respecto a los trabajadores a tiempo completo y con contrato indefinido reconocido en la Directiva 97/1981/CE, de 15 de diciembre de 1997, y en la Directiva 99/70/CE, de 28 de junio de 1990, relativas a los acuerdos marco concluidos por UNICE, el CEEP y la CES sobre el trabajo a tiempo parcial y sobre trabajo de duración determinada, respectivamente.

³⁰⁰ Art. 21.1 de la Ley 31/2006.

sociedades participantes en la constitución de la SE, y por sus filiales y centros de trabajo afectados, así como por la propia SE y sus centros de trabajo y empresas filiales, se realizará tomando en consideración la totalidad de los trabajadores empleados por dichas sociedades, empresas y centros de trabajo, incluidos los trabajadores con contratos temporales o de duración determinada y a tiempo parcial.

El momento en que se ha de proceder al cómputo de los trabajadores, en orden a determinar la composición de la Comisión Negociadora y sus reglas de funcionamiento, será el del inicio del proceso negocial, que se abre con la consabida comunicación por parte de los órganos de administración o dirección de las sociedades participantes a los representantes de los trabajadores de las informaciones precisas para constituir la Comisión.

Además, el cómputo del número de trabajadores efectuado para la constitución de dicha Comisión Negociadora estará vigente durante todo el tiempo de funcionamiento de la misma, hasta que se alcance el “acuerdo de implicación” o finalice sin acuerdo el procedimiento negociador correspondiente³⁰¹. Ahora bien, habrá que proceder a efectuar un nuevo cómputo en el caso de que hubiera que realizarse una modificación de la composición de la Comisión Negociadora, como consecuencia de cambios significativos experimentados en las plantillas de las sociedades, empresas y centros de trabajo considerados³⁰².

Estas circunstancias pueden ocurrir en los siguientes dos casos:

a) Cuando se haya producido una modificación en la dimensión, composición o estructura de las sociedades participantes o de las sociedades participantes o de las filiales o centros de trabajo afectados, de forma que se produzca una alteración del número de puestos a cubrir en la Comisión Negociadora, de los criterios de distribución de los mismos, o de la representatividad de la Comisión³⁰³.

b) Cuando se haya producido la pérdida del mandato representativo nacional de un miembro de la Comisión Negociadora o de los representantes nacionales de los trabajadores que procedieron a su elección o designación³⁰⁴.

Por otro lado, la Directiva también encomienda a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para lograr que, en la medida de lo posible, entre los miembros de la Comisión Negociadora haya al menos un representante de cada sociedad participante que

³⁰¹ Art. 21.2 de la Ley española sobre implicación.

³⁰² Art. 21.3.

³⁰³ Art. 7.5 a). La modificación ha de solicitarse por acuerdo de la propia Comisión Negociadora o mediante una petición escrita de un mínimo del 10% de los trabajadores de las sociedades participantes o de sus filiales y centros de trabajo afectados, o de sus representantes, que pertenezcan, por lo menos, a dos centros de trabajo situados en Estados miembros diferentes.

³⁰⁴ Art. 7.5 b). La modificación ha de solicitarse por un 10% al menos de los trabajadores de las empresas y centros de trabajo en representación de los cuales fue elegido o designado el miembro en cuestión o sus representantes.

emplee trabajadores en el Estado miembro afectado³⁰⁵: siguiendo con el ejemplo anterior, las tres sociedades (A, B y C), de acuerdo con lo que acabamos de decir, deberían estar representadas en la Comisión Negociadora, cuando sin embargo, si el criterio adoptado para el reparto de puestos fuese estrictamente proporcional, la última sociedad (la C) no lo estaría. Ahora bien, esta medida no deberá suponer en ningún caso un aumento del número total de miembros que formen parte de la Comisión³⁰⁶.

La Ley 31/2006 viene a dar cumplimiento a este mandato, establecido en la Directiva 2001/86, indicando lo siguiente: “Cuando en representación de los trabajadores empleados en España deba designarse a más de un miembro en la Comisión Negociadora, se deberá procurar que, en la medida de lo posible y según lo permita el número de miembros que haya que designar, entre dichos miembros figure al menos un representante de cada una de las sociedades participantes que empleen a trabajadores en España”³⁰⁷.

Pero en el caso español, para las empresas filiales y centros de trabajo de una Sociedad Europea que se encuentren situados en nuestro país, a pesar de lo expuesto, esta medida ha de ser entendida y considerada sin perjuicio de la denominada “regla de proporcionalidad” que, contenida en el artículo 29.1 de la Ley 31/2006, prevé, como hemos visto con anterioridad, un reparto proporcional no al número de trabajadores empleados en cada centro, sino a la representatividad obtenida por los sindicatos en las elecciones a delegados de personal y miembros de Comités de Empresa en el conjunto de los centros de trabajo afectados de nuestro país³⁰⁸.

Por tanto, aunque se deberá procurar que entre los miembros de la Comisión Negociadora haya al menos un representante de cada sociedad participante, este criterio de proporcionalidad (referida, repito, no al número de trabajadores, sino a la audiencia electoral) será el criterio al que se le dará prioridad a la hora de efectuar el correspondiente reparto o distribución de puestos en la Comisión Negociadora que correspondan a los mismos, actuándose de igual modo en el caso de tener que proceder a la sustitución de miembros ya designados en los supuestos de dimisión o revocación del mandato o de pérdida de la condición de representante nacional de los trabajadores³⁰⁹. Esta última consideración es una exigencia del propio “principio de representatividad” comentado que ostenta la Comisión Negociadora, vinculándose el mandato del representante en dicha

³⁰⁵ Art. 3.2 b) de la Directiva S.E. Estaríamos pues ante una “proporcionalidad corregida”, fórmula que en ocasiones pudiera producir un efecto de suprarrepresentación a favor de los trabajadores de los Estados cuyas sociedades tengan un reducido número de efectivos así como efectos de infrarrepresentación en situaciones inversas. Pero, como señala Valdés Dal-ré, “la mayor pluralidad de la Comisión Negociadora, conseguida con la introducción de un mecanismo corrector de la representatividad estricta, permite a la Comisión Negociadora una más adecuada valoración de la diversidad de culturas europeas en materia de derechos de implicación; preserva, en definitiva, esa diversidad”. Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ: *El establecimiento de los derechos de implicación...*, op. cit. p. 6.

³⁰⁶ Art. 3.2. b), primer párrf., de la Directiva S.E.

³⁰⁷ Art. 29.3 de la Ley 31/2006.

³⁰⁸ Art. 29.1, párrf. 1, de la Ley 31/2006: “En todo caso, esta designación (de los representantes que deben formar parte de la Comisión Negociadora) deberá hacerse de forma proporcional a la representación obtenida por cada sindicato en las elecciones a los representantes de los trabajadores en el conjunto de los centros de trabajo”.

³⁰⁹ Art. 29.1, párrf. dos, de la Ley 31/2006.

Comisión con el mantenimiento de su mandato de representante nacional o con las condiciones de su elección o, en este caso, de la designación del mismo³¹⁰.

En definitiva, hay que resaltar que el reparto no es, según nuestra Ley, proporcional al número de trabajadores empleados, sino proporcional a la representatividad o audiencia electoral. Claro es que esto no asegura que toda sociedad cuente con un representante, pero al menos no habrá contradicción entre las dos reglas: primero, proporcionalidad (no al número, sino a la audiencia, repetimos) y, luego, representación de todas, si es posible (que no siempre lo será, ciertamente).

b) ***Miembros adicionales***: en segundo lugar, se podrán elegir o designar miembros adicionales a los anteriores, y ello con la finalidad de garantizar que en el caso de una SE constituida mediante “fusión” haya al menos un representante en la Comisión Negociadora por cada sociedad que vaya a dejar de existir como entidad jurídica diferenciada³¹¹.

Aunque la Directiva S.E. no lo dice de manera expresa, el Grupo de Expertos “SE” tuvo la ocasión de señalar que la finalidad que persigue el legislador comunitario con esta singular previsión en favor de aquellas sociedades fusionadas o absorbidas que se extingan como consecuencia del proyecto de constitución de una SE por fusión, amén de tratar de garantizar la adecuada representación de las mismas en la Comisión Negociadora y su intervención a través de la misma en el proceso negocial, sería también la de contribuir con ella a tratar de proteger los sistemas o prácticas de participación existentes en esas sociedades que han de desaparecer como consecuencia de su fusión o absorción en la nueva Sociedad Europea que se constituye.

A este respecto entendemos que, como a continuación también tuvo ocasión de poner de manifiesto el propio Grupo de Expertos “SE”³¹², ello es discutible pues si bien es cierto que, sin perjuicio de que los eventuales representantes laborales de las otras sociedades participantes podrían también llevar a cabo tal defensa, la presencia de representantes de tales sociedades que vayan a desaparecer en el seno de la Comisión Negociadora puede permitir el defender con mayor rigor la conservación de sus derechos de participación, la verdadera y auténtica protección de los mismos se encuentra, dentro de la Directiva S.E., en el juego de las reglas propias del “principio antes-después”, según las cuales, como sabemos, se precisará de una mayoría reforzada para reducir tales derechos en el caso que nos ocupa, reglas que de no ser observadas pueden dar lugar a la impugnación del acuerdo.

³¹⁰ Téngase en cuenta lo también dispuesto en el art. 29.1, párrf. tres, de la Ley 31/2006, que establece lo siguiente: “A los efectos de determinar la representatividad de los miembros de la Comisión Negociadora, se respetará la representatividad que cada uno tenga atribuida en el acta de designación. En caso de no constar, se presumirá que todos los designados en representación de los trabajadores empleados en España representan al conjunto de dichos trabajadores”.

³¹¹ Art. 3.2. a). ii) de la Directiva S.E.; Arts 7.2. y 29.3 de Ley española de implicación.

³¹² El Grupo de Expertos, una vez señalada dicha finalidad, entiende que esa específica protección reforzada es meramente “ilusoria”, pues los citados miembros adicionales, dada la prohibición de la doble representación de los trabajadores en dichas empresas y de las reglas propias que determinan la formación y expresión de la voluntad en el seno de la Comisión Negociadora, prácticamente en ningún caso tendrán capacidad para “reequilibrar la balanza a su favor”. Cfr. Grupo de Expertos “SE”: *Document de Travail n° 16*, Rev. 1, de 2 de diciembre de 2002, pp. 14-15.

La incorporación de los miembros adicionales se hará también por elección o designación, según dispongan las normas de transposición de los Estados miembros. La ley 31/2006, refiriéndose a las Sociedades Europeas domiciliadas en España, así lo reconoce, y nos remite también a las legislaciones y prácticas nacionales a la hora de determinar la elección o designación de los mismos. Por su parte, respecto a los centros de trabajo y empresas filiales situados en España de Sociedades Europeas (estén o no domiciliadas aquí), la mencionada ley se decanta, al igual que en el caso de los miembros ordinarios, por el procedimiento de la “designación”.

En este caso, la designación de miembros adicionales deberá realizarse de la misma forma que la prevista para los miembros ordinarios³¹³, y deberá recaer sobre los mismos sujetos que podían ser designados como tales³¹⁴, pero todo el proceso se limitará exclusivamente al ámbito de aquella sociedad participante que, como consecuencia del proyecto de fusión, fuera a desaparecer como entidad jurídica diferenciada tras la inscripción de la SE³¹⁵.

Pero, sigamos con el ejemplo anterior: si aparte de España, en donde participaban 3 sociedades (sociedades A, B y C), hubiera 4 sociedades en Portugal (sociedades D y E, con un 6% de trabajadores cada una de ellas y sociedades F y G, con un 3% de trabajadores cada una; 18% total, dos miembros en la Comisión Negociadora) y dos en Italia (Sociedades H con un 6% e I con un 1%, 7% total, un miembro en la Comisión Negociadora), dos de las sociedades portuguesas y una de las italianas podrían no estar representadas en la Comisión Negociadora, de no ser por la previsión citada de que al menos haya un representante en la Comisión Negociadora por cada sociedad que vaya a dejar de existir como entidad jurídica diferenciada.

Ahora bien, también en el caso español se establece, a estos efectos de incorporación de posibles miembros adicionales en el caso de Sociedades Europeas que se vayan a constituir mediante fusión, dos consideraciones que matizan la previsión inmediatamente anterior³¹⁶:

³¹³ La forma contemplada en el art. 29.1 de la Ley 31/2006.

³¹⁴ Los sujetos señalados en el art. 29.2 de la Ley 31/2006.

³¹⁵ Art. 29.4. Este artículo señala lo siguiente: “*La designación de los representantes adicionales que, en su caso hubieran de incorporarse a la Comisión Negociadora (...) se realizará de la misma forma señalada en los apartados 1 y 2 anteriores (relativos a los miembros ordinarios), pero refiriéndose el proceso exclusivamente al ámbito de la sociedad participante que vaya a desaparecer como entidad jurídica diferenciada tras la inscripción de la SE*”.

³¹⁶ Consideraciones contenidas en el 7.2, y matizadas por el art. 29.5 de la misma Ley 31/2006, para el caso de que el Estado en cuestión sea España, y respecto a los centros de trabajo y empresas filiales situados en nuestro país de Sociedades Europeas. En este último artículo se establece, con relación al **apartado a)**, y en concreto para los trabajadores empleados en España por una sociedad participante, que se entenderá que están representados en la Comisión Negociadora cuando forme parte de ella un trabajador de dicha sociedad designado en España (art. 29.5); Con relación al **apartado b)**, se precisa que si el representante designado en España que no fuese trabajador de ninguna de las sociedades participantes fuese un “representante sindical”, en este caso se matiza que tendrá la representatividad que expresamente le atribuya el acta de designación; en el caso de no constar, se presumirá que todos los trabajadores empleados en España por las sociedades participantes están representadas en la Comisión Negociadora a través del mismo (art. 29.5).

a) Se entenderá que una sociedad participante registrada y que emplea a trabajadores en un Estado miembro estará representada en la Comisión Negociadora cuando forme parte de ella un trabajador de dicha sociedad elegido o designado en el Estado miembro en cuestión.

b) En el caso de que entre los miembros elegidos o designados en dicho Estado miembro figure un representante que no sea trabajador de ninguna de las sociedades participantes, se presumirá que todas las sociedades participantes que emplean a trabajadores en dicho Estado miembro están representadas en la Comisión Negociadora a través de dicho representante, salvo que el acta de elección o designación dispusiera otra cosa.

De cualquier modo, y con independencia de estas dos consideraciones anteriores, la Directiva S.E. (y también la Ley 31/2006) establece una doble limitación que opera sobre estos miembros adicionales de la Comisión Negociadora y que habrá de tenerse en cuenta:

1. El número de miembros adicionales no puede exceder del 20% de los miembros ordinarios³¹⁷: en el ejemplo que estamos siguiendo, siendo 11 el número de miembros ordinarios en la Comisión (8 por España, 2 por Portugal, 1 por Italia), habría dos miembros adicionales a lo sumo. Estos dos miembros adicionales se asignarán a sociedades de distintos países y por orden decreciente en el tanto por ciento de trabajadores empleados³¹⁸; por tanto, uno de los adicionales iría destinado a una de las empresas portuguesas (que contaba con el 3%), y el otro miembro adicional iría a Italia (que contaba con una empresa con el 1%), quedando sin representación una de las empresas portuguesas (que contaba con un 3%).

2. Por último, en estos casos de asignación de miembros adicionales la Directiva S.E. pretende evitar que pueda producirse una doble representación³¹⁹. La Ley española establecerá, para aquellas Sociedades Europeas que vayan a tener su domicilio en nuestro país, que la representación que ostente el miembro adicional se descuenta de la que tengan los miembros ordinarios³²⁰: siguiendo con nuestro ejemplo, aplicar esta previsión

³¹⁷ Art. 3.2.a) .ii) de la Directiva; art. 7.3 de la Ley.

³¹⁸ Art. 3.2. a) ii), último párrf. de la Directiva S.E.; art. 7.3, segundo párrf. de la Ley de implicación.

³¹⁹ Art. 3.2. a) .ii) de la Directiva: “...la composición de la Comisión Negociadora no de lugar a una doble representación de los trabajadores...”. Volvemos a insistir, dada su importancia, en la opinión expuesta en su momento por el Grupo de Expertos “SE”, el cual ha manifestado que la específica protección reforzada que se establece para los casos de SE constituida mediante fusión es meramente “ilusoria”, ya que los denominados “miembros adicionales”, a la vista de esta prohibición de doble representación de los trabajadores y de las reglas que ordenan la formación y expresión de la voluntad negocial de la Comisión Negociadora, en ningún caso tendrán “capacidad para desequilibrar la balanza en su favor”, pues como expresamente veremos en el epígrafe siguiente de este Capítulo “cada deliberación exigirá el voto favorable de miembros que representen a igual mayoría de trabajadores”. Cfr. Grupo de Expertos “SE”, *Document de Travail n.º 16*, Rev.1, de 2 de diciembre de 2002, op. cit. pp. 14 y 15.

³²⁰ Art. 7.4 de la Ley 31/2006: “Para evitar la doble representación en la Comisión Negociadora de los trabajadores afectados por la designación de representantes adicionales, se deberá proceder a deducir dicho número de trabajadores del número total de trabajadores cuya representación se hubiera atribuido a los representantes inicialmente elegidos o designados en el Estado miembro en cuestión”.

supondría, en su caso, que si el miembro ordinario portugués representaba un 6% de trabajadores afectados, tras la asignación de 1 miembro adicional que representa a un 3% de trabajadores, el miembro ordinario ya sólo pasaría a representar a otro 3% de los mismos.

Una última consideración, ya vista, pero que requiere ser reiterada y ampliada: recuérdese que la Directiva S.E. contempla la posibilidad de que los Estados miembros puedan prever la incorporación en la Comisión Negociadora (formando parte de la misma al poder ser elegidos o designados como miembros de ella) de representantes sindicales³²¹, sean o no trabajadores de las sociedades participantes, por lo que incluso un representante sindical externo va a poder ser miembro de la Comisión Negociadora. Esta circunstancia no era contemplada por la Directiva C.E.U., la cual ni siquiera mencionaba a las organizaciones sindicales.

En la transposición de la Directiva S.E. efectuada por el Estado español, la Ley 31/2006 recoge dicha posibilidad y la admite en su artículo 7.1, párrafo segundo, para las Sociedades Europeas domiciliadas en España³²², estableciendo expresamente lo siguiente: “*Podrán ser designados como representantes de los trabajadores en la comisión negociadora representantes sindicales, sean o no trabajadores de una de las sociedades participantes o de sus centros de trabajo o empresas filiales afectados, en los términos previstos en las legislaciones o prácticas nacionales*”.

Además, y sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, la Comisión Negociadora podrá solicitar, si lo considera adecuado para un mejor desempeño de sus funciones, estar asistida por expertos de su elección, entre los que se incluye expresamente a representantes de las organizaciones sindicales pertinentes a nivel europeo, que pueden ser designados basándose en su implicación en las cuestiones sociales europeas o internacionales³²³.

Esta disposición pretende permitir la presencia en dicho órgano negociador de los sindicatos europeos, siendo ésta otra novedad de la Directiva S.E. con respecto a la Directiva C.E.U., que sólo preveía el recurso a expertos, pero no la presencia en la

³²¹ Art. 3.2. b), segundo párrafo.

³²² Recuérdese que también la Ley española reconocía la posibilidad, para los casos de centros de trabajo y empresas filiales situados en España de las sociedades europeas, de que entre los representantes designados en España figure “un representante sindical que no sea trabajador de las sociedades participantes”, en cuyo caso tendrá la representatividad que le atribuya el acta de designación. Cfr. art. 27.5 de la Ley 31/2006. Pues bien, esta circunstancia, la posibilidad de que pudieran incluso ser designados como representantes de los trabajadores en esta Comisión Negociadora “*representantes sindicales externos*”, derivaría en una serie de discrepancias al respecto entre organizaciones sindicales y empresariales durante el proceso de tramitación del Proyecto de Ley. Incluso el Grupo Parlamentario Popular presentaría una enmienda a este artículo; pero, a pesar de la misma, finalmente no se eliminaría la posibilidad de que puedan participar en dicho órgano trabajadores externos a la empresa. La citada enmienda establecía lo siguiente: “*Podrán ser designados como representantes de los trabajadores en la Comisión Negociadora representantes sindicales, los trabajadores de una de las sociedades participantes o de sus centros de trabajo o empresas filiales afectados, en los términos previstos en la normativa aplicable*” (Enmienda núm. 22).

³²³ Art. 3.5. Téngase en cuenta que según el art. 3.7 de la Directiva los gastos de funcionamiento de la Comisión Negociadora y, en general, de las negociaciones correrán a cargo de las sociedades participantes, de manera que dicho órgano pueda cumplir adecuadamente su función, pero se admite que los Estados miembros puedan limitar la financiación a un solo experto.

Comisión Negociadora de representantes de los sindicatos europeos. La Comisión Negociadora podrá decidir, además, informar a los representantes de las organizaciones externas pertinentes, incluidos los sindicatos, acerca del inicio de las negociaciones.

Luego, iniciadas las negociaciones, dichos expertos podrán estar presentes, en calidad de asesores, durante el desarrollo de las reuniones en las que se llevan a cabo tales negociaciones con los órganos competentes de las sociedades participantes, cuando así lo solicite la propia Comisión Negociadora, en su caso, para “*promover la coherencia a nivel comunitario*”³²⁴; en definitiva, tal y como se encargará de precisar la Ley 31/2006, con dicha presencia se pretende en particular facilitar que las disposiciones que se negocien sean coherentes con el ámbito comunitario europeo en que se desenvuelven las actividades de la sociedad³²⁵.

Una Comisión Negociadora abierta a la contribución directa de las organizaciones sindicales y, en concreto, de las Federaciones Europeas es fundamental para la efectividad de la conservación de los derechos adquiridos y, por tanto, para el adecuado juego del “principio antes-después”³²⁶.

3.2.2.2. Funcionamiento, funciones y financiación de la Comisión Negociadora.

Una vez analizada la composición de la Comisión Negociadora procede detenernos en el comentario del funcionamiento de la misma, su necesaria financiación y las **funciones** que dicho órgano está llamado a desempeñar. Empezaremos comentando, con cierto grado de detalle, éstas últimas, partiendo de la consideración de que podemos precisar, en concreto, las siguientes funciones:

1ª. La función principal, pero no única, que tiene atribuida la Comisión Negociadora es la de negociar con los órganos competentes de las sociedades participantes las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE. Para que pueda cumplir con esa función, el órgano competente de las sociedades participantes deberá informar puntualmente a la Comisión acerca del desarrollo del proceso real de constitución de la Sociedad Europea, hasta que se produzca la inscripción de la misma³²⁷.

³²⁴ Art. 3.5 de la Directiva S.E.

³²⁵ Art. 9.5 de la Ley española sobre implicación.

³²⁶ Este hecho contribuye a garantizar: a) un mayor equilibrio entre las representaciones internas (sólo empresarial) y externas, y por lo tanto una mayor cobertura de los sujetos implicados en los procesos de constitución de una SE; b) una mayor coherencia de las formas de implicación con la nueva estructura de la empresa societaria; y, finalmente, c) un gobierno compartido de las tensiones que pueden producirse naturalmente entre grupos de trabajadores, en el caso de las SE constituidas por diferentes empresas sometidas a diversas formas de implicación cada una de ellas. Cfr. G. ARRIGO: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*, pp. 18-19.

³²⁷ Art. 3.3, párrf. segundo, de la Directiva S.E.

El resultado de esas negociaciones, que en cualquier caso deben estar presididas por un “*espíritu de colaboración*” por ambas partes³²⁸, culminará normalmente con un acuerdo escrito (el “acuerdo de implicación”), en el que se fijarán las normas de implicación de los trabajadores en la SE³²⁹, y que será analizado en el epígrafe siguiente de esta Tesis doctoral³³⁰.

2ª. Ahora bien, la Comisión Negociadora también tiene atribuida la facultad de decidir por mayoría cualificada en este caso (con el fin dar una protección adicional a los derechos de participación ya adquiridos por los trabajadores) no iniciar negociación alguna o dar incluso por terminadas, en cualquier momento del proceso negociador, las negociaciones que ya pudieran haberse iniciado³³¹; pero tales decisiones no supondrán la renuncia total a toda forma de implicación: en dichos supuestos no serán de aplicación las disposiciones de referencia contenidas en el Anexo de la Directiva y en las correspondientes normas nacionales de transposición de la misma. En cambio, si lo serán las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores en los Estados miembros en los que la Sociedad Europea tenga trabajadores. Ello, además, sin perjuicio de la aplicación del régimen previsto en la Directiva 94/45, relativa a los Comités de Empresa Europeos, en aquellos casos en los que la SE fuese una empresa de dimensión comunitaria o una empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, tal y como disponen el artículo 13.1, párrafo segundo, de la Directiva S.E., y la Disposición Adicional primera de la Ley 31/2006 para las Sociedades Europeas domiciliadas en España, como excepción a la regla general de inaplicación de la Directiva C.E.U. en tales casos. De este modo, a través de la intervención de un Comité de Empresa Europeo se garantizaría, pese a no iniciar o dar por terminadas sin acuerdo las negociaciones ya iniciadas, la existencia de un sistema uniforme de implicación en el conjunto de la Sociedad Europea.

³²⁸ Con mayor precisión y exigencia la Ley 31/2006, en su art. 8.1. indica que “*los órganos competentes de las sociedades participantes y la Comisión Negociadora deberán negociar de buena fe, con vistas a la obtención de un acuerdo*”.

³²⁹ Art. 4.1 de la Directiva SE y art. 8.1 de la Ley 31/2006.

³³⁰ *Vid. supra.*

³³¹ Art. 3.6 de la Directiva S.E. y art. 8.2 de la Ley de implicación. Esta decisión parecería lógica cuando los trabajadores implicados perteneciesen a sistemas jurídicos que han acogido el mínimo de la regulación comunitaria -la armonización sobre derechos de información y consulta- y que no provienen, por tanto, de sistemas jurídicos más avanzados, como el alemán o el holandés, sistemas que garantizan la participación de los trabajadores en los órganos sociales de las empresas que se rijan por su ley nacional. Al respecto, debe señalarse que la gran mayoría de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea están dotados de normas en materia de información y consulta de los trabajadores. Además, téngase en cuenta que al entrar en 2008 definitivamente en vigencia la Directiva 2001/14, los derechos en ella contenidos tienen que ser reconocidos en todos los Estados miembros y aplicados por los empresarios que cumplan determinados requisitos subjetivos y organizativos. En el caso de España, esta Directiva general no ha sido expresamente transpuesta a nuestro ordenamiento sino hasta fecha muy reciente, lo cual no ha planteado, por otra parte, excesivos problemas, y ello probablemente por que se ha entendido que los derechos reconocidos a los trabajadores en el Estatuto de los Trabajadores cubrían suficientemente el panorama diseñado al respecto por la norma comunitaria. Por otro lado, como señala también ARRIGO, otro supuesto en el que la Comisión Negociadora pudiera encontrar conveniente hacer referencia a la disciplina nacional es aquella de la constitución de una SE que ya esté sometida a las normas nacionales de transposición de la Directiva 94/45, con lo que se evitaría las fatigas de una negociación de resultado incierto y muy posiblemente no mejorado del anterior orden regulativo. Cfr. G. ARRIGO: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*, op. cit. p. 20.

Por tanto, como podemos apreciar, la decisión señalada parte en exclusiva de la representación del personal en el proceso negociador, decisión que pudiera estar motivada en posibles discrepancias internas en el seno de la Comisión Negociadora o de ésta con los órganos competentes de las sociedades participantes en lo que concierne a la posibilidad de negociar el establecimiento, por acuerdo, de un modelo propio y específico de implicación que regule la misma para los trabajadores de la SE (de acuerdo con alguna de las distintas modalidades que establece la Directiva S.E. en su artículo 4, ya que si se negociara un “acuerdo de implicación” éste deberá optar por una de ellas, y sobre tal determinación podrían surgir ya inicialmente importantes disensiones) o bien incluso, como señala GARRIDO PÉREZ tratar de “evitar dificultades operativas en la constitución de la SE y en la determinación misma de un modelo de implicación cuando las facultades de intervención de los trabajadores pudieran estar garantizadas por otras vías”³³².

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, como consecuencia de la aplicación del señalado principio de respeto a los derechos adquiridos, la decisión de la Comisión Negociadora de no iniciar negociaciones o dar por terminadas las mismas tiene un límite claro marcado por las dos normas, tanto por la Directiva S.E. como por la Ley española sobre implicación: no podrá tomarse ninguna de dichas decisiones por la Comisión Negociadora en el caso de una SE constituida mediante “transformación”, cuando en la sociedad anónima que fuera a transformarse en Sociedad Europea se aplicase ya previamente a la constitución de la SE “un sistema de participación de los trabajadores en los órganos de administración o control de la misma”, según que el modelo al que la misma estuviese sujeta fuera monista o dualista respectivamente, cualquiera que fuera el sistema de participación en cuestión y la medida del mismo³³³.

Además, la decisión de la Comisión Negociadora de no iniciar negociaciones o dar por terminadas las negociaciones eventualmente iniciadas no cierra por completo la puerta a una posible negociación futura: en tales casos se podrá solicitar, por escrito y a iniciativa como mínimo del 10% de los trabajadores de la SE, de sus filiales y establecimientos o de sus representantes, el inicio de nuevas negociaciones, una vez transcurridos dos años desde la fecha de la citada decisión, si es que las propias partes negociadoras no hubieran acordado ya con anterioridad retomar el proceso negociador³³⁴. Si la Sociedad Europea se hubiera ya constituido (circunstancia posible a pesar de tales decisiones, pues recordemos que aunque es la vía preferente, el acuerdo de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea no es el único camino permitido para garantizar la implicación de los mismos en la SE, y si ésta finalmente ha sido registrada es por que en la misma hay reconocida alguna forma de implicación de los trabajadores) la Comisión Negociadora negociará ya con la dirección de la SE. En el caso en que estas nuevas negociaciones también fracasasen no serán de aplicación, con carácter subsidiario, las disposiciones de referencia contenidas en el Anexo de la Directiva 2001/86 y en las correspondientes normas nacionales de transposición de la misma, y que en el caso de la Ley 31/2006 se hayan contenidas en su Capítulo II.

³³² Cfr. E. GARRIDO PÉREZ: *Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*, op. cit. p. 117.

³³³ Art. 3.6, párrf. tercero, de la Directiva S.E. y art. 8.2, párrf. tercero, de la Ley de implicación.

³³⁴ Art.3.6, *in fine*, de la Directiva y art. 8.3. de la Ley 31/2006.

3ª. Por último, la Comisión Negociadora podrá pronunciarse a favor de la reducción de los derechos de participación ya existentes³³⁵: si el acuerdo de implicación que finalmente logre adoptarse conllevara una reducción de los derechos de participación ya existentes (y éstos afectaban, en el caso de fusión, al menos al 25% de trabajadores; y en el caso de holding o filial común, al menos al 50% de los trabajadores), tal acuerdo requiere asimismo, como veremos, de mayoría cualificada en la Comisión Negociadora. La razón de exigir una mayoría reforzada en estos supuestos reside en la protección de los derechos de los trabajadores, que poseen derechos de cogestión en las sociedades participantes en el proceso de constitución de la Sociedad Europea. Si, por el contrario, el número de trabajadores afectados por la reducción de derechos de participación es inferior al señalado por los porcentajes indicados la regla aplicable es la que exige una doble mayoría absoluta, y que es la regla general por la que la Comisión Negociadora se conduce, como veremos, para la toma de sus decisiones, pero no se requerirá ya la mayoría cualificada o reforzada que ahora comentamos.

A estos efectos, se entenderá por “*reducción de los derechos de participación*” el establecimiento de una proporción de representantes de los trabajadores en los órganos de la SE que sea inferior a la más alta existente en las sociedades participantes³³⁶. Como ejemplo, piénsese en el siguiente caso: imagínese que el 25% (o el 50%, según el modo de constitución de la SE) de los trabajadores afectados por el proyecto de constitución de la SE tenían reconocidos previamente ya derechos de participación³³⁷, y de ese 25% concreto, el 15% tenía reconocido el derecho a elegir o designar (según “*modelo alemán*”) o a recomendar u oponerse (según “*modelo holandés*”) al nombramiento de 1/4 del órgano de administración o control, mientras que el 10% restante tenía reconocido el derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse al nombramiento de 1/3 del órgano de administración o control; en este caso, se consideraría una reducción de los derechos de participación acordar que en la futura SE la participación fuese menor a 1/3.

En definitiva, para que se considere que hay reducción y, consecuentemente, sujetar el acuerdo correspondiente a la exigencia de mayoría cualificada, hay que determinar primero cuál es el porcentaje de trabajadores del conjunto de la sociedades participantes que disponen de derechos de participación (este porcentaje deberá ser, al menos, de un 25% o, incluso, un 50% según el modo de constitución de la SE), y luego habrá que tener en cuenta cuál es el número o proporción de representantes de los trabajadores en los órganos de la SE que se pretende acordar (este número o esta proporción deberá ser inferior al más alto o a la más alta de las existentes en las sociedades participantes, si es que hay varias proporciones distintas).

³³⁵ Art. 3.4 de la Directiva S.E. y Art. 9.2 de la Ley española de implicación.

³³⁶ Art. 3.4, *in fine*, de la Directiva y art. 9.2 de la Ley española.

³³⁷ En el sentido definido, respectivamente, en los arts. 2. k) y 2. l) de la Directiva S.E. y de la Ley sobre implicación: “*influencia del órgano de representación de los trabajadores, o de los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante:*

1º. *El derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o control de la sociedad; o*

2º. *El derecho a recomendar u oponerse a la designación de una parte o todos los miembros del órgano de control”.*

Como podemos ver, en la Directiva S.E. (e igual ocurrirá en la Ley 31/2006) no se mide el hecho de que la reducción de la participación afecte a más o menos derechos (o, más correctamente, a derechos de participación cualitativamente más o menos intensos), sino que afecte a un número mayor o menor de trabajadores. La regulación se sostiene, por tanto, sobre un método de comparación únicamente “*cuantitativo*” que, posteriormente, se proyecta sobre la proporción de miembros en los órganos de dirección o control existentes en las sociedades participantes. Pero, como decimos, no se contempla en ninguna de las dos normas citadas solución expresa para los posibles cambios o variaciones “*cualitativas*” en los derechos de participación: en estos casos, será la autonomía de los sujetos negociadores, bien directamente o bien a través de procedimientos de solución de conflictos surgidos en la negociación, la llamada a resolver estas cuestiones cuando los propios negociadores discrepen sobre el entendimiento o valoración de tales derechos de participación, circunstancia que piénsese que puede ocurrir si se pretende cambiar de un sistema de participación consistente en la elección o designación de representantes de los trabajadores en los órganos societarios a otros de mera recomendación u oposición a la designación de los mismos o, por ejemplo, de pérdida de poderes del órgano participado como consecuencia, en los sistemas duales, de la atribución de sus facultades de nombramiento y revocación de los miembros del órgano de dirección a las Juntas Generales³³⁸.

Ahora bien, en el supuesto de SE por “*transformación*” la reducción de los derechos de implicación (y *no sólo de participación*) no es posible ni siquiera dándose dicha mayoría cualificada, ya que en este caso el acuerdo negociado entre las partes deberá estipular un nivel de implicación equivalente al de todos los elementos de implicación existentes en la sociedad que vaya a transformarse³³⁹: o sea, sin posibilidad alguna de merma o reducción de los niveles de implicación que ya existieran con anterioridad en la sociedad, cualquiera que fueran aquellos, ya fuese mediante procedimientos de información y de consulta o mediante la participación orgánica, constituyendo esta medida un ejemplo más de la operatividad aplicativa del principio “antes-después”. Con ello se trataría de evitar estrategias empresariales tendentes a privar a los trabajadores de sus derechos adquiridos, merced a la posterior constitución de la sociedad anónima en Sociedad Europea. Es por ello que, en el caso de que los trabajadores de una sociedad llamada a transformarse en SE vieran reducidos sus derechos de participación de manera que pasaran de un sistema de participación a un sistema basado únicamente en la información y la consulta, son de aplicación las disposiciones subsidiarias sobre participación contenidas en la Parte 3 del Anexo de la Directiva S.E.³⁴⁰, de manera que los trabajadores tendrán los mismos derechos sobre participación que tenían previamente en la sociedad que se transforma³⁴¹.

³³⁸ Ex. art. 39.2 del Reglamento S.E. El Grupo de Expertos “SE” recomendaba aplicar la comparación cuantitativamente, pero entre sistemas de participación cualitativamente iguales (o sea, entre sistemas de elección/designación por una parte, y entre sistemas de recomendación/veto por otra parte), sin mezclar los diferentes. Pero descartaba que las normas nacionales de transposición pudieran incorporar reglas de equivalencia al respecto (por ejemplo, entre la mitad de los miembros elegidos o designados y la totalidad de los recomendados o vetados; o, entre la mitad de los miembros del órgano de control y un tercio de los del consejo de dirección), al no existir base para ello en la Directiva. La solución a estos problemas, de no existir finalmente acuerdo entre las partes negociadoras, sería judicial (o extrajudicial, aunque tampoco diga nada al respecto la Directiva o el Grupo de Expertos). Vid. Grupo de Expertos “SE”, *Document de Travail n° 16*, Rev. 2, de 5 de marzo de 2003, cit. págs. 34-35.

³³⁹ De acuerdo con lo dispuesto en el art. 4.4 de la Directiva y en el art. 11.2 de la Ley.

³⁴⁰ Anexo Directiva S.E., Parte 3, letra a): “*En el caso de una SE constituida por transformación, si las normas del Estado miembro relativas a la participación de los trabajadores en el órgano de administración*

Sin embargo, la complejidad que pueden conllevar las otras formas de constitución de una SE distintas a la de la “transformación” es la razón por la cual la Directiva comunitaria permite atemperar los efectos de un estricto cumplimiento del “principio antes-después” en tales casos, permitiéndose una reducción acordada de los derechos de participación en los supuestos de Sociedad Europea mediante fusión, por creación de un holding o de una filial común, de acuerdo con los condicionamientos que hemos expuesto y exigiéndose para tal acuerdo, como veremos, una mayoría reforzada³⁴². En estos supuestos sí que podría producirse, por tanto, una rebaja de los derechos que los trabajadores tuviesen en las sociedades participantes, y podría llevarse a cabo pese a la negativa de algunos trabajadores, pero esto forma parte de los riesgos inherentes a la representación dentro de un proceso de determinación de derechos por medio de la negociación³⁴³.

Debemos indicar también que, para su correcto funcionamiento, la Comisión Negociadora ha de estar en condiciones de poder desempeñar sus funciones con plena libertad e independencia, sin que éstas se vean condicionadas por ningún tipo de limitación de carácter técnico o económico. Por ello, para poder garantizar su autonomía, la Directiva se encarga de proveer a dicho órgano negociador de una serie de medidas a su favor, que vienen a actuar a modo de “garantías adicionales” para la protección de los intereses de los trabajadores en el curso de las negociaciones. En concreto, éstas son dos:

a) *De carácter “técnico”*: la ya comentada posibilidad de que la Comisión Negociadora pueda estar asesorada durante el desarrollo de las negociaciones por expertos independientes (por ejemplo, representantes sindicales de ámbito europeo) que le podrán asistir en el cumplimiento de sus funciones³⁴⁴.

se aplicaban antes de la inscripción, todos los elementos de la participación de los trabajadores continuarán siendo de aplicación en la SE”.

³⁴¹ R. ANSÓN PEIRONCELY y C. GUTIERREZ DORRONSORO: *La Sociedad Anónima Europea*, cit. p. 267.

³⁴² Se trataría, en suma, de la posibilidad de “*buscar un equilibrio entre todos los niveles de participación existentes con anterioridad en el conjunto de las sociedades implicadas sin que tuviera que trasladarse a la nueva SE aquel sistema que mayor capacidad de influencia otorgara a los trabajadores*”. Cfr. E. GARRIDO PÉREZ: *Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*, op. cit. 115.

³⁴³ Como los autores Ansón Peironcely y Gutiérrez Dorronsoro señalan, refiriéndose a estos casos, “*el sistema es mucho más dinámico que una regulación exhaustiva y cerrada, y ese dinamismo se expresa tanto hacia arriba (porque permita, en el curso de las negociaciones, elevar los derechos de los trabajadores a lo que se consideraría el límite de la regulación legislativa), como hacia abajo (disminuyendo los derechos, tanto respecto al modelo regulatorio, como al modelo de derechos adquiridos vigente)*”. R. ANSÓN PEIRONCELY y C. GUTIERREZ DORRONSORO: *La Sociedad Anónima Europea*, cit. p. 267.

³⁴⁴ En tal sentido, las labores de tales expertos son eminentemente técnicas y, como bien indica Valdés Dal-ré, están llamados a desempeñar diversas tareas relevantes como son las de procurar “*la garantía de la consecución del efecto útil de querido por la Directiva, el respeto a la diversidad de culturas europeas en materia de implicación de los trabajadores en las empresas o la evitación en el acuerdo de cláusulas que contradigan o se separen del acervo comunitario*”. Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ: *El establecimiento de los derechos de implicación...*, op. cit. p. 10.

b) *De carácter “económico”*: con la finalidad de evitar que la Comisión se pueda encontrar perjudicada económicamente en el desarrollo de sus actuaciones y para que “pueda cumplir adecuadamente con su misión”³⁴⁵, todos los gastos de la negociación (incluidos los gastos internos de la Comisión Negociadora) correrán a cargo de las sociedades participantes.

Los Estados miembros, a los que les corresponde según la Directiva S.E. fijar las normas relativas a la **financiación** del funcionamiento de la Comisión Negociadora, pueden limitar su obligación financiera siempre que no altere dicho principio general. En concreto, la Directiva deja abierta la opción de que los Estados miembros puedan limitar la financiación a uno solo de los expertos que decida convocar la Comisión³⁴⁶. En el caso de Sociedades Anónimas Europeas domiciliadas en nuestro país, dicha opción es posible en la medida en que las sociedades participantes sólo estarán obligadas a sufragar, como mínimo, los gastos derivados de uno de tales expertos³⁴⁷.

El Estado español, recogiendo el mandato establecido por el artículo 3.7, párrafo 2º, de la Directiva S.E., ha procedido a contemplar, en el artículo 9.7 de la Ley sobre implicación, dicha financiación, la cual deberá garantizar en todo caso el que la Comisión Negociadora cuente con los recursos, tanto financieros como materiales, necesarios para poder desempeñar adecuadamente sus funciones. Con tal fin, asigna a las sociedades participantes el deber de sufragar, con carácter general, no sólo el desarrollo de las negociaciones sino también, de manera expresa y específica, los gastos derivados de la constitución y funcionamiento de la Comisión Negociadora, gastos que, en concreto, comprenderán lo siguiente³⁴⁸:

- a) La elección o designación de sus miembros.
- b) La organización de sus reuniones, incluyendo dentro de la misma los servicios de interpretación que los miembros de la Comisión Negociadora pudieran requerir para desarrollar adecuadamente sus funciones, la manutención, el alojamiento y viaje de los mismos para acudir a tales reuniones.
- c) Al menos un experto, designado por la Comisión Negociadora para asistirle en sus funciones, deberá estar financiado también por las sociedades participantes

³⁴⁵ Art. 3.7 de la Directiva S.E.

³⁴⁶ Art. 3.7 de la Directiva S.E.

³⁴⁷ Art. 9.7, párrf. segundo, letra c), de la Ley española sobre implicación.

³⁴⁸ El tema de la financiación también ocasionó discrepancias entre los sindicatos españoles y la patronal durante la tramitación del Proyecto de Ley, especialmente al entender esta última que la Directiva no creaba una obligación empresarial de financiación de expertos, lo cual resultaba francamente muy difícil de sostener de acuerdo con las disposiciones de referencia (Parte 2, ap. H), en las que se advierte que los Estados podrán limitar la financiación de la SE a un solo experto, cosa que justamente es lo que hará la Ley 31/2006. Finalmente, no se introdujeron enmiendas en este limitado sentido, ni en sentido contrario, a pesar de que fueron presentadas varias en materia de financiación que pretendían, en concreto, que se financiasen los gastos que se considerasen “suficientes”, incluyendo el acceso a Internet y los derivados de correo electrónico.

Para el cumplimiento de sus funciones, el **funcionamiento** de la Comisión Negociadora se llevará a cabo mediante la celebración de las oportunas reuniones. Una vez que haya sido constituida la Comisión Negociadora, los órganos competentes de las sociedades participantes tienen la obligación de convocarla a una primera reunión. Además, la Comisión, durante el desarrollo del proceso negociador, se reunirá con los órganos competentes de las sociedades participantes, si bien la Comisión tiene también reconocido el derecho a reunirse separadamente, con carácter previo a tales reuniones, sin la presencia de dichos órganos³⁴⁹.

Con la finalidad de procurar que dicho funcionamiento se efectúe de la forma más adecuada posible, la Ley 31/2006 precisa que la Comisión podrá elegir un Presidente de entre sus miembros y dotarse de un reglamento interno³⁵⁰. Durante su funcionamiento la Comisión Negociadora deberá informar del proceso y de los resultados de la negociación a las organizaciones sindicales que, en cada Estado miembro, hayan participado en la elección o designación de sus miembros³⁵¹.

Tanto la Directiva como la Ley española establecen que la Comisión tome sus decisiones por medio del sistema de votación, en el que cada miembro de la citada Comisión dispondrá de un voto³⁵²; pero el sistema de la Directiva S.E., y que reproduce la Ley española sobre implicación, obliga a tener en cuenta el número de trabajadores representados por cada uno de ellos para determinar su influencia y, por tanto, su poder negociador, circunstancia que a veces no será fácil de precisar³⁵³: en consecuencia, la válida adopción de acuerdos en el seno de la Comisión Negociadora requerirá de una doble mayoría, tanto la de los miembros de la Comisión Negociadora como la de los trabajadores representados por los mismos.

Para evitar posibles problemas en la determinación de la representatividad de los miembros de la Comisión Negociadora, se había venido reclamando que las normas de transposición de la Directiva S.E. procediesen a efectuar una aclaración del tema, de manera que la representatividad real de cada representante pudiese quedar perfectamente

³⁴⁹ Art. 9.4 de la Ley 31/2006.

³⁵⁰ Art. 9.5 de la Ley 31/2006.

³⁵¹ Art. 9.6 de la Ley 31/2006.

³⁵² Art. 3.4 de la Directiva S.E. y art. 9.1 de la Ley 31/2006.

³⁵³ Como señala CASAS BAAMONDE, cuando las sociedades afectadas en un país forman un grupo o una empresa y la elección o designación de sus representantes es directa, la representatividad de cada miembro de la Comisión Negociadora no es difícil de establecer, pues se puede obtener a través de una simple operación de división del número total de trabajadores entre el de representados elegidos o designados en ese Estado miembro. No ocurrirá lo mismo cuando existan varias sociedades participantes con filiales y establecimientos o filiales de éstos de diferente tamaño y en ese Estado miembro se sitúen a su vez filiales y establecimientos de sociedades participantes establecidas en otro Estado miembro, pues sus representantes en la Comisión Negociadora pueden representar a un distinto número de trabajadores. Tampoco será muy fácil obtener la representatividad individual cuando el número de representantes de cada Estado miembro sea inferior al de entidades afectadas y sea necesario efectuar una elección o designación de segundo grado de sus representantes. Al respecto, vid. M. E. CASAS BAAMONDE: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea*, p. 399.

fijada, con el fin de procurar garantizar la válida adopción de los acuerdos³⁵⁴. Incluso el Grupo de Expertos “SE” se había manifestado a favor de la conveniencia de que el número de trabajadores representados por cada miembro de la Comisión Negociadora quedase expresamente reflejado en su acta de constitución o designación³⁵⁵.

Es por ello que, haciéndose eco de la problemática señalada, la Ley 31/2006 (artículo 29.1) indicará expresamente (respecto a los centros de trabajo situados en España de las Sociedades Europeas) que, a los efectos de determinar la representatividad de los miembros de la Comisión Negociadora, se habrá de respetar la representatividad que cada uno de ellos tuviese atribuida en el acta de designación y que, en el caso de que no constase dicha representatividad, se establecerá la presunción siguiente: “*todos los designados en representación de los trabajadores empleados en España representarán al conjunto de dichos trabajadores*”³⁵⁶.

La mayoría necesaria para la toma de decisiones concretas estará en función del objeto de la misma, debiendo distinguirse entre diversos supuestos, de acuerdo con la decisión sobre la que la Comisión Negociadora haya de pronunciarse expresamente:

a) Sistema de “doble mayoría absoluta”: constituye el procedimiento que la Directiva comunitaria y la Ley española establecen como regla general para la formación de la voluntad negocial en el seno de la Comisión Negociadora. De acuerdo con el mismo, la Comisión tomará sus decisiones, con carácter general, por mayoría absoluta de sus miembros (la mitad más uno), siempre que dicha mayoría represente igualmente a una mayoría absoluta de trabajadores³⁵⁷. Ésta será precisamente la mayoría requerida para la adopción de un “*acuerdo de implicación*” de los trabajadores en la Sociedad Europea cuando el mismo no implique una reducción cuantitativa de los derechos de participación, en los casos de SE por fusión, holding o filial común.

Con esta doble exigencia, que “*pone el acento en la legitimidad democrática y social del acuerdo*”³⁵⁸, se pretende que la decisión adoptada en el seno de la Comisión Negociadora represente del modo más fidedigno posible la opinión y el sentir también mayoritario de los trabajadores afectados en el proyecto de constitución de la Sociedad

³⁵⁴ M A. CASAS BAAMONDE: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea*, p. 399.

³⁵⁵ Grupo de Expertos “SE”: *Document de Travail*, núm. 16, op. cit. p. 22.

³⁵⁶ Art. 29.1, *in fine*, de la Ley española sobre implicación. Entendemos que, a tenor del texto del mencionado artículo, como todos los representantes designados en representación de los trabajadores españoles representan precisamente a todo el conjunto de los trabajadores afectados en España, el peso real del voto de cada uno de tales miembros en el seno de la Comisión Negociadora debería ser el mismo y cada uno de ellos tener atribuida la misma representatividad a la hora de la determinación de las correspondientes mayorías.

³⁵⁷ Art. 3.4, párrf. 1º, de la Directiva S.E. y art. 9.1 de la Ley 1/2006.

³⁵⁸ R. ANSÓN PEIRONCELY y C. GUTIERREZ DORRONSORO: *La Sociedad Anónima Europea*, op. cit. p. 263.

Europea y que sea expresión coherente del mandato que de los mismos han recibido los miembros que forman parte de dicho órgano negociador³⁵⁹.

b) Sistema de “doble mayoría reforzada y transnacional”³⁶⁰: este procedimiento, exigido también tanto por la Directiva S.E. como por la Ley 31/2006, consiste en la necesidad de contar con el voto favorable de dos tercios de los miembros de la Comisión Negociadora que representen como mínimo a dos tercios de los trabajadores, incluyendo los votos de los representantes de, al menos, dos Estados miembros para la adopción de determinadas decisiones por la Comisión en casos especiales. Estas decisiones son, en concreto, las dos siguientes:

1. Decisión de no iniciar las negociaciones sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea o de dar por concluidas las negociaciones que ya se pudieran haber iniciado, decisión que implicaría la renuncia a acordar un modelo de implicación específico y propio para la SE.

2. Decisión de reducir cuantitativamente los derechos de participación en la SE creada por fusión, holding, o filial: la mayoría reforzada será necesaria si se quiere alcanzar un acuerdo de implicación con la parte empresarial que suponga una reducción de los derechos de participación de los trabajadores en la futura SE respecto de los que ya poseían previamente en las sociedades participantes, de acuerdo con lo expuesto con anterioridad³⁶¹.

³⁵⁹ Recuérdese que hemos visto como el Grupo de Expertos “SE” recomendaba a tal fin incluso que el número de trabajadores representados por cada Estado miembro de la Comisión Negociadora quede expresamente reflejado en el acta de su elección o designación. *Document de Travail n.º 16*, Rev 1, de 2 de diciembre de 2002, op. cit. p. 22. Esta recomendación, como también hemos ya indicado, ha quedado recogida en la previsión contenida en la Ley 31/2006, en su art. 29.1, último párrafo. Por otro lado, debe reiterarse que los miembros adicionales de la Comisión Negociadora representan directamente a los trabajadores de cada una de las sociedades participantes que dejen de existir como consecuencia de la constitución de una SE por el procedimiento de fusión, por lo que estamos ante una representación de carácter específica, sólo para dicho supuesto, de modo que los trabajadores de dichas sociedades quedan representados únicamente por tales representantes de las mismas. Al respecto, M. E. CASAS BAAMONDE: *La implicación de los trabajadores en la S. A. Europea*, op. cit. p. 399.

³⁶⁰ Art. 3, apdos. 4 y 6, párrf. segundo, de la Directiva S.E. y art. 8, apdo. 2, segundo párrf., y art. 9, apdo. 2, párrf. primero, de la Ley 31/2006. Aunque en realidad, sería más preciso hablar de una triple “mayoría especial o cualifica” en estos supuestos: dos tercios de representantes, dos tercios de los trabajadores y dos Estados miembros. Vid. Grupo de Expertos “SE”: *Document de Travail n.º 16*, Rev 1, de 2 de diciembre de 2002, op. cit. p. 30.

³⁶¹ *Vid. infra*.

3.2.3. COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA PARTE EMPRESARIAL.

A diferencia de lo que ocurre con la Comisión Negociadora, la Directiva S.E. y la Ley de implicación no se pronuncian sobre la composición del órgano de representación societaria, cuestión ésta que ha de entenderse remitida a la autonomía de las entidades empresariales participantes en el proyecto de constitución de la Sociedad Europea³⁶². Tampoco se exige que el número de representantes sea igual al de los miembros de la Comisión Negociadora.

La Directiva y la Ley también guardan silencio sobre el funcionamiento del “*banco empresarial*”, no señalando nada sobre cómo tomará éste sus decisiones, por lo que no dicen nada acerca de los procedimientos o mayorías exigibles para la adopción de dichas decisiones por los órganos competentes de las sociedades participantes.

Ante esta omisión, podríamos entender que dichos órganos competentes de las sociedades participantes, integrantes de la parte societaria de la negociación, deberán adoptar sus decisiones en el proceso negociador con la misma mayoría que era necesaria para la adopción del proyecto de constitución de la SE, pues la cuestión de la implicación de los trabajadores, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento S.E., constituye un elemento indispensable para que dicho proyecto finalmente prospere³⁶³.

A este respecto deberíamos acudir a nuestra legislación mercantil para completar lo previsto en el Reglamento sobre la adopción del acuerdo, así como tener en cuenta cuál haya sido el órgano elegido para representar a la sociedad en las negociaciones:

a) Si el órgano elegido para representar a la Sociedad Europea es el órgano de administración o de vigilancia, cosa que será lo más frecuente, ha de entenderse que el régimen será el mismo que el necesario para la adopción del proyecto de constitución, que el Reglamento S.E. encomienda a dichos órganos.

Nuestra Ley de Sociedades Anónimas señala en su artículo 234.1, para el caso de fusión, que los administradores no sólo han de redactar el proyecto de fusión, sino que además han también de suscribirlo; en caso de que faltare la firma de alguno de ellos, se indicará al final del proyecto, con indicación de la causa. Entendemos que éste debería ser también el régimen que debería seguirse en la adopción del acuerdo de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea.

³⁶² F. VALDÉS DAL-RÉ: *El establecimiento de los derechos de implicación...*, cit. p. 7.

³⁶³ En el mismo sentido, G. ESTEBAN VELASCO: *Participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca del compromiso político?*, cit. p. 1702.

b) Si por el contrario, el órgano competente para decidir fuese, en su caso, la Junta General, la mayoría necesaria será la misma que se haya determinado para la aprobación del proyecto de fusión.

Nuestra Ley de Sociedades Anónimas dispone que los accionistas constituidos en Junta General decidirán por mayoría absoluta (la mitad más uno de los votos de los accionistas presentes o representados)³⁶⁴, pudiendo los estatutos elevar esta mayoría sin poder alcanzar la exigencia de la unanimidad.

Recuérdese también que el artículo 23.1 del Reglamento S.E. dispone que: “*Las Juntas Generales pueden reservarse la posibilidad de condicionar el registro de la SE a la ratificación expresa por éstas de las disposiciones que se determinan sobre implicación de los trabajadores según lo dispuesto en la Directiva*”.

Y es que el Reglamento, en los supuestos de SE constituidas por fusión o por medio de una sociedad holding, prevé expresamente que las Juntas Generales de las sociedades que se fusionen o promotoras de la operación se reserven la posibilidad de condicionar el registro de la SE a la ratificación expresa por ésta de las disposiciones sobre implicación de los trabajadores, convenidas o contenidas en las normas de referencia del Estado miembro del registro aplicables subsidiariamente³⁶⁵, y reconoce a las propias Juntas Generales de las Sociedades Europeas las competencias que les atribuyan las diferentes normas nacionales de transposición de la Directiva sobre implicación de los trabajadores del Estado miembro de su domicilio social³⁶⁶.

³⁶⁴ Art. 93 L.S.A.

³⁶⁵ Arts. 23.2 y 32. 6 párrf. segundo, del Reglamento SE. Otro tanto puede hacerse en los casos de fundación de SE mediante filiales y por transformación: en la constitución de SE filiales, de acuerdo con la regulación de los derechos nacionales (art. 36); en la constitución de SE mediante transformación, la Junta General de la sociedad de que se trate aprobará el proyecto de transformación y los Estatutos de la SE (art. 37.8).

³⁶⁶ Art. 52.b), del Reglamento S.E.

3.3. EL DESARROLLO DEL PROCESO NEGOCIADOR: EL ACUERDO DE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA DIRECTIVA S.E. Y EN LA LEY ESPAÑOLA DE IMPLICACIÓN. OTRAS POSIBLES SOLUCIONES ANTE LA FALTA DE UN ACUERDO NEGOCIADO.

Aunque, como hemos podido observar, la negociación puede no llevarse a cabo por decisión de la Comisión Negociadora (con la excepción del supuesto del modo de constitución de una SE “por transformación”, cuando en la sociedad anónima que se transforma existiese ya participación, y con la consecuencia de que si se decide no iniciar las negociaciones o poner fin a las que se hubiera iniciado serán de aplicación las normas sobre información y consulta de los Estados miembros en los que la SE emplee trabajadores), el objetivo de la Directiva S.E. es procurar que la implicación de los trabajadores sea el resultado de un proceso negociador que termine en la conclusión de un “*acuerdo de implicación*”³⁶⁷, favoreciéndose en dicho proceso la autonomía de las partes negociadoras. Ahora bien, respecto a esta autonomía comercial hay que indicar ya, por un lado, que la misma no es del todo ilimitada, pues tiene sus correspondientes límites que serán debidamente precisados, y, por otro lado, que se prevé que si el eventual fracaso de las negociaciones llega a producirse, se dé lugar, si la SE finalmente se constituye, a la aplicación subsidiaria de las denominadas “*disposiciones de referencia*”, las cuales más adelante serán también objeto del oportuno análisis.

Todo esto plantea la necesidad de ocuparnos en este momento del **desarrollo del proceso negociador** tendente a conseguir dicho acuerdo y, posteriormente, al análisis del acuerdo de implicación propiamente dicho.

³⁶⁷ Casas Baamonde plantea una cuestión que puede suscitar cierto interés: ¿el acuerdo debe limitarse estrictamente a fijar las normas de implicación de los trabajadores en la SE o, por el contrario, puede versar sobre otros contenidos y alcanzar, por ejemplo, a las reestructuraciones empresariales anteriores a la constitución de la SE y los consiguientes efectos sociales de las mismas? Según la citada autora, “el principio de libertad o autonomía comercial, que también consagra la Directiva (art. 4.2), da cobertura a una negociación que se incline por afrontar las modificaciones empresariales y las consecuencias de la operación constitutiva de la SE sobre el empleo antes de esa constitución”. No hay en la Directiva S.E. razón alguna que limite el alcance material de las negociaciones si los negociadores convienen voluntariamente en ampliarla, cosa distinta será si los negociadores discrepan de la conveniencia de esa negociación, oponiéndose la parte empresarial a tratar en la negociación tales temas. En este caso, Casas Baamonde manifiesta que la Comisión Negociadora podrá optar por aceptar que la negociación se limite al estricto ámbito de la implicación de los trabajadores en la SE o puede también mantener su decisión de negociar conjuntamente el tema de la gestión del empleo en la futura Sociedad Europea, “sin que con ello quiebre el espíritu de colaboración que pide la Directiva, a no ser que su posición encubra el designio de preconstituir una causa impeditiva o entorpecedora del propio proceso de negociación”. Cfr. M. E. CASAS BAAMONDE: *La implicación de los trabajadores en la S. A. Europea*, op. cit. pp. 402-403.

3.3.1. EL DESARROLLO DEL PROCESO NEGOCIADOR.

Una vez constituida la Comisión Negociadora se producirá el inicio de las negociaciones correspondientes. A tal fin, los órganos competentes de las sociedades participantes convocarán a ésta a una primera reunión de negociación (art. 6.2 Ley); primera reunión que puede coincidir precisamente en fecha con la de la constitución de la propia Comisión Negociadora (art. 6.3 Ley). La Comisión Negociadora informará del inicio de la negociación a todas las organizaciones sindicales que, en cada Estado miembro, hubiesen participado en su elección o designación, a las que también deberá informar del desarrollo del proceso de negociación y de los resultados alcanzados al final del mismo (art 6.2 y art. 9.6 Ley). Por su parte, los órganos competentes de las sociedades participantes informarán de dicha convocatoria de esa primera reunión a las direcciones de sus centros de trabajo y empresas filiales en los Estados miembros (art. 6.2 Ley).

Téngase en cuenta que, de acuerdo con el art. 9.4 de la mencionada Ley española de implicación, la Comisión Negociadora tendrá también reconocido el derecho a reunirse con carácter previo a cualquier reunión que deba mantener con los órganos competentes de las sociedades participantes, sin la presencia de éstos, lo cual le permitirá preparar adecuadamente la reunión a celebrar posteriormente con los mismos y preservar su autonomía en la deliberación de las decisiones a adoptar posteriormente.

Una vez reunidos, la Comisión Negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes decidirán, de común acuerdo, las reglas precisas sobre la presidencia o, en su caso, otros procedimientos acordados para el desarrollo de las sesiones en sus reuniones conjuntas³⁶⁸.

En cuanto a su duración, las negociaciones podrán proseguir durante los seis meses siguientes a la fecha de la constitución de la Comisión Negociadora, pudiendo las partes negociadoras acordar una prórroga de dicha duración, hasta alcanzar un máximo de un año desde la fecha de dicha constitución³⁶⁹. Con esta posibilidad de prórroga se pretende dar una mayor oportunidad a las partes para llegar a un acuerdo negociado que evite la aplicación subsidiaria de las disposiciones de referencia, a pesar de las dificultades que

³⁶⁸ Art 8.4 de la Ley 31/2006. Las actas de las reuniones conjuntas deberán ser firmadas por un representante en nombre de cada una de las partes. Esta exigencia de recoger en acta las deliberaciones de las reuniones conjuntas ya fue planteada, en aras de una mayor seguridad jurídica, por el Grupo de Expertos “SE”, que aconsejaba a los Estados miembros introducir exigencias de carácter formal durante el desarrollo del proceso negociador, documentándose en actas la constitución de la Comisión Negociadora, el cambio de su composición, las deliberaciones importantes etc... *Document de Travail n° 16*, Rev. 1, de 2 de diciembre de 2002, cit. p. 27.

³⁶⁹ Art. 5 de la Directiva S.E. y art. 10 de la Ley de implicación.

inicialmente pudieran haberse presentado y que ocasionaran que, en el plazo inicialmente establecido de seis meses, no se hubiera podido conseguir dicho acuerdo³⁷⁰.

Ahora bien, si la Comisión Negociadora, cumplidas por los órganos competentes sus obligaciones para la constitución de la misma, no se hubiera constituido por causa imputable a los representantes de los trabajadores, el comentado plazo de seis meses comenzará a contar desde la fecha en que la Comisión hubiera podido quedar validamente constituida³⁷¹.

Por otro lado, si transcurrido el plazo inicial de seis meses (o el prorrogado de un año) no se hubiese conseguido el correspondiente acuerdo, estas negociaciones se tienen por finalizadas sin acuerdo, siendo entonces de aplicación, para la materia de la implicación de los trabajadores en la SE, las normas subsidiarias aplicables por razón del lugar de registro de la SE.

En cualquier caso, las negociaciones deben desarrollarse según la Directiva “*con espíritu de colaboración*”³⁷², espíritu que reitera la Ley española sobre implicación, al apelar a la buena fe de las partes, con vistas a la obtención del correspondiente acuerdo de implicación³⁷³.

Esta obligación de colaboración no supone la obligatoriedad de alcanzar el acuerdo, sino de poner todos los medios para poder lograrlo. Recuérdese que, a tal fin, el órgano competente de las sociedades participantes viene obligado a facilitar a la Comisión Negociadora una información suficiente sobre el proyecto de fundación de la SE, así como sobre el desarrollo real del proceso de constitución de la Sociedad Europea, obligación que se mantiene hasta que se produzca la inscripción de la misma³⁷⁴. También debe volver a recordarse que, en el desarrollo de las negociaciones, la Comisión Negociadora tiene el derecho a contar con la asistencia de expertos a su elección, por ejemplo “*representantes de las organizaciones sindicales pertinentes a nivel europeo*”³⁷⁵, expertos que están llamados a desempeñar una importante función a la hora de “promover la coherencia a nivel comunitario”³⁷⁶, lo cual constituye un ejemplo más del interés comunitario en reforzar la

³⁷⁰ Como señalan Ansón Peironcelly y Gutiérrez Dorronsoro, la inclusión de este plazo tan breve supone una importante diferencia con respecto a la práctica consagrada hasta ahora bajo las disposiciones de la Directiva sobre Comités de Empresa Europeos, que establecía un plazo de hasta tres años para llevar a cabo las negociaciones. Esta circunstancia creará posiblemente una cierta presión en la parte empresarial, que deberá negociar en tiempo breve cuestiones que pueden ser jurídicamente más complicadas que las que son objeto de negociación en la Directiva C.E.U., so pena de quedar sometida a unas disposiciones de referencia contrarias a sus necesidades e intereses, o de renunciar al proyecto de constitución de una sociedad con estatuto europeo. Vid. R. ANSÓN PEIRONCELY y C. GUTIERREZ DORRONSORO: *La Sociedad Anónima Europea*, p. 268.

³⁷¹ Art. 10. 2 de la Ley 31/2006.

³⁷² Art. 4.1 de la Directiva.

³⁷³ Art. 8.1, párrf. segundo, de la Ley 31/2006.

³⁷⁴ Art. 3.3, párrf. segundo, de la Directiva.

³⁷⁵ Art. 3.5, primer inciso, de la Directiva S.E. y art. 9.5 de la Ley de implicación.

³⁷⁶ Art. 3.5 de la Directiva S.E.

presencia y contar con la intervención de las susodichas organizaciones sindicales de ámbito europeo como interlocutores cualificados y necesarios en aquellos aspectos y procesos que en la actualidad despiertan un mayor interés y preocupación para los trabajadores.

Finalmente la Directiva cierra lo que se refiere al proceso de negociación, contemplado en los artículos 3 a 5 de la norma comunitaria, con una remisión de carácter genérico: dicho proceso negociador se regirá por la legislación del Estado miembro en que la SE vaya a tener su sede registrada, dejando a salvo las disposiciones en contrario de la propia Directiva³⁷⁷, siendo dicha legislación la aplicable a todo el procedimiento previsto en la Directiva, lo que en definitiva y como señala GARRIDO PÉREZ³⁷⁸, incluye “no sólo la ordenación de las fases iniciales de constitución de la Comisión Negociadora, sino también incluso la de aquellas referidas a la adopción del acuerdo, contenido y procedimentalización del mismo” y que, en el caso de las Sociedades Europeas registradas en nuestro país, implicará el referirnos en esas cuestiones a la consabida Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas³⁷⁹. Dicha legislación (la legislación del Estado miembro en el que la SE vaya a tener su sede registrada) es además la legislación que también rige la constitución de la SE³⁸⁰, y como también veremos con posterioridad es asimismo de aplicación al acuerdo alcanzado³⁸¹.

Ahora bien, a pesar de la remisión efectuada a dicha legislación, el papel de la autonomía de la voluntad es muy amplio en todo este ámbito, ya que serán las partes las que decidan, por mayoría absoluta y tras haber negociado de buena fe, la forma de implicación de los trabajadores en la futura Sociedad Anónima Europea, decisión que se plasmará en un acuerdo formalizado por escrito, pues el acuerdo concluido entre la Comisión Negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes deberá finalmente formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad.

Por tanto, y dejando a salvo la circunstancia ya contemplada de que la Comisión Negociadora decidiese o bien no iniciar las negociaciones o bien dar por terminadas las negociaciones que pudieran haberse iniciado, el proceso de negociación entre la Comisión Negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes puede tener un

³⁷⁷ Art. 6 de la Directiva S.E.

³⁷⁸ E. GARRIDO PÉREZ: *Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*, cit. p. 113. Así, sobre el acuerdo de implicación para las SE domiciliadas en España, véanse específicamente los arts. 11, 12 y 13 de la Ley 31/2006.

³⁷⁹ La referencia a la legislación del Estado miembro respecto del proceso negociador ha de entenderse, por tanto, referida a la Ley 31/2006. Nos podríamos preguntar si es supletoriamente aplicable a dicho proceso el Estatuto de los Trabajadores. No creemos que esto sea así. La Ley, ciertamente, se inspira en el E.T. pero las referencias al mismo son expresas, como así ocurre en el posteriormente citado art. 12.2 de la misma, donde se indica de manera expresa que el acuerdo posteriormente “se presentará por escrito ante la autoridad laboral competente, para su registro, depósito y publicación oficial conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 90 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo”.

³⁸⁰ Art. 15.1 del Reglamento S.E.

³⁸¹ Recuérdese que el domicilio previsto para la SE es un dato conocido desde el comienzo mismo de su proceso de constitución, de acuerdo con los arts. 20.1.a), 21.e), 32.2 y 37.3. del Reglamento S.E.

triple resultado, resultado que se derivará del hecho de que la **terminación del proceso** se produzca bien por la obtención de un acuerdo o bien por su fracaso en el plazo de tiempo establecido:

- a) La conclusión de un acuerdo escrito sobre las normas de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea: el denominado “*acuerdo de implicación*”.
- b) La conclusión de un acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de referencia establecidas en el Anexo de la Directiva y en las correspondientes normas estatales de transposición de la misma.
- c) La ausencia de acuerdo.

Cada una de estas tres posibles soluciones debe ser analizada separadamente para un correcto estudio de las mismas, teniendo en cuenta que la Comisión Negociadora, al ser órgano de carácter temporal, y por tanto pasajero y transitorio, de acuerdo con lo previsto no sólo en la Directiva SE sino también de manera expresa en la Ley española de implicación³⁸², finalizará sus funciones una vez concluido el acuerdo o adoptada la decisión de no negociar o dar por terminadas las correspondientes negociaciones. Una vez cumplidas con las funciones que tiene asignadas, la Comisión Negociadora quedará disuelta, y los mandatos negociadores de sus miembros quedarán, asimismo, extinguidos.

³⁸² Art. 8.5 de la Ley 31/2006.

3.3.2. LA CONCLUSIÓN DE UN “ACUERDO DE IMPLICACIÓN” DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD EUROPEA.

La Directiva S.E. señala que corresponderá a la Comisión Negociadora y a los órganos competentes de las sociedades participantes en el proyecto de constitución de una Sociedad Europea fijar en el correspondiente acuerdo las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la futura SE³⁸³. Dentro del respeto a ciertos límites, las partes negociadoras gozan de una gran autonomía a la hora de formalizar un acuerdo sobre la implicación del personal en la Sociedad Europea que incluya no sólo la determinación de la modalidad específica de implicación, sino también los concretos y precisos términos materiales y procedimentales en los que dicha implicación va a producirse. De este modo, siguiendo el modelo instituido por la Directiva 94/45 en su ámbito correspondiente, la Directiva S.E. otorga en el suyo una muy amplia capacidad de autonormación de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE. A la autonomía y libertad de las partes negociadoras corresponderá no sólo la elección de la correspondiente modalidad de implicación, sino también de su contenido material, de los procedimientos que van a serle de aplicación, de sus reglas de funcionamiento y de sus niveles de actuación.

Eso sí, el contenido de ese acuerdo, de conformidad con la Directiva S.E.³⁸⁴, tiene que formalizarse por escrito, atribuyéndole la Ley 31/2006 a dicho requisito formal un carácter necesario, siendo configurado como un requisito “*ad solemnitatem*”, ya que la falta de forma escrita determinará la nulidad del acuerdo³⁸⁵.

Aunque la Directiva no contempla para el **acuerdo de implicación** ninguna otra exigencia formal, ello no impide que las normas estatales de transposición de la misma puedan incorporar otros requisitos formales de carácter adicional. Si bien la Ley 31/2006 no lo ha recogido expresamente, el Grupo de Expertos “SE” consideraba de utilidad, por razones de seguridad jurídica, que las disposiciones nacionales de transposición exigiesen la firma del acuerdo por los representantes de las sociedades participantes y por los miembros de la Comisión Negociadora, al menos por quienes lo hubieran aprobado, con expresión del sentido de su voto, como medio de comprobación de la representatividad exigida³⁸⁶.

³⁸³ Art. 3.3 de la Directiva 2001/86.

³⁸⁴ También art. 3.3 de la Directiva 2001/86.

³⁸⁵ Art. 12.2 de la Ley 31/2006.

³⁸⁶ Grupo de Expertos “SE”: *Document de Travail n.º 17*, Rev. 1, de 7 de marzo de 2003, cit. p. 3.

Lo que la Ley 31/2006 sí que precisa es el recorrido posterior del acuerdo de implicación una vez concluido: según el art. 12. 2 de la misma Ley, el acuerdo además de su escrituración deberá ser posteriormente presentado ante la autoridad laboral competente para su depósito, registro y publicación oficial, conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 90 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, preceptos que regulan tales trámites para los Convenios Colectivos Estatutarios, lo cual nos viene a poner ya de manifiesto la naturaleza jurídica que se le está reconociendo a tales “*acuerdos de implicación*”. Dicha autoridad laboral competente será, para el caso de las SE domiciliadas en nuestro Estado, la que corresponda en función del ámbito del acuerdo dentro del territorio español.

Por lo demás, de acuerdo con el art. 12.1 de la Ley española sobre implicación y de conformidad con nuestro sistema de negociación colectiva, los “acuerdos de implicación” son jurídicamente vinculantes y a los mismos se le atribuye una eficacia normativa “*erga omnes*”³⁸⁷. La naturaleza jurídica de tales acuerdos es la propia de los “acuerdos colectivos europeos”, y se rigen por la Ley del Estado en el que la SE vaya a tener su domicilio social³⁸⁸, el cual deberá garantizar la eficacia interna de los mismos, que tendrá proyección o alcance transnacional sobre los demás Estados miembros concernidos, los cuales, a su vez, deberán reconocer la validez y eficacia de aquellos. En lo que respecta al legislador español, éste ha decidido equiparar la fuerza vinculante de los acuerdos de implicación a los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, con los atributos propios de vinculabilidad normativa y eficacia personal general³⁸⁹.

Así, a tal efecto, el citado precepto 12.1 de la Ley española, para las Sociedades Europeas domiciliadas en nuestro país, señala expresamente lo siguiente: “*El acuerdo concluido entre la Comisión Negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes obliga a todos los centros de trabajo de la SE y de sus filiales incluidos dentro de su ámbito de aplicación, así como a sus trabajadores respectivos, durante todo el tiempo de su vigencia*”. Como indica RAMÍREZ MARTÍNEZ³⁹⁰, debe destacarse el hecho

³⁸⁷ Esta es nuestra consideración en torno a la cuestión de la eficacia jurídica de los “acuerdos de implicación”. Ahora bien, Casas Baamonde precisa que aunque la Directiva S.E. hable siempre de “disposiciones” o “normas” relativas a la implicación de los trabajadores como contenido material de tales acuerdos, no está otorgando expresamente con tales expresiones una calificación jurídica estricta equivalente a la atribución de valor normativo a los mismos. Como indicamos a continuación, es a la Ley del Estado en el que la SE vaya a tener su domicilio social a la que corresponderá regular y garantizar su validez y eficacia jurídica (si bien los demás Estados miembros han de reconocer y garantizar esa validez y eficacia) y no directamente una norma comunitaria. M. E. CASAS BAAMONDE: *La implicación de los trabajadores en la S.A. europea*, cit. p. 417.

³⁸⁸ Art. 6 de la Directiva S.E.

³⁸⁹ Como hizo el legislador español con los acuerdos colectivos europeos de creación de comités de empresa europeos y procedimientos alternativos de información y consulta. Recuérdese que los acuerdos colectivos celebrados al amparo de la Directiva 94/45, de acuerdo con el artículo 13 de nuestra Ley 10/1997 “obligan a todos los centros de trabajo de la empresa de dimensión comunitaria y a todas las empresas del grupo de empresas de dimensión comunitaria incluidos dentro de su ámbito de aplicación, así como a sus trabajadores respectivos, durante todo el tiempo de su vigencia”. Sobre la naturaleza y eficacia de tales acuerdos, vid. R. GÓMEZ GORDILLO: *El régimen jurídico del comité de empresa europeo (análisis de la norma comunitaria y de su transposición en España*, cit. pp. 409 y ss.

³⁹⁰ Cfr. J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, op. cit. p. 394.

de que, tratándose de una SE domiciliada en España, el acuerdo vincula a todos los centros de trabajo y filiales incluidos en su ámbito, aunque estén situados en otro Estado miembro de la Unión Europea. De manera inversa, y para los centros de trabajo y empresas filiales de una SE domiciliada en otro país situados en territorio español, el artículo 32 de la Ley española regula también de manera expresa la cuestión de la eficacia jurídica en España de las disposiciones de otros Estados miembros; de este modo, los acuerdos entre la Comisión Negociadora y el órgano competente de las sociedades participantes concluidos conforme a las disposiciones de otros Estados miembros y, en su defecto, las normas subsidiarias de las citadas disposiciones obligan a todos los centros de trabajo de la SE y de sus empresas filiales incluidos dentro de su ámbito de aplicación y situados en territorio español, así como a sus trabajadores respectivos, durante todo el tiempo de su vigencia³⁹¹.

En cuanto al contenido del acuerdo de implicación, nuestra postura es la de entender que, desde una perspectiva de conjunto, y al igual que opinan autores españoles como CASAS BAAMONDE y VALDES DAL-RÉ, la Directiva S.E. (en su artículo 4.2) y la Ley de Implicación (en su artículo 11.1) no vienen a fijar un contenido mínimo que el acuerdo deba necesariamente incluir, al modo que sí que nuestro artículo 85.3 del Estatuto de los Trabajadores configura para los Convenios Colectivos Estatutarios³⁹², dejando a salvo, obviamente, la determinación de la implicación misma que deba existir en la Sociedad Europea, único contenido real y estrictamente obligatorio del acuerdo y sin el cual el mismo no podría ser reconocido. Por lo demás, siguiendo a los citados autores, entendemos que el acuerdo no está necesariamente obligado a incorporar a su texto todas y cada una de las estipulaciones mencionadas en el catálogo contenido en dichos artículos, aunque sí sería conveniente que lo hiciese.

Eso sí, con un carácter eminentemente indicativo y flexible (disponible por la autonomía de la voluntad de las partes negociadoras, o como se dice tanto en la Directiva como en la Ley: “*sin perjuicio de la autonomía de las partes*”), los artículos citados se limitan a describir el contenido o contenidos posibles del acuerdo de implicación, estableciendo algunas precisiones que ahora inmediatamente indicaremos y que varían

³⁹¹ Art 32.1 de la Ley 31/2001. No obstante, como indica dicho precepto a continuación en su párrafo siguiente, debe tenerse en cuenta que “*la validez y eficacia de dichos acuerdos en ningún caso podrán menoscabar ni alterar las competencias de negociación, información y consulta que la legislación española otorga a los Comités de Empresa, delegados de personal y organizaciones sindicales, así como a cualquier otra instancia creada por la negociación colectiva*”, en un claro intento de preservar nuestro propio sistema dual de participación y representación de los trabajadores en las empresas y sus instituciones a él asociadas.

³⁹² Contenido mínimo cuya existencia es rechazada por el Grupo Davignon: *Informe...*, cit. apdo. 57 y por el Grupo de Expertos “SE”: *Document de Travail nº 17*, Rev. 1, de 7 de marzo de 2003, cit. p. 2. En sentido contrario, dentro de la doctrina española, Esteban Velasco califica los elementos contenidos en el art. 4.2 de la Directiva S.E. de “pautas o elementos mínimos”. Al respecto, vid. G. ESTEBAN VELASCO: *Participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca de un compromiso político?*, cit. pp. 1704-1705; *El compromiso de Niza: por fin la Sociedad Europea*, cit. p. 157. También en sentido contrario, calificando tales elementos como “menciones obligatorias” que sí configuran un contenido mínimo, vid. R. ANSÓN PEIRONCELY y C. GUTIERREZ DORRONSORO: *La Sociedad Anónima Europea*, p. 269. Por su parte, Monereo Pérez utiliza la expresión de “contenido mínimo obligatorio”. Cfr. J. L. MONEREO: *La participación de los trabajadores en las Sociedades...*, p. 154. Por el contrario, a favor de la inexistencia de un “contenido mínimo” en los acuerdos de implicación, vid. M. E. CASAS BAAMONDE: “*La implicación de los trabajadores en la S.A. europea*”, pp. 403 y ss. También F. VALDÉS DAL-RÉ: *El establecimiento de los derechos de implicación...*, p. 12.

según la fórmula de implicación elegida por las partes negociadoras, pero sin constricciones a su mantenimiento ni imposiciones de ningún tipo, excepción hecha de las limitaciones a las que también seguidamente nos referiremos³⁹³.

El propósito del artículo 4.2 de la Directiva S.E. y del artículo 11.1 de la Ley española de implicación, consiste más bien en ofrecer un “modelo tipo” de acuerdo, suministrando a las partes negociadoras una serie de pautas o indicaciones sobre las materias objeto del acuerdo. Sería conveniente y adecuado que el acuerdo las contemplase, repetimos, pero como dice el texto de las dos normas, las mismas se entienden “sin perjuicio de la autonomía de las partes”.

De este modo, el acuerdo, entre otras consideraciones, identificará a las partes que lo conciertan³⁹⁴, y establecerá su ámbito de aplicación, que debe afectar al conjunto de la SE³⁹⁵; señalando además, como decimos, otras consideraciones a recoger en el acuerdo de implicación que están en función de la modalidad elegida en el propio acuerdo para garantizar la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea, pero las partes son libres de prescindir de los elementos contenidos en dichos preceptos normativos o de incluir en el acuerdo, si así lo consideran conveniente, otros elementos distintos.

Prueba de esta amplia libertad negocial de la que gozan las partes negociadoras es la exclusión expresa que en el artículo 4.3 de la Directiva se hace de las “disposiciones de referencia”, disposiciones a las que no estará sujeto el acuerdo de implicación, salvo disposición contraria de las partes contenida en el propio acuerdo. También, en sentido parecido, la Ley española nos indicará en su art. 14.1 que las citadas disposiciones serán de aplicación cuando lo decidan las partes expresamente en el acuerdo, entendiéndose *a sensu contrario* que si no toman esa decisión en el acuerdo adoptado, en el caso de que éste se haya finalmente alcanzado, dicho acuerdo no estará sujeto a tales disposiciones subsidiarias o de referencia.

Lo único que sí que debe contener el acuerdo de manera estrictamente obligatoria, en cuanto tal “acuerdo de implicación” y so pena de nulidad, es justamente la organización, de forma precisa, de la implicación de los trabajadores en la SE (único contenido realmente necesario del acuerdo y sin el cual el mismo no será reconocido³⁹⁶), pudiendo consistir dicha implicación en alguna de las tres fórmulas siguientes:

³⁹³ Cfr. M. E. CASAS BAAMONDE: “La implicación de los trabajadores en la S.A. europea”, p. 405.

³⁹⁴ Art. 11. 1. a) de la Ley 31/2006.

³⁹⁵ Art. 2. a) de la Directiva S.E. y art. 11.1. b) de la Ley de implicación. Eso sí, consideramos que las partes no disponen de libertad para declarar territorios u organizaciones de empresa de la SE exentas o excluidas del mismo. Tampoco, a juicio de Valdés Dal-ré, pueden las partes establecer regímenes de implicación diferenciados o particulares, y ello, argumenta el citado autor, “no sólo por cuanto a ello se opondrían muy sólidas razones operativas, que harían sencillamente inviable la tentativa de una instrumentación no uniforme de los derechos de implicación en la SE. La diversidad de modalidades, sea cual fuere el elemento de diferenciación, resulta incompatible con la naturaleza transnacional de la SE; con su condición de tipo societario europeo”. Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ: *El establecimiento de los derechos de implicación...*, op. cit. p. 11.

³⁹⁶ Si el acuerdo no fijara disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE, el acuerdo devendría nulo como tal “acuerdo de implicación”, generando esa nulidad la aplicación de las normas de referencia. Cfr. CASAS BAAMONDE: “La implicación de los trabajadores en la S.A. europea”, p. 406.

1. En el establecimiento de un “órgano de representación”: este órgano, que configura una vía formal e institucional de implicación propia de sistemas como el español, será el que ejercerá los derechos de información y consulta que pudieran reconocerse, siendo el interlocutor con la dirección de la SE a lo largo de los distintos acontecimientos de su vida social, debiendo en este caso el acuerdo fijar la composición de dicho órgano de representación, su número de miembros y distribución de puestos, las atribuciones y el procedimiento previsto de información y consulta, así como la frecuencia de sus reuniones y los recursos financieros y materiales para el mismo. A estas menciones contenidas en el artículo 4.2. b), c), d), e) de la Directiva S.E. y que el artículo 11. 1 de la Ley Española sobre implicación reproduce en sus apartados c), d), e) y f), éste añade expresamente, en el primero de estos apartados, el apartado c), otras menciones adicionales. De acuerdo con este último precepto, el acuerdo incluirá además, para las Sociedades Europeas domiciliadas en España, los siguientes aspectos: la duración del mandato de sus miembros y los efectos que sobre ello se pudieran derivar como consecuencia de las modificaciones en la dimensión, composición o estructura de la SE y de sus empresas filiales o en la composición de los órganos nacionales de representación de los trabajadores. Por último el artículo 11.3 de la Ley de implicación contiene, a modo de cierre, la siguiente disposición: “*En defecto de las disposiciones específicas contenidas en el propio acuerdo, será de aplicación al órgano de representación lo dispuesto en el artículo 19*” (artículo incluido dentro de las “disposiciones subsidiarias”, y que viene referido a los casos en que deberá producirse la renovación del órgano de representación, en el caso en que el acuerdo no hubiese contemplado dicha circunstancia³⁹⁷).

2. En el establecimiento de “otro u otros procedimientos de información y consulta”: opción informal y no institucionalizada, en cuyo caso el acuerdo, tal y como establecen tanto el artículo 4.2. f) de la Directiva S.E. como en el artículo 11.1.f) de la Ley de implicación, habrá de especificar las modalidades de aplicación de tales procedimientos, y que podría venir muy bien a países como el Reino Unido, con escasa tradición de Comités de Empresa.

3. Decantarse por fijar “normas de participación”: fijando entonces, tal y como indican los arts. 4. 2. g) y 11. h) de la Directiva y de la Ley respectivamente, los

³⁹⁷ Dichos supuestos contemplados en el art. 19 de la Ley 31/2006 son los dos siguientes:

a) Cuando se haya producido una modificación en la dimensión, composición o estructura de la SE, sus centros de trabajo y empresas filiales que implique, conforme a las disposiciones de esta Ley, una alteración del número de puestos que se deben cubrir en el órgano de representación o de los criterios de distribución de aquellos o de la representatividad del órgano, y así se solicite por acuerdo del propio órgano de representación o mediante petición escrita de un mínimo del 10 por ciento de los trabajadores de la SE y sus centros de trabajo y empresas filiales o de sus representantes, que pertenezcan, por lo menos, a dos centros de trabajo situados en Estados miembros diferentes.

b) Cuando se haya producido la pérdida del mandato representativo nacional de un miembro del órgano de representación o de los representantes nacionales de los trabajadores que procedieron a su elección o designación y así lo solicite un 10 por ciento, al menos, de los trabajadores de las empresas y centros de trabajo en representación de los cuales fue elegido o designado el miembro en cuestión, o de sus representantes.

elementos esenciales de tales normas, incluido, en su caso, el número de miembros del órgano de administración (sistema monista) o control (sistema dualista) de la SE que los trabajadores tendrán derecho a elegir o designar (modelo alemán de participación directa), o a recomendar u oponerse a su designación (modelo holandés de cooptación)³⁹⁸, los procedimientos a seguir por los trabajadores para elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de tales miembros, así como sus derechos.

Incluso, por último, podría hablarse de una cuarta posibilidad: decidir en el acuerdo la aplicación de las disposiciones de referencia. Téngase en cuenta que las partes negociadoras podrán tomar la decisión de acordar la aplicación de las normas de referencia contenidas del artículo 7 y del Anexo de la Directiva S.E., ejecutadas o transpuestas por el Estado miembro en que radique el domicilio social de la Sociedad Europea y que, siendo este España, se encuentran en la Ley 31/2006 sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea. Esta posibilidad será contemplada en el epígrafe siguiente del presente Capítulo.

Bien señala VALDÉS DAL-RÉ cuál es la naturaleza de la relación existente entre estas tres modalidades de implicación ofertadas por la Directiva S.E., teniendo dicha relación un carácter más matizado y complejo, como el mismo autor expresa, que lo que a primera vista pudiera parecer³⁹⁹. La relación entre la primera opción (*órgano de representación*) y la segunda (*procedimientos no institucionalizados de información y consulta*) es una relación alternativa⁴⁰⁰. Durante el desarrollo de las negociaciones las partes pueden optar por una u otra modalidad, pero lo que no pueden hacer es prescindir de ambas, so pena de no alcanzar un acuerdo de implicación, pues como sabemos que expresamente señala el considerando 6º de la Directiva S.E. “*en todos los casos de constitución de SE deberán asegurarse los procedimientos de información y la consulta de manera transnacional*”. Y, a través de ellos, de cualquiera de los dos modelos, la información y consulta, como formas leves de implicación, quedarían cubiertas, lo cual no sería obstáculo para que la negociación pudiera mejorar la intensidad de tales mecanismos, a través del reconocimiento del derecho de veto en determinadas cuestiones, atribuyendo carácter vinculante a la opinión del órgano de representación de los trabajadores o reconociendo derechos de consulta cualificada como la consulta-negociación (consulta “con vistas a llegar a un acuerdo”), la consulta-veto relativo, o incluso el derecho de intervención en la resolución de conflictos⁴⁰¹.

³⁹⁸ La participación de los trabajadores o sus representantes en los órganos sociales de la SE puede hacerse bien de forma paritaria con los representantes del interés societario (máximo nivel de implicación de los trabajadores, tal y como se contempla en los ordenamientos jurídicos europeos actuales) o bien de forma minoritaria, con la elección directa o indirecta de un porcentaje mínimo de miembros del órgano en cuestión que no supere nunca la mitad de los miembros.

³⁹⁹ F. VALDÉS DAL-RÉ: *El establecimiento de los derechos de implicación...*, p. 11.

⁴⁰⁰ Tal y como se deduce, sin margen alguno para la incertidumbre, del art. 4.2.f) de la Directiva S.E. y del art. 11.1.g) de la Ley de implicación.

⁴⁰¹ Cfr. J. L. MONEREO et. al.: *La implicación de los derechos de los trabajadores en las Sociedades...*, p. 147.

Pero, en definitiva, alguna de estas dos formas de implicación a nivel transnacional tiene que ser garantizada en todos los casos de constitución de una Sociedad Europea (órgano de representación o procedimientos no institucionalizados de información y consulta), y de no alcanzarse acuerdo sobre ello, tendrán aplicación las normas supletorias vigentes en cada Estado miembro y que se asientan, de manera prevalente, sobre la modalidad de implicación referida al “órgano de representación”.

Luego, por su parte, las relaciones de la primera y segunda modalidad con la tercera opción (*fijación de normas de participación*) son ya relaciones de complementariedad: en esta tercera opción se trata de añadir, al cauce elegido de entre estos dos primeros (órgano de representación o procedimientos no institucionalizados de información y consulta), derechos de participación. Es, por tanto, perfectamente posible que el acuerdo pueda reconocer a los trabajadores derechos de participación en los órganos internos de la Sociedad Europea sin pactar simultáneamente la creación de un órgano de representación; ahora bien, también debe decirse que ambas fórmulas tampoco son necesariamente excluyentes o alternativas, como de hecho ocurre en la práctica y tradición de algunos Estados de la Unión Europea⁴⁰².

Por tanto, en resumen y siguiendo al propio VALDÉS DAL-RE⁴⁰³, entendemos que las posibilidades del acuerdo se sustancian en las dos siguientes: o bien se canaliza la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea por medio de un órgano de representación o, en su caso, mediante la implantación de cauces informales para el ejercicio de los derechos de información y consulta o bien, y de manera opcional y complementaria, se añaden, al cauce elegido entre los dos primeros, derechos de participación en el sentido expuesto por la Directiva S.E. y la Ley de implicación para el término de “*participación*” (participación “interna”), los cuales abren la puerta, en mayor o menor medida, al modelo de representación integrada de los trabajadores en la estructura de la administración societaria, ya sea en el Consejo de Administración (en el sistema monista “*single-tier system*”) o ya sea en el Consejo de Vigilancia o Control (en el sistema dualista “*two-tier system*”).

En cualquiera de los casos comentados el acuerdo indicará (aunque no estará tampoco necesariamente obligado a hacerlo, pero si será lo usual y aconsejable⁴⁰⁴) la fecha de su entrada en vigor y duración del mismo, así como las condiciones de denuncia, prórroga y renegociación del mismo⁴⁰⁵, aspectos sobre los cuales las partes disponen, dentro del respeto a lo establecido en la Ley 31/2006, para las sociedades domiciliadas en España, de una amplia autonomía en su configuración.

⁴⁰² Tales fórmulas pueden generar una sinergia positiva, como señala Monereo Pérez, tal y como ocurre en la experiencia alemana en donde conviven fórmulas participativas internas y externas que se complementan por su diversa naturaleza y enfoque, como son las del *Mitbestimmung* y el *Betriebverfassung*.

⁴⁰³ F. VALDÉS DAL-RE: *La implicación de los trabajadores...*, op. cit. p. 27.

⁴⁰⁴ Que no lo es lo demuestra el art. 13 de nuestra Ley 31/2006 que lleva por título “*normas supletorias sobre vigencia, prórroga, denuncia y renegociación del acuerdo*”, y que son precisamente de aplicación en defecto de pacto en el acuerdo sobre tales extremos.

⁴⁰⁵ Art. 4.2. h) de la Directiva y art. 11. i) de la Ley española.

De hecho, no haciéndolo así, y en defecto de pacto sobre los citados extremos, se aplicarán, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley española de implicación, las siguientes reglas:

1. Que el acuerdo se presume de vigencia indefinida, en defecto de pacto sobre su vigencia.
2. Que se puede denunciar con una antelación mínima de 6 meses dentro de cada período de cuatro años a contar desde su vigencia inicial si el acuerdo tuviese una vigencia indefinida o no se hubiese fijado período de vigencia, y que si se hubiera fijado dicho período de vigencia, se podrá denunciar con una antelación mínima de seis meses a la fecha de su expiración.
3. Que la denuncia será efectuada por el órgano competente de la SE y por el órgano de representación de los trabajadores o, en su caso, por los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta, y que la parte que formule la denuncia deberá comunicarlo a la otra parte.
4. Que en caso de falta de denuncia expresa por alguna de las partes, el acuerdo de implicación se prorrogará por un período igual al de la vigencia inicial que pudiera haberse pactado, caso de haber pactado vigencia alguna para dicho acuerdo
5. Que denunciado y vencido un acuerdo éste se mantendrá en vigor hasta que se renegocie y, finalmente, se alcance el nuevo acuerdo o, ante el fracaso de la renegociación, sean de aplicación las disposiciones de referencia⁴⁰⁶.
6. Que la renegociación se llevara a cabo, por la parte trabajadora, por una nueva Comisión Negociadora constituida expresamente a tal efecto o por el propio órgano de representación de los trabajadores en la SE, si lo hubiese.

Con respecto a la negociación del nuevo acuerdo, ésta se producirá en primer lugar de acuerdo con lo establecido en el propio acuerdo de implicación y, en defecto de consideraciones pactadas en el acuerdo con relación a la misma, de conformidad con lo establecido en las disposiciones nacionales de transposición y, por tanto, en nuestro caso, de acuerdo con lo previsto por la Ley 31/2006. De este modo, y salvo que en el acuerdo se hubiera pactado otra cosa, la legitimación para renegociar un acuerdo de implicación corresponderá, del lado de los trabajadores, a una nueva Comisión Negociadora, que ha de constituirse con arreglo a los criterios establecidos por la norma de la sede social de la SE y que en el caso de las Sociedades Europeas domiciliadas en España será la contemplada en el artículo 13. e), *in fine*, de la Ley 31/2006 (y que, por consiguiente, ya no será la Comisión contemplada en el artículo 3 de la Directiva S.E.) o al propio órgano de representación de los trabajadores en el caso de que éste hubiera sido constituido, al ser la modalidad acordada para la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea. Del lado de la Sociedad, la legitimación corresponderá lógicamente ya no al “órgano

⁴⁰⁶ Disposiciones subsidiarias o de referencia contenidas en el Capítulo II del Título I de la Ley 31/2006. Se puede considerar aquí la existencia de una especie de “ultraactividad”, aunque no como la que para los Convenios Colectivos Estatutarios dispone el art. 86.3 del E.T.

competente de las sociedades participantes”, pues la SE ya se ha constituido, sino de manera más simple y sencilla al “órgano competente de la SE”.

Dicha renegociación se producirá, conforme a la citada Ley de implicación⁴⁰⁷, una vez denunciado el acuerdo de implicación anterior, lo cual deberá producirse seis meses antes de la fecha de expiración fijada para el acuerdo o, caso de no haber sido fijada la vigencia del mismo, seis meses antes de que se cumpla cada período de cuatro años desde su vigencia inicial, pues en tal caso, de ser denunciado el acuerdo, éste se considerará vencido al cumplimiento de dicho período.

Quizás se echa en falta que la Ley 31/2006 hubiera recogido expresamente en su articulado la obligación de renegociación, tal y como aconsejaba el Grupo de Expertos SE, cuando se produzcan circunstancias tales como alteraciones o cambios estructurales o sustanciales en la estructura de la SE, sus filiales y establecimientos, en el número de sus trabajadores o en la localización de su sede cuando tales cambios afectasen a los sistemas de participación. En cualquier caso, el acaecimiento de estas circunstancias y su repercusión sobre el acuerdo de implicación podrán ser tenidas en cuenta por las partes en el propio acuerdo⁴⁰⁸.

Respecto a las tres modalidades diferentes contempladas para garantizar la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea, el legislador comunitario y el legislador nacional mantienen una posición de neutralidad. Es a la libertad de las partes a la que compete elegir alguna de estas tres modalidades de implicación ofertadas tanto por la Directiva S.E. como por la Ley de implicación. Ahora bien, como indica también VALDÉS DAL-RÉ, una vez afirmado esto “no debe pasarse por alto las preferencias del propio legislador, que se decantan a favor del órgano de representación”⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ Art. 13. b), párrf. segundo, de la Ley 31/2006.

⁴⁰⁸ Si se contempla en el art. 19 de la Ley sobre implicación, aplicable en defecto de previsiones específicas al respecto en el acuerdo, las circunstancias que determinan la renovación del órgano de representación, pero la mencionada Ley no regula la repercusión del acontecimiento de las circunstancias comentadas en el propio acuerdo de implicación y si éstas, de producirse, conllevarían la renegociación del mismo. Como indicamos, serán las propias partes las que podrán tratar, si lo estiman conveniente, estas cuestiones en el contenido del propio acuerdo de implicación.

⁴⁰⁹ Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ: *El establecimiento de los derechos de implicación...*, op. cit. p. 11. El propio autor hace una acertada consideración de este planteamiento exponiendo la descompensación que en el tratamiento de las diversas modalidades de implicación establece la Directiva S.E.: en el nivel inferior de tratamiento se encuentra la segunda opción, “*los procedimientos no institucionalizados de información y consulta*”, respecto a los cuales su tratamiento es escaso, viniendo a configurarse como un “cauce débil” de articulación de los derechos de implicación (art. 4.2. f); el tercer modelo, la “*participación*”, quedaría en un nivel intermedio, en relación al cual, como hemos dicho, la Directiva establece que el acuerdo establecerá “sus aspectos sustanciales, incluido, en su caso, el número de miembros del órgano de administración o dirección de la SE que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación, los procedimientos a seguir para elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de tales miembros, así como sus derechos (art. 4.2. g). Por último, en la cúspide, ocupando el nivel superior, se encontraría la primera modalidad, la constituida por “*el órgano de representación*”, respecto del cual el acuerdo deberá indicar: composición, número de miembros y distribución de los puestos (art. 4.2. b); atribuciones y procedimiento previsto de información y consulta (art. 4.2.c); frecuencia de sus reuniones (art. 4.2. d) y, por último, recursos financieros y materiales asignados (art. 4.2.e). Esta configuración es también la mantenida por la Ley 31/2006, que reproduce las mismas consideraciones y nivel de tratamiento para cada una de las modalidades de implicación, procediendo incluso en el caso del “*órgano de representación*” a añadir para el mismo otras indicaciones a contener en el acuerdo de implicación por el que dicho órgano se

Pero, además, la autonomía de las partes negociadoras y su libertad negocial, aun siendo bastante amplia, no es ilimitada. Como límite al contenido del acuerdo de implicación debe recordarse, en primer lugar, que si se tratase de una Sociedad Europea por “transformación”, los derechos de implicación acordados tendrán que ser al menos equivalentes al de todos los elementos de implicación ya existentes en la sociedad que se transforma. En este caso, no se permite que las partes rebajen de común acuerdo el nivel de implicación que ya existía en la sociedad anónima llamada a transformarse en SE, fuese el que fuese (información y consulta formal o informal, o participación), siendo esta limitación una aplicación más del conocido principio “antes-después”. Y, en segundo lugar, respecto al resto de modalidades de constitución de una SE, si se reducen los derechos de participación que pudieran ya existir antes de dicha constitución (y éstos, según la modalidad de constitución, afectaban al 25% o al 50% al menos de los trabajadores), el acuerdo debe tomarse por la mayoría reforzada, ya comentada con anterioridad⁴¹⁰, de dos tercios, y no por la mayoría prevista en casos normales para la adopción del acuerdo de implicación, que es simplemente de mayoría absoluta.

Ahora bien, debe recalcar que estas dos limitaciones difieren en la distinta naturaleza y alcance de las mismas: mientras que en los casos de SE por fusión, filial común o holding los derechos de participación, aun exigiéndose para ello una mayoría reforzada o cualificada, pueden ser reducidos, atendiéndose a criterios estrictamente “cuantitativos” para determinar cuando se está en los citados casos ante un supuesto de reducción, en el caso de una SE por transformación, dicha reducción no es posible en ningún caso, ni siquiera mediante mayoría cualificada, y la prohibición no sólo alcanza a los derechos de participación sino también a los de información y consulta preexistentes. En este caso, según hemos indicado con anterioridad, el acuerdo debe establecer un nivel de implicación de los trabajadores en la nueva SE “al menos equivalente” al de TODOS los elementos de implicación existentes en la sociedad que se transforma, pertenezcan los mismos a sistemas de información, consulta o participación, de forma que el acuerdo deberá mantenerlos o mejorarlos, nunca reducirlos. Esta limitación, contenida en el artículo 4.4 de la Directiva S.E. y en el artículo 11.2 de la Ley española sobre implicación, toma, por tanto, en consideración “todos los elementos” del sistema de participación existente en la sociedad que va a transformarse en SE, incluyendo no sólo criterios cuantitativos, sino también criterios “cualitativos”, como pudieran ser los relativos al propio peso o intensidad de la participación, la cual podría variar en los casos de cambio del sistema de gobierno de la SE o por una distinta configuración de los poderes de los órganos de la misma, aun manteniéndose la misma proporción numérica de sus miembros. En el caso que nos ocupa (*Sociedad Europea por transformación*), tal y como señala CASAS BAAMONDE⁴¹¹, el acuerdo de implicación para ser válido debe como mínimo garantizar el mantenimiento “del

establezca, que además incluirá para las Sociedades Europeas domiciliadas en Europa los siguientes aspectos: la duración del mandato de sus miembros y los efectos que sobre ello se pudieran derivar como consecuencia de las modificaciones en la dimensión, composición o estructura de la SE y de sus empresas filiales o en la composición de los órganos nacionales de representación de los trabajadores.

⁴¹⁰ Vid. *infra*.

⁴¹¹ M. E. CASAS BAAMONDE: “La implicación de los trabajadores en la S.A. europea”, op. cit. p. 419.

nivel global de participación existente, operando sobre el particular los cambios precisos para el logro de este fin”⁴¹².

Aparte de las dos limitaciones recientemente comentadas, también deben citarse en este momento las restantes limitaciones que se derivan de la Directiva (relativas a la protección de los representantes de los trabajadores y la reserva y confidencialidad de la información), posteriormente analizadas⁴¹³, y del propio Reglamento (sobre la participación de los trabajadores en los órganos societarios).

Al margen de estas limitaciones, y retomando lo expuesto, con carácter general puede concluirse que las partes negociadoras tienen libertad para llegar, con un alto grado de autonomía, a un acuerdo que contemple alguna de las siguientes diversas posibilidades de implicación del personal en la Sociedad Europea que a continuación se analizarán. Esta diversidad de fórmulas de implicación que el acuerdo puede acoger es manifestación del decidido y ya comentado propósito de la Directiva S.E. (recogido en su Considerando 5º) de no imponer un modelo único de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, si bien como vuelve a indicar CASAS BAAMONDE “no puede desconocerse el valor de las disposiciones de referencia del Anexo como marco de inspiración -de <<referencia>>, siguiendo la terminología que con propiedad emplea el legislador comunitario- de la actuación de la negociación colectiva, que además puede remitirse total o parcialmente a la regulación de aquellas”⁴¹⁴.

Por último, deberíamos referirnos aquí, siquiera someramente, a la posibilidad de que en el acuerdo negociado entre las partes sociales se pudiesen incluir materias diferentes a las relativas a la propia implicación de los trabajadores en la SE. En este sentido, y en virtud del propio principio de autonomía negocial que vemos que rige y planea sobre toda esta materia, entendemos que si las partes así lo tienen por conveniente la negociación también podría tratar temas como los relativos a las modificaciones empresariales y las consecuencias y repercusiones que la operación fundacional de la SE pueda tener en materia de empleo.

De hecho, consideramos que sería perfectamente posible que se aprovechara el proceso negociador para abordar otros posibles temas de interés para los trabajadores como son los referidos a las reestructuraciones empresariales que conllevaría la constitución de la Sociedad Europea y especialmente sus efectos sociales, por lo que los representantes de los trabajadores podrían aprovechar la situación para condicionar su acuerdo en el tema de la

⁴¹² El Grupo de Expertos “SE” también señalaba ya que el nivel de implicación debe apreciarse de modo global”, indicando a continuación lo siguiente: “*Parece defendible que la disminución de la intensidad de la participación resultante de la elección de un sistema dualista en lugar del sistema monista o de la reducción de los poderes del órgano en el seno del cual se efectúa la participación tras la constitución de una SE puede ser validamente compensada por un reforzamiento de la participación en otros elementos* (por ejemplo, una proporción de representantes más elevada en el Consejo de Vigilancia de la SE que la existente anteriormente en el Consejo de Administración de la sociedad anónima transformada)”. Grupo de Expertos “SE”: *Document de Travail n.º 17*, Rev. 1, de 7 de marzo de 2003, cit. p. 5.

⁴¹³ *Vid. supra*.

⁴¹⁴ M. E. CASAS BAAMONDE: “*La implicación de los trabajadores en la S.A. europea*”, p. 409.

implicación a la aceptación de otros aspectos, tales como mantenimiento de la plantilla, niveles salariales... etc. Como manifiesta MONEREO PÉREZ, esta opción interpretativa permitiría “favorecer una reestructuración consensuada en lo relativo a las consecuencias sociales derivadas del proceso constitutivo de una SE”⁴¹⁵.

Analicemos ahora ya, con cierto grado de detalle, cada una de las diversas fórmulas de implicación que el acuerdo negociado por las partes puede acoger:

3.3.2.1. El establecimiento de un “órgano de representación”.

El establecimiento de un órgano de representación específico es la primera modalidad prevista para la implicación de los trabajadores tanto por la Directiva S.E. como por la Ley española de implicación. Se trata de una modalidad de implicación que podríamos definir como la opción “*modalizada*” o “*formalizada*” contemplada por los citados textos legales, al conllevar la constitución expresa de un órgano ad-hoc para hacer operativa dicha implicación.

Por otro lado, es ésta aquella modalidad de implicación de las contempladas en la Directiva 2001/86 que es más conocida por la mayoría de las legislaciones y prácticas nacionales de los Estados miembros, como ocurre en nuestro país, en las que la representación de los trabajadores en la empresa se articula a través de un órgano propio de representación separada y exclusiva para la parte trabajadora, que será el interlocutor de los mismos ante el empresario y que, normalmente, queda “externo” al proceso de toma de decisiones estrictamente hablando, a diferencia de otros mecanismos como la participación directa de los representantes de los trabajadores en los órganos societarios, en los que la implicación tiene lugar, al menos en sentido formal, dentro del propio proceso decisional⁴¹⁶.

Aunque los legisladores comunitarios y nacionales adoptan formalmente una posición neutral ante las diversas modalidades ofertadas para que dicha implicación se produzca, esta opción es la que cuenta, quizás por la razón anteriormente señalada, tanto en la Directiva 2001/86 como en la Ley 31/2006 con un mayor tratamiento, lo que puede ser también reflejo de una preferencia por dicha modalidad de implicación, y en el caso de que dicha opción sea la finalmente elegida en el acuerdo de implicación resultante del proceso negociador, este órgano de representación será el canal a través del cual serán ejercidos los derechos de información y consulta de los trabajadores de la SE y de sus empresas filiales y el interlocutor adecuado de éstos con el órgano competente de la Sociedad Europea.

Por tanto, la modalidad de implicación que nos ocupa posibilita la constitución de un órgano de representación específico en el seno de la Sociedad Europea, con competencias en materia de información y consulta, que presentaría importantes similitudes

⁴¹⁵ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ et al.: *La participación de los trabajadores en las Sociedades...*, op. cit. p. 153.

⁴¹⁶ G. ARRIGO: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*, p. 20.

con el Comité de Empresa Europeo desde una perspectiva funcional y competencial, motivo por el cual la Directiva S.E. excluye de manera expresa la aplicación de la normativa C.E.U. en los casos en los que una SE, sus filiales y sus establecimientos reuniesen los requisitos de empresa o grupos de empresa que determinan la aplicación de la misma, casos en los que, por tanto, pudiera adoptarse un acuerdo de constitución de un Comité de Empresa Europeo⁴¹⁷.

El órgano de representación debe colaborar de buena fe en el cumplimiento de sus funciones con el órgano competente de la SE, y ambos deben, a su vez, respetar sus derechos y obligaciones recíprocas, por lo que un “espíritu de cooperación” deberá presidir las relaciones entre ambos órganos, tal y como recalca la Ley española sobre implicación⁴¹⁸. Ahora bien, este espíritu de cooperación no priva al órgano de representación de los trabajadores en la SE, cuando sea conveniente, del poder para ejercer las oportunas acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias (eso sí, por decisión mayoritaria de sus miembros), al reconocérsele a dicho órgano capacidad jurídica para el ejercicio de sus derechos (tanto de los que le reconoce expresamente la Ley 31/2006, como de los que pudieran derivarse del acuerdo de implicación pactado)⁴¹⁹.

Sin perjuicio de la autonomía de la voluntad de las partes negociadoras, a las que se le da prioridad en este ámbito, el acuerdo de implicación contendrá en el caso de que las mismas hayan optado por ésta fórmula de implicación, al menos los siguientes elementos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la norma española de transposición de la Directiva:

1. La identificación de las partes que han concertado el acuerdo.
2. El correspondiente ámbito de aplicación del mismo.
3. La composición, el número de miembros y la distribución de puestos del órgano de representación⁴²⁰.
4. La duración del mandato de sus miembros.
5. Los efectos que sobre dicho mandato se pudieran derivar como consecuencia de modificaciones en la dimensión, composición o estructura de la SE y de sus

⁴¹⁷ Recuérdese lo ya comentado sobre el art. 13 de la Directiva S.E., previsión que también recogería posteriormente la Ley de implicación en su Disposición Adicional primera. *Vid infra*.

⁴¹⁸ Art. 25 de la Ley 31/2006.

⁴¹⁹ Art. 24 de la Ley 31/2006. Dicha capacidad jurídica y la consiguiente posibilidad de emprender en todo lo relativo al ámbito de sus competencias no sólo se reconoce al órgano de representación, sino también previamente a la Comisión Negociadora, conforme a lo que establece este artículo.

⁴²⁰ Es aconsejable que el acuerdo de implicación precise respecto a la composición del órgano de representación la distribución proporcional y geográfica de sus miembros y la condición representativa de cada uno de ellos, indicando si ésta es interna (ligada exclusivamente a la propia SE, sus filiales o establecimientos) o externa (vinculada a sindicatos estatales o de ámbito europeo, circunstancia que, como sabemos, contempla tanto la Directiva S.E. como la Ley de implicación).

empresas filiales o en la composición de los órganos nacionales de representación de los trabajadores.

6. Las atribuciones del órgano de representación y el procedimiento de información y consulta previsto⁴²¹.
7. La frecuencia de las reuniones de dicho órgano.
8. Los recursos materiales y financieros que se asignarán al propio órgano de representación, con el fin de que pueda cumplir de manera adecuada con sus funciones⁴²².
9. La fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración y las condiciones de su denuncia y prórroga, procediéndose en defecto de que tales previsiones sean contempladas en el acuerdo a la aplicación subsidiaria que para tales extremos se contiene en el artículo 13 de la Ley (normas supletorias sobre vigencia, prórroga, denuncia y renegociación), artículo ya comentado con anterioridad⁴²³.
10. Los supuestos en los que deberá procederse a la renovación del citado órgano de representación. Ahora bien, si en el acuerdo no se contemplase por las partes negociadoras previsiones al respecto, el artículo 11.3 nos remite expresamente a la regulación contenida sobre este punto en el artículo 19 de la Ley, que dentro del Capítulo II de la misma referido a las “disposiciones subsidiarias”, lleva por título precisamente “*Renovación del órgano de representación de los trabajadores*”, y en dónde se establece que la composición del órgano de representación deberá modificarse y, por tanto, procederse a una nueva elección

⁴²¹ Los acuerdos deberán tener en cuenta las definiciones contenidas al respecto en los apartados f), h), i), j) del art. 2 de la Directiva 2001/86 así como, en su caso, las contenidas en los apartados h), i), j) y k) de la Ley 31/2006. No existe obstáculo legal para que el acuerdo pueda sumar a los derechos de información y consulta citados, que constituyen el mínimo que deberá ser garantizado en el acuerdo de implicación (recuérdese que, de acuerdo con el 6º Considerando de la Directiva 2001/1986, “los procedimientos de información y consulta a nivel transnacional” deben quedar garantizados en todos los casos de SE), otros instrumentos más expansivos, como puede ser la expresión de opiniones de carácter vinculante en ciertos supuestos o incluso facultades de negociación y solución de conflictos. En cualquier caso, como señala García Romero, la experiencia que ya se ha adquirido con ocasión de la negociación de acuerdos sobre comités de empresas europeos ha ido poniendo de manifiesto la necesidad de reglamentar de forma precisa los derechos de información y consulta del “órgano de representación”, especialmente en lo que se refiere a sus reuniones periódicas, como en casos de circunstancias excepcionales que vayan a tener una incidencia relevante en los intereses de los trabajadores (p. ej. cierres de empresas, traslados, despidos colectivos, etc.), así como el plazo temporal para el ejercicio de los mismos. Al respecto, vid. B. GARCÍA ROMERO: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea*, op. cit. p. 695. Por otro lado, el que sea aconsejable que en el acuerdo de implicación figure todo lo relativo a la composición, competencias y funcionamiento de dicho órgano no es obstáculo para que, como señala Casas Baamonde, los aspectos internos de dicho órgano pudieran quedar reservados para su desarrollo en un reglamento de carácter doméstico. Además, como también precisa la citada autora, el acuerdo puede ocuparse de “separar y distribuir las competencias de esta instancia de representación transnacional y las de dimensión nacional de la propia SE, de sus filiales y establecimientos [conforme al art. 13.2. y 3.2. a) de la Directiva]. Cfr. M. E. CASAS BAAMONDE: *La implicación de los trabajadores en la S.A. Europea*, cit. pp. 409 y 410.

⁴²² Incluidos también, en su caso, los recursos humanos, como pudiera derivarse del uso del derecho al recurso de expertos, que pudieran asistir al órgano de representación.

⁴²³ *Vid infra*.

o designación de todos o parte de sus miembros, en los términos en que en cada caso procedan, en los siguientes dos supuestos:

a) Cuando se haya producido una modificación en la dimensión, composición, o estructura de la SE, sus centros de trabajo y empresas filiales que implique una alteración del número de puestos que se deben cubrir en el órgano de representación o de los criterios de distribución de aquellos o de la representatividad del órgano, y así se solicite por acuerdo del propio órgano de representación o mediante una petición escrita de un mínimo del 10 por ciento de los trabajadores de la SE y sus centros de trabajo y empresas filiales o de sus representantes, que pertenezcan, por lo menos, a dos centros de trabajo situados en Estados miembros diferentes.

b) Cuando se haya producido la pérdida del mandato representativo nacional de un miembro del órgano de representación o de los representantes nacionales de los trabajadores que procedieron a su elección o designación, y así lo solicite un 10 por ciento, al menos, de los trabajadores de las empresas y centros de trabajo en representación de los cuales fue elegido o designado el miembro en cuestión o sus representantes.

En defecto de disposiciones específicas contenidas en el acuerdo de implicación por el que se constituye el órgano de representación, los representantes de los centros de trabajo y empresas filiales situados en España de una Sociedad Europea que deban formar parte del órgano de representación, serán designados (que no elegidos), al igual que ocurría para los representantes de los mismos centros que fuesen a ser miembros de la Comisión Negociadora, por acuerdo de aquellas representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal, en su caso, o por acuerdo mayoritario de dichos miembros o delegados, por lo que, como podemos apreciar, aquí también se admite la doble vía: la estrictamente sindical y la unitaria⁴²⁴. Además, y también en defecto de previsiones específicas contenidas al respecto en el acuerdo de implicación, se procederá del mismo modo para la sustitución de los representantes designados en los supuestos de dimisión y revocación y en el de pérdida de la condición de representante nacional de los trabajadores⁴²⁵.

La designación para ser miembro del órgano de representación deberá recaer en un trabajador de la SE o de sus centros de trabajo o empresas filiales que ostente la condición de delegado de personal, miembro del Comité de Empresa o delegado sindical, salvo que en el propio acuerdo de implicación se hubiese contemplado alguna otra situación⁴²⁶.

Por último, la Directiva recoge de manera separada, en una Sección III, bajo el título de “*Disposiciones Varias*”, una serie de cuestiones que se ocupan no sólo del comentado

⁴²⁴ Art. 29.1 de la Ley 31/2006. En todo caso, esta designación deberá hacerse de manera proporcional a la representación obtenida por cada sindicato en las elecciones a representantes de los trabajadores en el conjunto de los centros de trabajo.

⁴²⁵ Art. 29.1, *in fine*, de la Ley 31/2006.

⁴²⁶ Art. 29.2 de la Ley española sobre implicación.

“espíritu de cooperación” que debe presidir las relaciones entre el órgano de representación con el órgano competente de la SE (art. 9), sino también de la “protección de los representantes de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones” (art. 10), de su “obligación de confidencialidad”, y del derecho de los órganos competentes de la SE de sujetar a reserva determinada información (art. 8), cuestiones que han sido debidamente transpuestas en la Ley 31/2006, concretamente en el Capítulo III de la misma, titulado “*Disposiciones comunes a los capítulos anteriores*”, que serán analizadas con cierto grado de detalle en un Capítulo posterior de esta Tesis⁴²⁷, y que, obviamente son de aplicación a los concretos miembros que forman parte del órgano de representación acordado con el fin de dar virtualidad a la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea.

3.3.2.2. El establecimiento de uno o más procedimientos de información o consulta.

La Directiva y la Ley recogen una segunda modalidad de implicación de los trabajadores en la SE que el acuerdo podrá recoger, consistente en el establecimiento de uno o varios procedimientos de información y consulta, en lugar de establecer un órgano de representación específico⁴²⁸.

En el caso de que las partes negociadoras opten por esta modalidad y, sin perjuicio también de la autonomía de dichas partes negociadoras, el acuerdo de implicación deberá recoger, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 31/2006, en este supuesto lo siguiente:

1. La identificación de las partes que lo concertan.
2. El ámbito de aplicación del acuerdo.
3. Las modalidades de aplicación de dichos procedimientos.
4. La fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración y sus condiciones de renuncia, aplicándose también en defecto de pacto al respecto las disposiciones contempladas en el artículo 13 de la Ley española sobre implicación⁴²⁹.

Es esta, sin duda, la fórmula de implicación de las previstas que el acuerdo pueda recoger que recibe un tratamiento menor, tanto en la Directiva S.E. como en la Ley de implicación. La única mención de carácter específico, a recoger como contenido en el acuerdo de implicación en el que se opte por acoger esta fórmula, es la señalada en tercer lugar y que determina que el acuerdo precise y concrete las “*modalidades de aplicación*” de dichos procedimientos de información y consulta⁴³⁰, pues el hecho de que el acuerdo se

⁴²⁷ Vid. Parte II, Cap. V.

⁴²⁸ Art. 4.2. f) de la Directiva 2001/86 y art. 11. 1. g) de la Ley 31/2006.

⁴²⁹ Vid. *infra*.

⁴³⁰ A título de ejemplo, estos procedimientos pueden consistir en la celebración de reuniones con los representantes sindicales o laborales, según las prácticas o legislaciones nacionales en cada caso,

incline por establecer una opción más flexible, e incluso quizás más descentralizada, como es esta segunda modalidad de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea, no tiene por qué atenuar la necesidad de que la regulación se contemple, entre otros motivos por evidentes razones de seguridad jurídica, de manera amplia y precisa.

Por otro lado, recuérdese que ésta era una opción que ya venía prevista en la Directiva C.E.U. como alternativa también a la constitución de un Comité de Empresa Europeo⁴³¹, si bien tampoco en esta Directiva se encontraban mayores precisiones sobre la misma.

Como indica GARRIDO PÉREZ, su determinación “queda totalmente abierta para los negociadores”⁴³², siempre que se garantice, eso sí, los derechos de información y consulta de los trabajadores en la SE, por lo que constituye una opción de carácter informal y flexible, ajena a la necesidad de establecer un canal institucionalizado específico a tal fin, opción que pudiera ser útil a aquellos Estados de la Unión Europea, como por ejemplo el Reino Unido, en los que como hemos contemplado en la Primera Parte de esta Tesis doctoral la representación de los trabajadores en la empresa presenta un carácter menos formal y institucionalizado, acogiendo principios y prácticas que dificultan la adopción de formulas unitarias⁴³³.

Nada impediría, además, que el acuerdo estableciese procedimientos también de negociación u otros distintos, sobre la base del reconocimiento, como mínimo, de facultades de información y consulta a los representantes de los trabajadores.

Por último, también en este supuesto los representantes de los trabajadores y el órgano competente de la SE deberán trabajar con espíritu de cooperación⁴³⁴, gozando tales representantes, en el ejercicio de las funciones que desarrollen en tales procedimientos de información y consulta, de los mismos derechos y obligaciones que tienen los miembros del órgano de representación en la modalidad u opción anteriormente analizada⁴³⁵.

comunicaciones directas para la celebración de convenios o incluso el uso de tecnologías modernas para conocer la opinión de los trabajadores sobre determinadas decisiones empresariales.

⁴³¹ Posibilidad prevista en el art. 6.3 de la Directiva 94/45.

⁴³² Cfr. B. GARRIDO PÉREZ: *Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*, op. cit. p. 114.

⁴³³ G. ESTEBAN VELASCO: *El compromiso de Niza: por fin la sociedad europea*, p. 26.

⁴³⁴ Art. 9 de la Directiva S.E. y art. 25 de la Ley española de implicación.

⁴³⁵ Arts. 8 y 10 de la Directiva 2001/86 y arts. 22 y 23 de la Ley 31/2006, preceptos que tratan, como tendremos oportunidad de analizar con posterioridad, respectivamente en cada una de las dos normas, sobre las materias de “confidencialidad y reserva” y “protección de los representantes de los trabajadores”.

3.3.2.3. El establecimiento de “normas de participación”.

La tercera modalidad de implicación prevista en la Directiva S.E. y en la Ley española sobre implicación consiste en el establecimiento de “normas de participación” de los trabajadores en los órganos de la Sociedad Europea⁴³⁶.

Es una fórmula complementaria y opcional respecto a las dos anteriores, que “abre la puerta al llamado modelo de representación integrada en la estructura de la administración societaria”⁴³⁷, y que no se contemplaba en la Directiva 94/45, relativa a los Comités de Empresa Europeos. La Directiva no obliga a las Sociedades Europeas a aplicar alguna fórmula de participación de los trabajadores en los órganos societarios, como dice ARRIGO “no crea un *ius novum* comunitario en materia de participación”⁴³⁸. Como también señalan el Considerando núm. 7 de la Directiva 2001/86 (a sensu contrario) y la Parte 3 del Anexo de la misma, no hay obligación de introducir disposiciones sobre la participación de los trabajadores si ninguna de las sociedades participantes en el proyecto de constitución estuvo sometida a disposiciones para la participación antes de la inscripción de la SE; como hemos tenido posibilidad de señalar ya con anterioridad⁴³⁹, la Directiva lo que viene sobre todo es a establecer nuevos instrumentos jurídicos para defender los derechos de participación ya aplicados en las empresas interesadas en la constitución de una futura Sociedad Europea de posibles intentos elusivos provenientes de las propias empresas constituyentes.

De conformidad con las definiciones contempladas tanto en la Directiva S.E. como en la Ley de implicación estamos ante una opción relativamente amplia que contempla distintos niveles de implicación e influencia de los trabajadores en dichos órganos societarios. Así, de acuerdo con las definiciones contenidas tanto en la Directiva como en la Ley⁴⁴⁰, esta fórmula consiste en el derecho a:

1. Elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad (*modelo alemán de participación directa*), o
2. Recomendar u oponerse a la designación de una parte o todos los miembros del órgano de administración o control de la sociedad (*modelo holandés de cooptación*).

Como puede apreciarse, la influencia es distinta en uno y otro caso. Más incisiva y comprometida en el primer caso, pues implica intervenir directamente en la elección de

⁴³⁶ Art. 4.2. g) de la Directiva 2001/86 y art. 11. 1. h) de la Ley 31/2006.

⁴³⁷ Cfr. G. ESTEBAN VELASCO: *El compromiso de Niza: por fin la sociedad europea*, op. cit. p. 26

⁴³⁸ G. ARRIGO: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*, op. cit. p. 23.

⁴³⁹ *Vid. infra*.

⁴⁴⁰ Art. 2. l) de la Directiva y art. 2. k) de la Ley.

algunos miembros de dichos órganos, menos en el segundo caso, en dónde puede llegar a consistir en la mera recomendación. Que se opte por unas u por otras dependerá de “la cultura societaria, de la capacidad negociadora y de los poderes de intervención del personal, del equilibrio de fuerzas en el seno de la sociedad e, indiscutiblemente, de la voluntad de los órganos competentes de la SE en aceptar esa entrada del personal en feudos tradicionalmente cerrados a cualquier influencia e intervención de los trabajadores”⁴⁴¹.

Ahora bien, como hemos señalado con anterioridad, la Directiva S.E. no concibe esta implicación que, como vemos, puede ser de mayor o menor intensidad, como una fórmula necesariamente alternativa a la del “órgano de representación” comentado en primer lugar. El acuerdo de implicación puede configurar los derechos de participación en los órganos de la Sociedad Europea acordando o no simultáneamente la creación de un órgano de representación, dentro de la gran libertad negocial que sabemos que inspira la regulación contenida en la Directiva 2001/86.

Veamos las distintas posibilidades que se pueden, por tanto, plantear:

1. Que se opte en el acuerdo de implicación por establecer un “órgano de representación” y simultáneamente fijar “normas de participación”. En este caso, el acuerdo es libre para tomar cualquiera de las siguientes decisiones:

a) Asignarle al órgano de representación facultades de información, consulta y participación, en cuyo caso dicho órgano de representación sería el encargado de efectuar la consabida elección, designación, recomendación u oposición de los correspondientes miembros en representación de los trabajadores en el órgano societario de que se trate.

b) No atribuirle facultades de participación, separando entonces en este caso unas facultades de otras (información y consulta/participación), en cuyo caso la elección, designación, recomendación u oposición de los miembros del órgano de administración y control sería efectuada por los representantes nacionales de los trabajadores de la SE o, incluso, directamente, por los propios trabajadores (recuérdese que la Directiva no afecta a los derechos de información y consulta de los trabajadores de la SE contemplados en la legislación del Estado de su sede, conforme a lo dispuesto en el art. 13.3 de la propia Directiva 2001/86). Se trataría de una opción, a nuestro juicio, ciertamente posible pero realmente artificiosa, difícil y costosa; una opción que supondría desaprovechar la existencia del órgano de representación a la hora de efectuar tal elección, recomendación, designación u oposición.

c) Limitarse a reconducir todos los mecanismos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (información, consulta, participación) hacia los propios órganos societarios de la misma (Consejo de Administración/Consejo de Vigilancia o Control), en cuyo caso, y como señala CASAS BAAMONDE, el órgano de representación se configurará como “mera instancia de elección o

⁴⁴¹ E. GARRIDO PÉREZ: *Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*, op. cit. p. 114.

designación de los representantes de los trabajadores en aquellos, o de recomendación u oposición a la designación de parte o todos de sus miembros”⁴⁴².

2. Que se opte en el acuerdo de implicación por fijar “normas de participación” prescindiendo de la creación del “órgano de representación”: opción no sólo posible sino que además será probablemente la más frecuente, vinculándose entonces el sistema de elección, designación, recomendación u oposición a la designación de los representantes de los trabajadores en el correspondiente órgano societario a los representantes nacionales de los trabajadores de la SE o, también directamente, a sus propios trabajadores.

En cualquier caso, si las partes deciden, además de la información y la consulta, establecer normas de participación de los trabajadores en los órganos de la Sociedad Europea, el acuerdo contendrá, según el artículo 11 de la Ley 31/2006 y sin perjuicio de la autonomía de las partes negociadoras, lo siguiente:

1. La identificación de las partes que lo conciertan.
2. El ámbito de aplicación del acuerdo.
3. Los elementos esenciales de dichas normas de participación, incluida, en su caso:
 - la determinación del número de miembros del órgano de administración o de control de la SE que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar, recomendar o a cuya designación tendrán derecho a oponerse⁴⁴³,
 - la determinación de los procedimientos a seguir para ello⁴⁴⁴, y

⁴⁴² Es indudable que la referencia a “los trabajadores” que se hace en el art. 4.2. g) puede ser hecha por los acuerdos al órgano de representación que ellos mismos creen, de manera que sea éste el que tenga el derecho de elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un cierto número de miembros del órgano de administración o control de la SE. M. E. CASAS BAAMONDE: *La implicación de los trabajadores en la S. A. Europea*, p. 412.

⁴⁴³ Esta exigencia de precisión numérica resulta obligada para medir los efectos del modelo acordado por las partes negociadoras en el acuerdo de implicación respecto de “*la proporción más alta existente en las sociedades participantes*” (art. 3.4 último párrafo de la Directiva S.E.), así como con respecto “*de todos los elementos de implicación existentes*” en la sociedad que se transforme, para el caso de SE “por transformación” y, finalmente, para concluir una posible reducción de los derechos de participación, permitida en unos casos (con la garantía conocida de exigir para ello una mayoría reforzada o cualificada) o prohibida para otros (en el supuesto, por tanto, de una SE por transformación, art. 4.4) en la Directiva 2001/86. Podrá acordarse tanto un sistema de participación paritaria (en cuyo caso el Reglamento S.E. exige que el Presidente del órgano participado sea elegido por la Junta General de accionistas y que disponga de voto de calidad en caso de empate, art. 50.2), como un sistema de participación minoritaria, sistema que era el que proponía con carácter general el Grupo Davignon.

⁴⁴⁴ En lo referente a las normas internas sobre quórum y toma de las decisiones en los órganos societarios, el Reglamento S.E. establece una excepción a las “reglas generales” (presencia o representación de al menos la mitad de los miembros y toma de decisiones por mayoría de los presentes o representados) cuando exista participación de los trabajadores, habilitando a los Estados miembros para que el quórum y la toma de decisiones del órgano de control queden sujetos a las normas aplicables, en las mismas condiciones, a las

- la determinación de los derechos de los mismos⁴⁴⁵.
4. La fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración, y las condiciones de su denuncia, prórroga y renegociación, volviéndose a aplicar aquí también, en defecto de pacto al respecto, las disposiciones contempladas en el artículo 13 de la Ley española sobre implicación.

Recuérdese (y discúlpese la insistencia) que la conclusión de un acuerdo sobre participación no es obligatoria, y ello salvo que se trate de una SE “por transformación” en la que con anterioridad a la inscripción de dicha Sociedad Europea los trabajadores o una parte de ellos disfrutasen ya en la sociedad que se iba a transformar de derechos de participación, en cuyo caso, como sabemos, el acuerdo habrá de estipular un nivel de implicación equivalente al de todos los elementos de implicación existentes previamente en dicha sociedad transformada⁴⁴⁶.

sociedades anónimas constituidas de acuerdo con el Derecho del Estado miembro de que se trate (art. 50.3 Reglamento S.E.). Así, de este modo, el art. 333 de la Ley de Sociedades Anónimas Españolas establece, refiriéndose al Consejo de control, lo siguiente: “*Será de aplicación al Consejo de control lo previsto en esta Ley para el funcionamiento del consejo de administración de las sociedades anónimas en cuanto no contradiga lo dispuesto en el Reglamento 2157/2001*”.

⁴⁴⁵ También será esencial, por último, que el acuerdo determine los derechos y obligaciones de los consejeros que representen a los trabajadores cuando se opte por establecer esta fórmula de implicación. Como tendremos oportunidad de apreciar, las disposiciones de referencia parten de la igualdad de derechos y de obligaciones de todos los miembros del órgano participado, incluido el derecho de voto, sean representantes de los trabajadores o sean representantes del accionariado, siendo todos ellos miembros de pleno derecho de tal órgano (Parte tercera, último párrafo, de la Directiva S.E.). También, sobre la base de tal igualdad de derechos para unos y otros representantes, se asienta la regulación contenida en el Reglamento S.E. (arts. 46 y ss.). Ahora bien, a pesar de lo expuesto, no existe obstáculo para que en el acuerdo de implicación se negocien y fijen diferencias en el estatuto de unos y otros miembros, según el modelo de participación acordado y, obviamente, respetando el principio “*antes-después*”.

⁴⁴⁶ Art. 4.4 de la Directiva S.E.

3.3.3. LA CONCLUSIÓN DE UN “ACUERDO SOBRE LA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE REFERENCIA”.

También el proceso negociador puede terminar con la conclusión de un acuerdo en el que, en lugar de fijar un modelo de implicación propio y específico que opte por algunas de las modalidades previstas en el artículo 4 de la Directiva S.E. (y en el artículo 11 de la Ley de implicación), las partes negociadoras decidan expresamente por remitirse de manera directa a la aplicación de las normas de referencia sobre implicación de los trabajadores previstas por la legislación del Estado miembro en que se vaya a situar la sede social de la SE, a partir de la fecha de su inscripción, de conformidad con las reglas fijadas en el Anexo de la Directiva y que, para el caso de las Sociedades Anónimas Europeas domiciliadas en nuestro país, se encuentran contenidas en el Capítulo II (titulado “*Disposiciones subsidiarias*”) de la correspondiente norma española de transposición, la mencionada Ley 31/2006⁴⁴⁷.

Así lo prevé la Directiva 2001/86, cuyo artículo 7 indica expresamente que las citadas normas de referencia serán de aplicación no sólo en el caso de que el proceso negociador termine sin acuerdo de las partes negociadoras (en el plazo establecido para dicho proceso negociador que, como sabemos, es de seis meses, con posibilidad de ser prorrogado hasta alcanzar el año), sino también “*cuando las partes así lo decidan*”; previamente, el artículo 4.3 de la misma norma comunitaria, al decir que “el acuerdo (de implicación) no estará sujeto a las disposiciones de referencia (...) *salvo disposición contraída en el propio acuerdo*”, está admitiendo, a sensu contrario, la remisión a las normas de referencia si las partes negociadoras lo acuerdan expresamente. Recogiendo lo dispuesto por la Directiva SE, la Ley 31/2006 también contempla esta posibilidad en su artículo 14⁴⁴⁸.

Se trata, por tanto, de un supuesto en el que las disposiciones de referencia no son de aplicación subsidiaria, después de que se haya intentado sin éxito en el plazo establecido alcanzar un acuerdo de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea que establezca un modelo propio y a pesar de tal fracaso del proceso negociador los negociadores decidan continuar con el procedimiento de registro de la SE, sino que las mismas reciben una aplicación directa: las partes deciden expresamente, en el curso de la negociación, someter la cuestión de la implicación de los trabajadores a tales normas de referencia y, en consecuencia, al sistema de implicación del personal configurado por las mismas y así lo expresan en el acuerdo que pone fin al procedimiento negociador. Es una

⁴⁴⁷ Arts. 14 al 20 de la Ley 31/2006.

⁴⁴⁸ Art. 14.1: “*Las disposiciones subsidiarias previstas en este capítulo en materia de implicación de los trabajadores en las SE serán de aplicación en los siguientes casos: a) Cuando las partes así lo decidan (...)*”.

posibilidad que evidencia la gran potencialidad de la autonomía negocial a la hora de proceder a articular la implicación de los trabajadores en la futura SE que se constituya⁴⁴⁹.

En concreto, la libertad, en el caso que nos ocupa, es tal que las partes pueden optar por la modalidad de implicación que quieran dentro de las dos categorías que, respecto a las citadas normas de referencia que han de ser transpuestas por los derechos nacionales, configura el Anexo de la Directiva S.E.:

- normas de referencia sobre “*información y consulta*” (Parte 2 del Anexo).
- normas de referencia sobre “*participación*” (Parte 3 del Anexo)⁴⁵⁰.

Con relación a estas últimas, o sea, a las “*normas de referencia sobre participación*”, entendemos que cuando la aplicación de las normas de referencia se deriva, como estamos viendo en este caso, de la convención expresa de las partes negociadoras, la autonomía de las mismas no se ve limitada, como si ocurrirá en el más frecuente caso de la aplicación subsidiaria de las citadas normas de referencia (ante el fracaso del proceso negociador), por los porcentajes exigidos que determinan el mantenimiento de los sistemas de participación si éstos ya existían previamente en los casos de constitución de una SE por fusión (porcentaje del 25% de los trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes) o en los casos de SE holding o filial común (porcentaje del 50%), y ello salvo que dichas partes negociadoras deseen lo contrario y acepten la eficacia delimitadora de los citados porcentajes⁴⁵¹:

1. Como veremos en brevedad al tratar expresamente la aplicación de las “*disposiciones de referencia*”, el artículo 7.2 de la Directiva S.E., en sus apartados b) y c), (párrafo segundo en ambos casos) e, igualmente, la Ley sobre implicación, en el artículo

⁴⁴⁹ El Grupo de Expertos “SE”, analizando la experiencia que se deriva de la aplicación de la Directiva C.E.U. y de sus normas de transposición, pronosticaba en el año 2003 que este tipo de acuerdos por los que las partes deciden expresamente someter la implicación de los trabajadores a las normas de referencia será más bien infrecuente, si bien señaló que en el caso de la Directiva 94/45 el único caso de aplicación de las disposiciones de referencia de su Anexo hasta ese momento resultó precisamente de un acuerdo en tal sentido y reconocía, además, que la mayor brevedad de los plazos de negociación de la Directiva 2001/86 y la urgencia en la constitución de la SE, que podría dar lugar a incluso ahorrar dichos plazos, pueden determinar y favorecer en el futuro la celebración de este tipo de acuerdos. Al respecto, Grupo de Expertos “SE”: *Document de Travail n° 18*, Rev. 1, de 9 de marzo de 2003, pp. 2-3.

⁴⁵⁰ Como señalan Ansón Peironcely y Gutiérrez Dorronsoro “*si los representantes de los trabajadores acuerdan incorporar un sistema de información y consulta en la SE constituida a partir de la sociedades nacionales que contaban con sistemas de información, se presume la independencia y paridad de las partes y no se impone ninguna protección a la parte más débil (...). La comisión negociadora y los representantes de la sociedad son tan libres de llegar a un acuerdo propio sobre intervención de los trabajadores como de adherirse al nivel de implicación que fijen las normas de referencia elegidas por ellos*”. Recuérdese además que el Considerando 7 de la Directiva S.E. permite, a sensu contrario, no preservar los derechos de participación existentes en una o más de las sociedades participantes mediante su transferencia a la SE, cuando las partes así lo decidan: “*Cuando en una o más de las sociedades participantes en una SE existan derechos de participación, dichos derechos deberán preservarse mediante su transferencia a la SE, una vez creada ésta, salvo que las partes decidan lo contrario*”. Vid. R. ANSÓN PEIRONCELY y C. GUTIERREZ DORRONSORO: *La Sociedad Anónima Europea*, p. 273.

⁴⁵¹ Cfr. M. E. CASAS BAAMONDE: *La implicación de los trabajadores en la S.A. europea*, p. 415.

14.2, apartados b) y c) (también párrafo segundo en ambos casos), subordina la aplicación de las disposiciones de referencia en materia de participación, si antes de la inscripción de la Sociedad Europea existían formas de participación en una o más de las sociedades participantes en la constitución de la SE y estas formas afectaban a menos del 25% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades en el caso de fusión, o a menos del 50% de los mismos en los casos de constitución de la SE por holding o filial común, a la decisión en tal sentido de la Comisión Negociadora. Pues bien, y en definitiva, estos porcentajes no limitan la autonomía de la Comisión Negociadora si son las propias partes negociadoras las que se deciden expresamente por remitirse directamente a las normas de referencia para garantizar la implicación de los trabajadores en el seno de la SE.

2. Tampoco la Comisión Negociadora se vería limitada en su autonomía por los porcentajes relativos a la aplicación de las disposiciones de referencia sobre participación, para los casos previstos de aplicación de las mismas sin necesidad de la decisión en tal sentido de la Comisión Negociadora⁴⁵².

Estas conclusiones entendemos que son también confirmadas por la Ley 31/2006 sobre implicación, cuyo artículo 14.2 parece referir los citados requisitos o condiciones no a todos los casos de aplicación de las normas de referencia sobre “participación”, sino sólo a aquellos en los que las mismas son de aplicación subsidiaria como consecuencia de no haber alcanzado acuerdo en el plazo establecido y a pesar de ello se decida continuar con el proceso de registro de la SE (no habiéndose tomado por la Comisión Negociadora la decisión de dar por terminadas negociaciones), pero no necesariamente para el caso en que la aplicación de las normas de referencia en materia de participación se produzca de manera directa por que las partes así lo han acordado expresamente en el desarrollo del propio proceso negociador.

Igualmente, la Ley 31/2006, en el caso de una SE “*por transformación*”, caso en el que, en principio, las disposiciones de referencia en materia de participación sólo se aplicaran cuando con anterioridad a la inscripción de la SE existiera en la sociedad que va a transformarse un sistema de participación de los trabajadores en los órganos de administración o de control, parece no exigir esta condición cuando la aplicación de las normas de referencia no es subsidiaria por falta de acuerdo, sino directa por decisión expresa de las partes, pues consideramos que refiere las condiciones que establece en el artículo 14.2 sólo a dichos casos de aplicación subsidiaria (letra b, del artículo 14.1), pero no necesariamente para el caso de que sean las propias partes negociadoras las que decidan directamente tal aplicación (letra a, del artículo 14.1).

En conclusión, y para las Sociedades Europeas domiciliadas en España, de acuerdo con la Ley española de implicación aplicable a las mismas, consideramos que cuando las partes negociadoras decidan expresamente acordar en el proceso negociador la remisión directa a las normas de referencia, no serán de aplicación las condiciones o requisitos establecidos en el artículo 14.2 de la citada norma, que determinan o condicionan la

⁴⁵² Vid. art. 7.2. b, párrf. primero, y art. 7.2. c, párrf. segundo, de la Directiva S.E. y art. 14.2.b), primero, y art. 14.2.c), primero, de la Ley de implicación.

aplicación de las normas de referencia sobre “participación”⁴⁵³, y que sí se exigen en el caso de aplicación subsidiaria de tales disposiciones ante la falta del correspondiente acuerdo de implicación.

⁴⁵³ Art. 14.2 que comienza diciendo expresamente: “*No obstante lo señalado en la letra b) del apartado anterior (aplicación de las normas de referencia cuando no se ha alcanzado acuerdo en el plazo de negociación establecido), las disposiciones subsidiarias en materia de participación de los trabajadores previstas en el artículo 20 sólo se aplicarán cuando, además de cumplirse las condiciones previstas en dicha letra b) (no haber adoptado la Comisión Negociadora la decisión de no iniciar o dar por terminadas las negociaciones y, además, decidir continuar pese a la falta de acuerdo con el proceso de registro de la SE), concorra la condición de que...*”, y establece la condición (en el caso de SE por transformación) y los porcentajes indicados en cada caso (en los supuestos de SE por fusión, holding, o filial común) según la modalidad correspondiente de constitución de la SE, y que analizaremos más detenidamente en el siguiente Capítulo (Capítulo IV) de esta Parte II de la Tesis doctoral. *Vid. supra.*

3.3.4. TERMINACIÓN DEL PROCESO NEGOCIADOR “SIN ACUERDO” ENTRE LAS PARTES NEGOCIADORAS.

En el caso de que hubiera transcurrido el plazo señalado para alcanzar un acuerdo de implicación, plazo que sabemos que puede ser de seis meses, con posibilidad prórroga hasta alcanzar un año si así lo acuerdan las partes negociadoras (aunque no es necesario que los plazos se agoten si queda constatada la oposición abierta entre las partes negociadoras⁴⁵⁴), serán de aplicación subsidiaria las denominadas “*Disposiciones de Referencia*” del Estado miembro de registro de la Sociedad Europea⁴⁵⁵ (a las que nos referiremos detalladamente en el Capítulo siguiente de esta Tesis Doctoral), siempre que concurren de manera conjunta las siguientes dos condiciones⁴⁵⁶:

1. Que la Comisión Negociadora no hubiera adoptado antes la ya conocida decisión de finalizar las negociaciones y, en consecuencia, someter la cuestión de la implicación de los trabajadores a las legislaciones nacionales sobre información y consulta de los Estados miembros en los que la SE tenga trabajadores.

2. Que pese al fracaso del proceso negociador, al no haber alcanzado las partes un acuerdo propio de implicación, no obstante se decida por los órganos competentes de las sociedades participantes en el proyecto de constitución continuar con el procedimiento de registro de la SE, decidiendo aceptar la aplicación de tales disposiciones subsidiarias.

⁴⁵⁴ Es evidente que los plazos citados de duración de las negociaciones son máximos y no mínimos.

⁴⁵⁵ La Directiva 2001/86 no prevé en este caso la sustanciación, ante el fracaso de las negociaciones, de procedimientos de resolución de conflictos entre la Comisión Negociadora y el órgano competente de la SE, como pudieran ser la conciliación, la mediación y el arbitraje. Pero, siguiendo a Casas Baamonde, entendemos que no existen mayores impedimentos para que la propia Comisión Negociadora pudiera incluir el recurso a mecanismos de composición de conflictos en su reglamento o normas de funcionamiento interno, en los que los interlocutores sociales de nivel europeo podrían desempeñar un importante papel. Al respecto, M. E. CASAS BAAMONDE: *La implicación de los trabajadores en la S.A. Europea*, p. 421.

⁴⁵⁶ Art. 7.1. b) de la Directiva S.E. y art. 14. 1. b) de la Ley sobre implicación. Como señala Garrido Pérez, al exigirse ambas condiciones de manera conjunta, pudiera pensarse que la Comisión Negociadora, con el fin de evitar la aplicación de las disposiciones de referencia una vez registrada la SE, pudiera para tal fin adoptar durante el proceso negociador y antes de la llegada del término del mismo la decisión de finalizar las negociaciones y someterse, en su caso, a las legislaciones nacionales de transposición de la Directiva C.E.U. Pero, como tendremos oportunidad de analizar seguidamente, el contenido de las disposiciones de referencia es parecido, en gran medida, al contenido de las que resultan de la aplicación de la propia Directiva 94/45, motivo este por el cual “difícilmente se obtendría mayor nivel de implicación por esta vía en relación con la dispuesta en la Directiva 2001/86 como para justificar algún tipo de bloqueo en este sentido por parte de la comisión negociadora”. Cfr. E. GARRIDO PÉREZ: *Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea*, p. 118.

El rechazo por parte de dichos órganos a la aplicación de las normas de referencia conllevará el rechazo también a la constitución de la Sociedad Europea, pues queda en este caso imposibilitado su registro⁴⁵⁷. De esta manera, los órganos competentes de las sociedades participantes pueden, ante el fracaso de las negociaciones, decidir la renuncia a la constitución de la proyectada Sociedad Europea; lo que no cabe es proceder al registro de una SE sin implicación de los trabajadores, pues tales órganos competentes carecen de la posibilidad de, no aceptando la aplicación de las disposiciones de referencia, seguir con el proceso de registro de la SE proyectada.

⁴⁵⁷ Art. 12.2 del Reglamento S.E.

CAPÍTULO IV.- ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LAS DENOMINADAS “NORMAS SUBSIDIARIAS O DE REFERENCIA”: RÉGIMEN JURÍDICO CONTENIDO EN LA DIRECTIVA 2001/86 Y TRANSPOSICIÓN EFECTUADA EN LA LEY 31/2006.

4.1. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE REFERENCIA.

4.1.1. PREVIO.

Hemos podido apreciar cómo la negociación colectiva aparece en el centro del sistema que para la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea configura la Directiva 2001/86, mostrando esta norma comunitaria su clara preferencia por la implantación de una solución convencional para abordar dicha problemática cuestión. La solución negociada aparece, ciertamente a primera vista, como la mejor manera de afrontar la implicación de los trabajadores ante la dificultad de encontrar, dada la comentada diversidad de normas y prácticas existentes en los diferentes Estados de la Unión, unas normas únicas que pudieran ser objeto de aplicación común y consensuada para todos ellos.

Ahora bien, excluida la denominada “*zero option*”⁴⁵⁸, o sea, la posibilidad de que la falta de acuerdo entre las partes negociadoras pudiera dar lugar a la constitución de una SE sin implicación alguna de los trabajadores en la misma, se planteaba el problema de dar una solución al caso de que siguiese manteniéndose el deseo por las sociedades participantes de continuar con el proceso de constitución de la Sociedad Europea, a pesar de haber transcurrido el plazo previsto para las negociaciones sin haberse alcanzado acuerdo alguno al respecto.

Es por ello que la Directiva S.E., siguiendo las recomendaciones del Informe Davignon, va a configurar adicionalmente un “*modelo legal*”, el cual resulta de la necesidad de regular unas normas de aplicación subsidiaria que pudieran ser objeto de aplicación ante el fracaso del “*modelo negocial*”, y que habrán de ser transpuestas a los diferentes ordenamientos nacionales, de manera que los Estados miembros resultan obligados a

⁴⁵⁸ Vid. K. BERNDT: “The European Company Statute: Employee involvement – and beyond”, IIRA/CIRA 4º Congreso Regional de las Américas, University of Toronto, Junio 25-29, 2002.

establecer necesariamente esas disposiciones subsidiarias o de referencia en desarrollo del Anexo de la Directiva 2001/86.

Conforme a lo expuesto, aunque la Directiva S.E. apuesta decididamente por la búsqueda de soluciones negociadas entre las partes sociales para resolver la cuestión de la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea, el legislador comunitario no quiso dejar sin prever las consecuencias de un fracaso de las negociaciones encaminadas a regular dicha materia⁴⁵⁹. Se parte, sobre todo, de la idea de que tal fracaso no conlleve necesariamente la total imposibilidad de constitución de la pretendida SE, pues eso supondría dejar, en última instancia, en manos de los trabajadores la decisión relativa a la forma jurídica de la sociedad; pero tampoco sería admisible permitir la constitución sin implicación, por que además ello conllevaría una situación de inseguridad jurídica (ante la falta de acuerdo si no se previese en la norma alguna solución supletoria de manera expresa) en relación a dos elementos esenciales de su estructura, como son los relativos la composición de la SE y las competencias de sus órganos.

Por estas razones, el legislador comunitario ha optado por incorporar en la Directiva 2001/86 un Anexo que, bajo las condiciones y circunstancias descritas en el complejo artículo 7 de dicha norma⁴⁶⁰, contiene una serie de disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores: son las denominadas “*disposiciones de referencia*”, que vienen a configurar un modelo subsidiario similar al establecido en relación con el Comité de Empresa Europeo, dejando a salvo algunas diferencias⁴⁶¹.

Este modelo de referencia será de aplicación cualquiera que sea el país en el que la SE tenga su sede y debe ser recogido en las correspondientes normas nacionales de transposición de la Directiva⁴⁶², circunstancia que en el caso español se produciría con la Ley 31/2006, sobre implicación de los trabajadores en las SE domiciliadas en España.

⁴⁵⁹ La Directiva no contempla en estos casos de fracaso de las negociaciones la sustanciación de procedimientos de resolución de los conflictos entre la Comisión Negociadora y el órgano competente de la SE, tales como la mediación, el arbitraje y la conciliación. A pesar de ello, entendemos que no existe impedimento alguno para que la Comisión Negociadora pueda incluir en su reglamento o normas internas de funcionamiento el recurso a mecanismos de composición conflictos. Como señala Casas Baamonde, “los interlocutores sociales de nivel europeo podrían desempeñar aquí un relevante papel, ofreciendo sistemas de mediación o arbitraje”. Cfr. M. E. CASAS BAAMONDE: *La implicación de los trabajadores en la S.A. europea*, op. cit. pp. 420-421.

⁴⁶⁰ Algunos autores incluso han llegado a afirmar que la ubicación del artículo 7, situado en la Sección II (“*Procedimiento de negociación*”) evidencia una notable falta de lógica jurídica: “se aprecian aquí las deficiencias de un texto que se apresuró a ser sacado a la luz como un trofeo, sin dar tiempo a la necesaria labor de simplificación, fijación de términos y corrección de incoherencias”. Cfr. R. ANSÓN PEIRONCELY y C. GUTIERREZ DORRONSORO: *La Sociedad Anónima Europea*, op. cit. p. 272.

⁴⁶¹ A pesar de esas diferencias que tendremos oportunidad de comentar, en un análisis comparado de ambas disposiciones en una y otra Directiva, podemos decir que las semejanzas son bastante relevantes: Como señala Arrigo, son caracteres comunes a ambas su finalidad consistente en frustrar los intentos elusivos de los sujetos destinatarios (empresas y Estados) y de garantizar el efecto útil de la Directiva, así como su ámbito de eficacia, formalmente limitado a los casos taxativamente indicados en ambos casos. Al respecto, G. ARRIGO: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*, op. cit. pp. 17-18.

⁴⁶² La forma de regular estas disposiciones de referencia tampoco estuvo exenta de polémica: de hecho, en la Propuesta de Reglamento de 1999 las disposiciones de referencia relativas a la “participación” se incluían en el Reglamento, al considerarlas intrínsecamente conectadas con la forma jurídico-societaria de la empresa (art. 47 bis de la Propuesta de Reglamento S.E. 1999). Finalmente pasaron a regularse en la Directiva S.E. en su Anexo (Parte 3), y deben ser transpuestas a los distintos ordenamientos nacionales.

4.1.2. REGLA GENERAL.

En definitiva, con las “disposiciones de referencia” (a las que la Ley española 31/2006 se referirá directamente con la expresión “*disposiciones subsidiarias*”) se pretende hacer frente a la necesidad de contar con esas reglas mínimas que permitan garantizar que, en el caso de que no habiendo llegado las partes negociadoras a un acuerdo en el plazo máximo previsto, si se quiere seguir adelante con la fundación de la Sociedad Europea se lleve a cabo alguna modalidad de implicación de los trabajadores en relación con la SE como fenómeno transnacional.

Ahora bien, a pesar de lo que pudiera parecer, la falta de acuerdo no es una circunstancia totalmente necesaria para que entre en juego la **aplicación** de las normas de referencia: Como bien expone VALDÉS DAL-RÉ “*no es causa necesaria, por cuanto las partes negociadoras tienen atribuida la facultad de alterar el (...) orden normativo de prelación, decidiendo someter los derechos de implicación, de manera indirecta e inmediata, a lo que establezcan las disposiciones subsidiarias del Estado miembro de la sede social de la SE*”⁴⁶³.

De este modo, salvo en aquellos casos en los que la Comisión Negociadora haya adoptado el acuerdo de no negociar o de dar por terminadas las negociaciones ya en curso, aplicándose entonces las normas sobre información y consulta de los trabajadores vigentes en los Estados miembros, las disposiciones nacionales de referencia previstas por la legislación del Estado miembro en el que se vaya a situar la sede social de la SE serán de aplicación en dos supuestos claramente diferenciados:

1. Cuando las partes así lo deciden expresamente (circunstancia ya comentada anteriormente⁴⁶⁴).

2. Cuando el proceso negociador para establecer un sistema propio de implicación de los trabajadores en la SE haya finalizado (transcurrido el plazo de seis meses, o el ampliado de un año) sin la obtención de un acuerdo al respecto, pero a pesar de ello se tome la decisión de proseguir con la constitución de la Sociedad Europea⁴⁶⁵.

⁴⁶³ Art. 7.1.a) de la Directiva S.E. Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ: *La Sociedad Anónima Europea y los derechos de participación de los trabajadores: sus repercusiones en España*, op. cit. p. 29.

⁴⁶⁴ Vid. *infra*.

⁴⁶⁵ Art. 7.1 de la Directiva S.E.; art. 14 de la Ley española de implicación.

Es de este segundo supuesto del que debemos ocuparnos en este momento. Como hemos dicho, en él la aplicación de las normas de referencia proviene de la falta de acuerdo entre las partes negociadoras: se trata de aquel caso en el que iniciadas las negociaciones entre las partes y terminado el plazo previsto para su conclusión, en éstas no se haya conseguido alcanzar un acuerdo y la aplicación de dichas normas subsidiarias o de referencia sea aceptada por los órganos competentes de cada una de las sociedades participantes, no habiéndose adoptado previamente por la Comisión Negociadora la decisión de proceder a la aplicación de las disposiciones en materia de información y consulta de los trabajadores vigentes en los Estados miembros en los que la SE tenga trabajadores al decidir la misma no iniciar o dar por terminadas antes de tiempo las negociaciones ya iniciadas⁴⁶⁶, ya que esta circunstancia excluiría la aplicación de las denominadas “disposiciones de referencia” (acuerdo que, discúlpese la reiteración, no puede adoptarse cuando en la sociedad que vaya a transformarse en SE existía ya participación).

Pero, como indicábamos, la falta de acuerdo no sólo no es circunstancia necesaria para la aplicación de las normas de referencia, sino que tampoco es suficiente por sí sola. Para que las normas de referencia sean aplicables es necesario que, además de la falta de acuerdo en el plazo establecido, concurren dos presupuestos adicionales:

- a) Que las sociedades sigan queriendo constituir una Sociedad Europea;
- b) Que los órganos competentes de cada una de las sociedades participantes acepten de manera expresa la aplicación subsidiaria de tales disposiciones de referencia⁴⁶⁷. Si ante la falta de acuerdo sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea que se pretende constituir los órganos sociales no aceptan las normas de referencia entonces no se podrá proceder ya a la inscripción de la pretendida SE⁴⁶⁸.

La decisión de proceder a adoptar las disposiciones de referencia ha de ser “expresa”, pues ello constituye “una garantía necesaria de que la SE cuenta con un sistema de implicación de los trabajadores y como requisito previo necesario para permitir su registro”⁴⁶⁹, ya que como señala el Reglamento no se admitirá el registro de ninguna Sociedad Europea sin implicación de los trabajadores en la SE. Al respecto, recuérdese que para que haya implicación se requiere, a los efectos de la constitución de una SE, que “se haya alcanzado un acuerdo de implicación de los trabajadores en virtud del artículo 4 de la Directiva 2001/86/CE, se haya tomado una decisión en virtud del apartado 6 del artículo 3 de la mencionada Directiva, o haya expirado el período de negociaciones conforme al artículo 5 de la Directiva sin que se haya alcanzado un acuerdo”⁴⁷⁰, y se decida la aplicación subsidiaria de las normas de referencia.

⁴⁶⁶ Decisión, recuérdese también, que estaba contemplada en el art. 3.6. de la Directiva S.E. y en el art. 8.2 de la Ley de implicación.

⁴⁶⁷ Art. 7. 1. b) de la Directiva S.E. y art. 14.1.2º de la Ley de implicación.

⁴⁶⁸ Vid. art. 12 del Reglamento S.E.

⁴⁶⁹ Cfr. R. ANSÓN PEIRONCELY y C. GUTIERREZ DORRONSORO: *La Sociedad Anónima Europea*, op. cit. p. 275.

⁴⁷⁰ Art. 12.2 del Reglamento S.E.

PARTE SEGUNDA. Cap. IV: “*Las disposiciones subsidiarias o de referencia*”

Las disposiciones nacionales de referencia deberán transponer las tres partes contenidas en el Anexo de la Directiva:

1. Disposiciones sobre el órgano de representación de los trabajadores (Parte 1);
2. Disposiciones sobre sus derechos de información y consulta (Parte 2);
3. Disposiciones sobre participación (Parte 3).

4.1.3. REGLAS ESPECIALES EN MATERIA DE “PARTICIPACIÓN”.

Respecto a estas últimas, la modalidad de participación de los trabajadores, al ser una modalidad cualificada de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea, dispone de unas reglas específicas en cuanto a lo que concierne a la aplicación de las disposiciones de referencia, resultado de la necesidad de respetar el ya comentado principio “antes-después”. En este sentido, la Directiva S.E. y la Ley española sobre implicación detallan de manera precisa los casos en los que son de necesaria aplicación las disposiciones de referencia sobre participación de los trabajadores, distinguiendo el modo de constitución al que se haya acudido para la constitución de la futura Sociedad Europea: SE por transformación, SE por fusión, por constitución de una SE holding, o SE filial⁴⁷¹.

En definitiva, las disposiciones de referencia en materia de participación de los trabajadores, establecidas por la legislación nacional del Estado miembro en el que se registre la Sociedad Europea con arreglo a la Parte 3 del Anexo de la Directiva S.E. (y que en el caso español se encuentran contenidas en el artículo 20 de la Ley 31/2006), sólo serán de aplicación en una serie de casos concretos, que parten de la existencia de formas de participación previas en alguna de las sociedades participantes, pues si ninguna de las sociedades participantes estuviera regida por normas de participación antes de la inscripción de la SE, ésta no estará obligada a establecer disposiciones en materia de participación de los trabajadores⁴⁷².

Ahora bien, si se dan tales casos, la aplicación de tales disposiciones de referencia en materia de participación adquiere un carácter “imperativo”, con el fin de procurar especialmente la defensa de los derechos adquiridos en materia de participación, protegiéndose estos derechos con una intensidad diferente en función de dos variables que vienen determinadas, por un lado, por el modo de constitución de la SE, y por otro lado, por el censo o número de trabajadores afectados por la participación en el conjunto de las sociedades participantes⁴⁷³. Dichos casos son los siguientes:

⁴⁷¹ Art. 7.2 de la Directiva S.E. y art. 14. 2 de la Ley de implicación.

⁴⁷² Anexo de la Directiva S.E., Parte 3, y art. 14.3, párrf. segundo, de la Ley de implicación.

⁴⁷³ Todo ello determina un sistema especialmente complejo, complejidad que resulta, como señala Valdés Dal-ré “del difícil equilibrio de los dos objetivos que pretende cubrir: proteger *les droits acquis* en los Estados miembros que cuentan con vías de participación de los representantes de los trabajadores en los órganos de la sociedad y contener la implantación de estas vías en los Estados miembros que no las regulan”. Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ: *La implicación de los trabajadores en la sociedad europea: un paradigma del nuevo derecho comunitario*, op. cit. p. 48.

PARTE SEGUNDA. Cap. IV: “Las disposiciones subsidiarias o de referencia”

a) En el caso de una SE por transformación⁴⁷⁴: cuando se aplicara con anterioridad a la inscripción de la SE en la sociedad anónima que pretende transformarse en SE un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o control.

Además, debe precisarse que, como veremos, si en una SE por transformación ya se le aplicaban a la sociedad transformada normas de un Estado miembro en materia de participación, a la SE resultante se le seguirán aplicando todos los elementos de dicha participación⁴⁷⁵.

b) En el caso de una SE constituida por fusión⁴⁷⁶: cuando se aplicara con anterioridad a la inscripción de la SE en alguna de las sociedades participantes un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o control que afectase al 25 por ciento, al menos, del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes (o a un número inferior a dicho porcentaje si así lo decidiese la Comisión Negociadora⁴⁷⁷).

c) En el caso de una SE Holding o filial⁴⁷⁸: cuando se aplicara con anterioridad a la inscripción de la SE en alguna de las sociedades participantes un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o control que afectase al 50 por ciento, al menos, del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes (o a un número inferior a dicho porcentaje si así lo decidiese la Comisión Negociadora⁴⁷⁹).

⁴⁷⁴ Art. 7.2 a) de la Directiva S.E. y art. 14.2. a) de la Ley de implicación. Se trata, como señalan Ansón Peironcelly y Gutiérrez Dorronsoro, “de garantizar los derechos adquiridos de los trabajadores y en coherencia con el principio *antes-después*, de manera que se aplicará a la SE exactamente el mismo sistema que estaba vigente en la sociedad anónima nacional antes de su transformación”. R. ANSÓN PEIRONCELY y C. GUTIERREZ DORRONSORO: *La Sociedad Anónima Europea*, p. 275.

⁴⁷⁵ Anexo de la Directiva S.E., Parte 3. a); art. 20.1. a) de la Ley de implicación.

⁴⁷⁶ Art. 7.2. b) de la Directiva y art. 14.2. b) de la Ley.

⁴⁷⁷ La decisión se adoptaría por la Comisión Negociadora mediante el sistema de “doble mayoría absoluta”, sistema que, como sabemos, constituye el procedimiento que tanto la Directiva S.E. como la Ley española de implicación establecen como regla general para la formación de la voluntad negocial en el seno de la Comisión Negociadora. De acuerdo con el mismo, la Comisión tomará sus decisiones, con carácter general y salvo las excepciones previstas, por mayoría absoluta de sus miembros (la mitad más uno), siempre que dicha mayoría represente igualmente a una mayoría absoluta de trabajadores. Vid. art. 3.4, párrf. 1º, de la Directiva S.E. y art. 9.1 de la Ley 1/2006.

⁴⁷⁸ Art. 7.2. c) de la Directiva y art. 14.2. c) de la Ley.

⁴⁷⁹ Obviamente, aquí también la decisión se adoptaría por la Comisión Negociadora mediante el sistema habitual de “doble mayoría absoluta”. Recuérdese que el otro sistema por el que la Comisión Negociadora puede formar su voluntad, el sistema de “doble mayoría reforzada y transnacional” es exigido con carácter excepcional, tanto por la Directiva S.E. como por la Ley 31/2006, sólo para los supuestos contemplados expresamente en ellas (no es el caso que nos ocupa) y consiste en la necesidad de contar con el voto favorable de dos tercios de los miembros de la Comisión Negociadora que representen como mínimo a dos tercios de los trabajadores, incluyendo los votos de los representantes de al menos dos Estados miembros.

En los dos últimos casos expuestos, SE por fusión, y SE holding o filial común, si ya se les aplicaba una o más formas de participación a los respectivos porcentajes de trabajadores señalados, los trabajadores mantendrán el derecho a participar en una proporción igual a la mayor de las proporciones vigentes antes en las sociedades participantes⁴⁸⁰.

Recogiendo el caso que acertadamente propone RAMÍREZ MARTÍNEZ, a tenor de lo expuesto piénsese en el siguiente ejemplo clarificador: en el caso de una sociedad anónima alemana que se pretendiese transformar en SE y a la que ya se le aplicara la normativa alemana de 1976 que confiere a los representantes de los trabajadores $\frac{1}{2}$ de los miembros del órgano de control (*participación paritaria*), esto se mantendría en todos sus elementos, tanto si la SE nueva resultante de la transformación estableciera su domicilio en Alemania como si lo estableciera en otro Estado miembro de la Unión Europea. Por otro lado, en los casos de SE por fusión, holding o filial común, piénsese que si, por ejemplo, se fusionara una sociedad anónima alemana con otra francesa, existiendo en la primera sociedad una participación de $\frac{1}{3}$ de representantes de los trabajadores en su órgano de control (de acuerdo con la Ley alemana de 1952), resultando ser 3 representantes dicho porcentaje, y existiendo en la segunda sociedad sólo 1 representante laboral, el resultado sería que habría que mantener ese porcentaje mayor que es el de $\frac{1}{3}$, y ello aunque la SE se estableciera en Francia⁴⁸¹.

Por otro lado puede darse, por último y como el lector podrá deducir, la circunstancia de que las formas de participación existentes en las diversas sociedades participantes en el proyecto de constitución de una Sociedad Europea fueran distintas. A tal efecto, la Ley 31/2006 indica expresamente que serán tomados en consideración todos aquellos sistemas de participación previos que se adecuen a lo establecido en su artículo 2.1), con independencia de que el origen de tales sistemas sea legal o convencional⁴⁸²; de manera que, si existiera más de uno en las sociedades constituyentes, será la Comisión Negociadora la que decidirá cuál de esas formas o sistemas de participación deberá ser la aplicable a la Sociedad Europea, criterio acogido tanto en la Directiva S.E. como en la Ley de implicación⁴⁸³: por ejemplo, piénsese en un proyecto de SE por fusión entre dos sociedades anónimas, una alemana en la que se designa directamente un porcentaje de representantes de los trabajadores en el órgano de control, y una sociedad holandesa en la que sólo existe, siguiendo el sistema de cooptación, el derecho de proponer u oponerse al nombramiento de miembros del órgano de control, será la Comisión Negociadora la que, por tanto, decidirá cual de los dos será el sistema aplicable en la SE. Sobre la Comisión

⁴⁸⁰ Anexo de la Directiva S.E., Parte 3. b); art. 20.1. b) de la Ley de implicación.

⁴⁸¹ J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, op. cit. pp. 386-387. O piénsese también en el siguiente ejemplo que bien podría darse por su proximidad geográfica: si se produjese la fusión de una sociedad alemana sujeta a cogestión paritaria con una sociedad austriaca que dispone que los trabajadores designen sólo a un tercio de los representantes en el Consejo de Vigilancia, las normas subsidiarias austriacas deben asegurar a los trabajadores de la SE la mayor de las dos participaciones, en este caso la alemana, y ello aunque se hubiese elegido a Austria como país de registro para la SE que resulta de la fusión.

⁴⁸² Art. 14.3, párrf. primero, de la Ley 31/2006. De acuerdo con el art. 2. 1) del mismo texto legal, serán tenidos en cuenta aquellas formas de participación que consistan en la elección, designación, recomendación u oposición al nombramiento de miembros del órgano de administración o control.

⁴⁸³ Art. 7.2. c), *in fine* de la Directiva y art. 14.3, párrf. tercero, de la Ley.

Negociadora recaerá también el deber de informar al órgano competente de las sociedades participantes respecto a la decisión que hubiese adoptado al respecto.

Consideramos, además, que el hecho de que en el artículo 14.3 de la Ley española se explicita que, a efectos de determinar si cabe la aplicación de las disposiciones subsidiarias en materia de participación, “*se tomarán en consideración todos los sistemas de participación (...) con independencia de su origen legal o convencional*” es positivo en aras de una mayor seguridad jurídica, pues de acuerdo con el juego del “principio antes-después” entendemos que no sólo deben ser objeto de protección “los derechos adquiridos de los trabajadores en materia de implicación en las decisiones de la empresa” (Cdo. núm. 18 de la Directiva S.E.), sino también de las “*prácticas existentes de implicación de los trabajadores*” (el Cdo. núm. 17 del mismo texto comunitario menciona expresamente la necesidad de que se garantice que “*el establecimiento de las SE no suponga ni la desaparición ni la reducción*” de tales prácticas), lo que nos remite también a las experiencias de implicación que con un origen convencional se encontrasen vigentes⁴⁸⁴.

También la Directiva establece la posibilidad de que los Estados miembros puedan establecer normas aplicables en ausencia de decisión sobre esta cuestión para una SE registrada en su territorio⁴⁸⁵. Pues bien, a ello ha procedido de manera expresa la Ley 31/2006 estableciendo que si la Comisión Negociadora, llegada la fecha de inscripción de la SE, no lo hubiera decidido (o no hubiera informado de su decisión al órgano competente de las sociedades participantes), será de aplicación a la SE el sistema de participación que hubiera afectado al mayor número de trabajadores de dichas sociedades participantes⁴⁸⁶.

En resumen, y tal como señala RAMÍREZ MARTÍNEZ⁴⁸⁷, la aplicación de las normas de referencia, en aquellos casos que proceda, va a llevar consigo:

- a) La constitución de un órgano de representación de los trabajadores en la SE;
- b) La atribución al mismo de funciones de información y consulta;
- c) Y, en su caso, la participación en el órgano de administración y control de la SE.

Por tanto, las Disposiciones de referencia contenidas en el Anexo de la Directiva S.E., de acuerdo a su vez con lo dispuesto en el artículo 7 de la misma norma comunitaria, se dirigen básicamente a prever la composición de un órgano de representación de los trabajadores (Parte 1), a los que se les otorga una serie de poderes de información y consulta (Parte 2); conjuntamente a estas normas, las disposiciones de referencia contenidas en el Anexo de la Directiva 2001/86 también incluyen un apartado específico sobre reglas subsidiarias en materia de “*participación*”, que se harán efectivas en los supuestos

⁴⁸⁴ En parecido sentido se manifiesta M. E. CASAS BAAMONDE: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea*, pp. 384 y 385, apoyándose en las propias definiciones contenidas en el art. 2 de la Directiva SE de los términos “*implicación*”, “*información*”, “*consulta*” y “*participación*”.

⁴⁸⁵ Art. 7.2 c), *in fine*, de la Directiva 2001/86.

⁴⁸⁶ Art. 14.3, *in fine*, de la Ley 31/2006.

⁴⁸⁷ J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea domiciliada en España*, p. 397.

previstos por la Directiva, y en los términos enunciados también en el propio Anexo (Parte 3). En definitiva, en todas las Sociedades Europeas el órgano de representación de los trabajadores tendrá, como mínimo, las competencias de información y consulta a que se refiere la Directiva, y tendrá atribuido el derecho de “participación” en los supuestos previstos en la Directiva y en los términos enunciados en la Parte 3 de su Anexo.

Luego, las normas nacionales subsidiarias (denominadas en la Directiva “*normas de referencia*”) deben transponer lo dispuesto en la Directiva para dichas tres partes contenidas en el Anexo de la misma. A tal labor ha procedido la Ley española 31/2006, concretamente en su Capítulo II del Título I, artículos 14 al 20, titulado “*Disposiciones subsidiarias*”. Como tendremos ocasión de analizar en breve, el Capítulo II del Título I de nuestra Ley española sobre implicación entendemos que ha realizado dicha labor sin introducir significativas diferencias (más bien, diversas puntualizaciones, dentro del margen de discrecionalidad que la Directiva confiere a los legisladores nacionales) respecto al Anexo de la Directiva, lo cual creemos que no debe ser valorado de manera negativa, antes al contrario, pues un excesivo intervencionismo diferenciador de los diversos Estados miembros de la Unión Europea no ocasionaría sino un alejamiento aún mayor del ideal en pro de la consecución de un modelo único de Sociedad Europea, lo cual podría incrementar precisamente los riesgos de que se ocasionasen situaciones propicias para el “dumping social”⁴⁸⁸.

Con carácter previo, y antes de preceder al análisis sistemático y exhaustivo de las citadas normas de referencia, debemos indicar que la aplicación de las normas de referencia no tiene, a pesar de lo expuesto, un carácter necesariamente definitivo, ya que, como veremos, la aplicación de las mismas es reversible en el siguiente sentido: el órgano de representación tiene atribuida la facultad de decidir, una vez transcurridos cuatro años desde su constitución, la apertura o no de nuevas negociaciones con vistas a alcanzar, dentro de los plazos que rigen el proceso negocial, un “acuerdo de implicación”⁴⁸⁹, cuya conclusión supondría un cambio en el régimen de regulación de la implicación de los trabajadores en la SE.

Ese período de cuatro años otorga una cierta estabilidad al modelo de implicación aplicable a la Sociedad Europea constituida. Pero, como señala CASAS BAAMONDE, si concurren cambios sustanciales en el perímetro de la SE, su número de trabajadores o su sede, con proyección en la participación de los trabajadores, las disposiciones estatales de transposición podrán arbitrar un sistema para la anticipación de la nueva negociación⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ J. RIVERO LAMAS: “La Sociedad Europea y la experiencia española sobre los derechos de información y participación de los trabajadores”, en *Convengo Società Europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, Viterbo, 2005, p. 11.

⁴⁸⁹ Anexo, Parte I, g), de la Directiva S.E. En dicho caso, el órgano de representación actuaría como Comisión Negociadora, siendo de aplicación las previsiones establecidas en los arts. 3 (apartados 4 a 7), 4 y 6. Esta posibilidad constituye un ejemplo más de la preferencia de la propia Directiva por el modelo convencional o negociado de implicación frente al modelo “legal” que vienen a constituir las disposiciones de referencia, si bien el fracaso de estas nuevas negociaciones como consecuencia de la no obtención de acuerdo no altera la aplicación anterior de las disposiciones de referencia, que se mantiene.

⁴⁹⁰ Cfr. M. E. CASAS BAAMONDE: *La implicación de los trabajadores en la S.A. europea*, op. cit. p 422; conforme a lo dispuesto por el Grupo de Expertos para la renegociación de los acuerdos de implicación. Vid. Grupo de Expertos “SE”: *Document de Travail n° 19*, de 6 de enero de 2003, cit. p. 4.

Al respecto de dicha circunstancia, en concreto, la Ley 31/2006 establece, como también tendremos oportunidad de apreciar, que el acaecimiento de tales cambios sustanciales lo que dará lugar es a la posibilidad de renovación del órgano de representación de los trabajadores, pero la Ley española de implicación guarda silencio respecto a la posibilidad de que dicha circunstancia pueda provocar un adelanto de nuevas negociaciones que puedan culminar en un acuerdo de implicación. Ahora bien, sin necesidad de esperar al transcurso de cuatro años, no cabe duda que si hay mutuo acuerdo entre el órgano de representación y el órgano competente de la SE, las negociaciones podrán abrirse en cualquier momento⁴⁹¹, por lo que consideramos que la concurrencia de la circunstancia comentada podría ser motivo suficiente para motivar que las dos partes así lo decidieran conjuntamente; y todo ello, además, sin perjuicio de que, de acuerdo con el artículo 26 de nuestra Ley española de implicación, si los sustanciales cambios comentados se hubieran producido con el propósito intencionado de privar a los trabajadores de sus derechos de implicación o de perjudicarles en los mismos, y así se declare por sentencia judicial, sí que existirá entonces el deber de proceder a una nueva negociación.

Pero antes de proceder de manera sistemática al análisis de las normas de referencia, debemos referirnos a la denominada cláusula “opting-out”, con la cual se consiguió solventar uno de los últimos obstáculos que durante el proceso de negociaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea dificultaban la adopción final de la Directiva S.E.

⁴⁹¹ Art. 15.4 de la Ley 31/2006.

4.2. LA CLÁUSULA “OPTING- OUT”.

La denominada **cláusula “opting-out”**, recogida en el artículo 7.3 de la Directiva S.E., supone permitir la posibilidad de que un Estado miembro de la Unión Europea pueda no incluir la <<participación>> en sus disposiciones de referencia para el caso de una SE constituida por fusión, pero en dicho supuesto la SE no podrá registrarse en dicho Estado, salvo que haya celebrado un acuerdo de implicación (incluida la participación) o salvo que a las sociedades participantes no se les aplicaran antes derechos de participación⁴⁹².

Así, el artículo 7.3 de la Directiva S.E. señala expresamente lo siguiente: “*Los Estados miembros podrán prever que las disposiciones de referencia contempladas en la Parte 3 del Anexo no se apliquen en el caso previsto en la letra b) del apartado 2*”.

Por tanto, la Directiva contempla la posibilidad de que un Estado miembro se “descuelgue” parcialmente de las previsiones contenidas en el Anexo y decida no aplicar sus normas de referencia sobre participación en el caso de fusión, aunque las sociedades fusionadas ya tuvieran un sistema de participación que afectase, al menos, al 25% del conjunto de los trabajadores afectados. Pero como hemos dicho, si se adopta esta decisión finalmente por algún Estado, esa Sociedad Europea “por fusión” no podrá finalmente registrarse en dicho Estado. De este modo, como no cabe eludir el mantenimiento de los derechos de participación previamente existentes en tales casos, la SE tendrá que registrarse en un Estado que no haya optado por descolgarse, o no se podrá constituir.

La Ley 31/2006, ley española que procede a la transposición de la Directiva S.E., no ha procedido a hacer uso de esta cláusula, y eso que, debe recordarse, esta posibilidad de descuelgue fue introducida en la Directiva 2001/86 precisamente a instancias del Estado español. Quizás la renuncia de la Ley 31/2006 a recoger la mencionada cláusula “opting-out” puede encontrar su explicación en el cambio de signo político producido en el Gobierno de nuestro país tras las elecciones generales celebradas en el año 2004.

En cualquier caso, es digno de recordar que fue, por tanto, por una exigencia española por la que esta cláusula sería acogida finalmente en la Directiva S.E. En concreto, las reticencias españolas contrarias a que, en el supuesto o modalidad de constitución de una SE por fusión de sociedades de diversos Estados miembros, una minoría de trabajadores con “participación” (el 25% del total de la plantilla resultante o un porcentaje inferior, pero por acuerdo de la Comisión Negociadora) pudiera imponer la participación a una mayoría de trabajadores que careciesen de ella, especialmente en los casos de participación orgánico-societaria (cogestión), supuso un cierto bloqueo de las

⁴⁹² Art. 12.3 del Reglamento S.E.

negociaciones, que pudo ser superado con la incorporación de esta cláusula de opción de “no aplicación” (*opting-out*).

Como recordamos, siguiendo la secuencia de las negociaciones, bajo la presidencia alemana se publicaba la Propuesta de Directiva sobre la implicación de los trabajadores en la SE⁴⁹³. Pero España se opuso al acuerdo hasta que en la Cumbre de Niza celebrada en diciembre de 2000 el Consejo ofrecía una solución de compromiso, consistente en otorgar a los Estados miembros “*la facultad de incorporar o no a su derecho nacional las disposiciones de referencia sobre participación aplicables a las sociedades europeas constituidas mediante fusión*”, con la denominada cláusula del “*opting-out*”⁴⁹⁴, que despejó así los recelos del Estado Español en tales supuestos de fusión.

Este desbloqueo permitiría que, finalmente, en el Consejo de Ministros de la Unión Europea, el 20 de diciembre de 2000, una vez alcanzada la requerida unanimidad de sus miembros, al manifestar su conformidad el Estado español, se aprobase la Propuesta de Reglamento S.E. y la Propuesta de Directiva sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea.

⁴⁹³ Propuesta de Directiva sobre la implicación de los trabajadores en la SE. Propuesta de acuerdo político presentada por la presidencia alemana (Doc. 8194/1999 SOC 175 SE 5, de 12 de mayo de 1999).

⁴⁹⁴ Consensuada políticamente en el punto 22 de las Conclusiones de la Cumbre de Niza, que otorga a los Estados miembros la facultad de incorporar o no a su derecho nacional las disposiciones de referencia sobre participación de los trabajadores en caso de fusión y que, posteriormente, se recogerá normativamente en la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores en la SE.

4.3. EL ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN.

4.3.1. CONSTITUCIÓN Y COMPOSICIÓN DEL ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES.

El Anexo de la Directiva S.E. viene a establecer una serie de pautas de regulación a las que deben atenerse las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, en su correspondiente tarea de posterior transposición de la misma, a la hora de dictar las normas subsidiarias en materia de implicación⁴⁹⁵.

Dicho Anexo, como hemos podido señalar, consta de tres partes que se refieren, de manera respectiva, a la “composición del órgano de representación de los trabajadores”, a los “derechos de información y consulta”, y, por último, a “la participación”, para aquellos casos en los que la misma procede⁴⁹⁶: en suma, los cauces de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europea sometidas a tales disposiciones subsidiarias se articulan mediante el citado **órgano de representación**, dotado de facultades de información y consulta, y, en su caso, mediante la forma de participación que resulte de aplicación.

En concreto, la Parte 1ª del Anexo de la Directiva S.E. que ahora comentamos, recogida en los artículos 14, 15 y 19 de la Ley 31/2006, regula la constitución y la **composición** del órgano de representación en la Sociedad Europea. Lo primero que puede apreciarse en dicha regulación es la diferencia de carácter que existe entre la misma y la configurada por la Directiva mediante la vía del acuerdo: mientras que las partes negociadoras disponen en el modelo convencional de un amplio margen de libertad para fijar por la vía del acuerdo la composición y las posteriores facultades del órgano de representación de los trabajadores, por el contrario, en el modelo legal, de aplicación en el caso de que los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea se

⁴⁹⁵ Pautas o criterios de regulación que podrían calificarse, en palabras de Valdés Dal-ré, como “el contenido armonizado de dichas normas”, ya que deben ser tenidos en cuenta por cada una de dichas respectivas legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. Cfr.: F. VALDÉS DAL-RÉ: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*, p. 31.

⁴⁹⁶ Como también señala Valdés Dal-ré, la citada estructuración en 3 partes del Anexo “no se corresponde, sin embargo, con cada una de las tres modalidades de instrumentación de los derechos de implicación a través del acuerdo” (...) “las normas subsidiarias no contemplan la posibilidad de organizar la disciplina de la implicación a través de procedimientos informales de información y consulta”, pues, como tendremos oportunidad de apreciar, en las normas subsidiarias tales derechos corresponden al órgano de representación. Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*, p. 32.

hubieran canalizado a través de la aplicación de las disposiciones subsidiarias, las Partes I y II del Anexo vienen, respectivamente, a establecer una serie de criterios en relación a esas dos cuestiones, que deben ser tomados en cuenta; y es que las normas contenidas en el Anexo constituyen un bloque de normas de carácter sustantivo que, a pesar de la remisión formal del artículo 7 de la Directiva, en la práctica cumplen con esa tradicional función propia del Derecho Social Comunitario de establecer un mínimo común denominador que debe ser respetado por todos, siendo mejorable luego en ciertos aspectos por los correspondientes legisladores nacionales⁴⁹⁷, de acuerdo con una relación de suplementariedad entre el plano nacional y el comunitario.

Pero, antes de referirnos a la composición del órgano de representación, hemos de indicar que la Ley 31/2006 contiene en su regulación un artículo, el artículo 15, que situado inmediatamente a continuación de la determinación en el artículo 14 de los criterios para la aplicación de las disposiciones subsidiarias, se ocupa concretamente de la “*constitución del órgano de representación de los trabajadores*”. A tenor de este precepto, y para las SE domiciliadas en nuestro territorio, independientemente de que sus centros de trabajo o filiales estén situados o no en nuestro país, el citado precepto viene a determinar el procedimiento que deberá seguirse en la constitución de dicho órgano: el órgano competente de la SE se dirigirá a los de sus centros de trabajo y empresas filiales de los Estados miembros en que los mismos se encuentren, para que aquellos pongan en marcha, de conformidad con las correspondientes legislaciones o prácticas nacionales de cada uno de dichos Estados, el correspondiente procedimiento de elección o designación de los miembros de dicho órgano⁴⁹⁸.

Centrándonos ya en la composición del órgano de representación, como señala RAMÍREZ MARTÍNEZ⁴⁹⁹, ésta es igual a la de la Comisión Negociadora, con la diferencia de que solamente estará integrada por “*miembros ordinarios*”: de esta forma, los miembros del órgano de representación deberán ser elegidos o designados en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado miembro de la SE y sus centros de trabajo y empresas filiales, a razón en cada Estado miembro de un puesto por cada 10% o fracción del total de trabajadores empleados por la SE y sus centros de trabajo y empresas filiales en el conjunto de los Estados miembros⁵⁰⁰. Pero, lógicamente, y a tenor de lo que acabamos de exponer, no existirán en dicho órgano los denominados “*miembros adicionales*”, que vimos que sí podían integrar, en cierto caso, la composición de la Comisión Negociadora.

Es precisamente en los criterios de designación o elección de los miembros del “órgano de representación” donde encontramos una diferencia significativa entre las Directivas C.E.U. y S.E.: mientras que la Directiva C.E.U. prima en este punto el “*criterio territorial*”, tal y como también se contempla en las normas subsidiarias de la Directiva

⁴⁹⁷ Vid. M. CORREA CARRASCO: “Concurrencia y articulación de fuentes en la constitución del Comité de Empresa Europeo”, *T.L.*, Nº 53, cit. p. 17.

⁴⁹⁸ Art. 15.2, párrf. primero, de la Ley 31/2006

⁴⁹⁹ J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, cit. p. 397.

⁵⁰⁰ Anexo Directiva S.E., Parte 1. e); art. 16.2 de la Ley española de implicación.

94/45 para la constitución de un Comité de Empresa Europeo⁵⁰¹, la Directiva S.E. da prioridad en la composición de dicho órgano al “*criterio de proporcionalidad*” en función del número de trabajadores empleados, a razón en cada Estado, como hemos señalado, de un puesto por cada 10% o fracción del total del número de trabajadores empleados por las sociedades participantes y sus filiales y establecimientos afectados en el conjunto de los Estados miembros. Recuérdese, y discúlpese la insistencia, que este criterio es el mismo que la Directiva 2001/86 recoge para proveer a la composición de la Comisión Negociadora, pero con la diferencia que de que no se prevé para el órgano de representación la existencia de otros miembros adicionales o complementarios.

En cualquier caso, el órgano de representación habrá de estar compuesto por trabajadores de la SE, de sus centros de trabajo y empresas filiales, siendo elegidos o designados por y entre los representantes de los trabajadores o, en su defecto, por el conjunto de los trabajadores; correspondiendo a las legislaciones o prácticas nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea la determinación del sistema de elección o designación de los miembros de dicho órgano que les corresponda elegir en su territorio⁵⁰². Es por ello que puede afirmarse que el órgano de representación de los trabajadores tiene atribuida una estructura subjetiva “*de naturaleza estrictamente laboral y no mixta*”⁵⁰³.

Al igual que en el caso previsto para la Comisión Negociadora, tratándose de centros de trabajo situados en España de una SE y sus empresas filiales, en lo que respecta a los miembros del órgano de representación el procedimiento previsto es el de la “designación”: dicha designación se producirá por acuerdo entre las representaciones sindicales que sumen la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y de los delegados de personal, o por acuerdo mayoritario de dichos comités o delegados⁵⁰⁴. O sea, de manera alternativa, o por las representaciones sindicales mayoritarias o por las representaciones unitarias. En todo caso, dicha designación, sea quien sea quien la efectúe, al igual que también ocurre en el caso de la Comisión Negociadora, deberá hacerse de

⁵⁰¹ Anexo, punto 1 d), Directiva CEU: “En las elecciones o designaciones de los miembros del comité de empresa europeo se deberá garantizar:

- en primer lugar, la existencia de un representante por cada Estado miembro en el que la empresa de dimensión tenga uno o más establecimientos o en el que el grupo de empresas de dimensión comunitaria tenga la empresa que ejerce el control o una o más empresas controladas,
- en segundo lugar, la existencia de miembros suplementarios en proporción al número de trabajadores que tengan los establecimientos, la empresa que ejerce el control o las empresas controladas, con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado miembro en cuyo territorio esté situada la dirección central”.

⁵⁰² Anexo Directiva S.E., Parte 1. a) y b); art. 16.1 de la Ley española de implicación. El tema de la composición del órgano de representación de los trabajadores no sería una cuestión del todo pacífica durante la tramitación del Proyecto de Ley correspondiente, como ya señalara el CES en el informe correspondiente. Los sindicatos consideraban que se debía permitir, al igual que se hace con la Comisión Negociadora, la participación en el mismo de representantes sindicales ajenos a las empresas y que, por tanto, sus miembros no tuviesen exclusivamente que ser trabajadores de la propia SE. Sin embargo, ningún grupo parlamentario se hizo eco de dicha pretensión, no presentándose enmiendas al articulado correspondiente.

⁵⁰³ F. VALDÉS DAL-RÉ: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*, op. cit. p. 32.

⁵⁰⁴ Anexo Directiva S.E., Parte 1. a); art. 29.1 de la Ley española de implicación.

manera proporcional a la representación obtenida por cada sindicato en las elecciones a representantes de los trabajadores en el conjunto de centros de trabajo⁵⁰⁵.

Pero, tratándose también de centros de trabajo situados en España de las Sociedades Europeas y de sus empresas filiales, a diferencia en este caso de lo previsto para la Comisión Negociadora, de acuerdo con la Ley 31/2006 la designación deberá recaer necesariamente en un trabajador de la SE o de sus centros de trabajo o empresas filiales que tenga la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical⁵⁰⁶. Esta circunstancia implica, como podemos ver, que no pueda ser designado como miembro del órgano de representación un representante sindical ajeno a la SE; pero tampoco un trabajador de la SE que no sea representante sindical o unitario, hecho en el que podemos apreciar otra diferencia con respecto a la composición de la Comisión Negociadora, en donde dicha posibilidad sí que, como hemos indicado, estaba contemplada y permitida⁵⁰⁷.

Respecto al cómputo de los trabajadores, cómputo necesario pues determina la composición del susodicho órgano de representación, éste se efectuará de la misma forma que con respecto a la Comisión Negociadora. Se tendrán en cuenta todos los trabajadores empleados por la propia SE y sus centros de trabajo y empresas filiales, incluidos los trabajadores con contratos temporales o de duración determinada y a tiempo parcial, en el momento al que se refiera el cálculo en cuestión⁵⁰⁸. Si bien esto es lo que precisa la Ley 31/2006, debe volver a precisarse que, al menos en España, dadas las peculiaridades del ordenamiento español, no cabe diferenciar entre trabajadores empleados en la SE y trabajadores empleados en sus centros de trabajo: todos los trabajadores de la SE lo serán de algunos de sus centros. Como ya hemos comentado antes sobre este particular, hay en la Ley española una transposición literal de lo dispuesto en la Directiva 2001/86, no adecuada del todo al ordenamiento español.

Por otro lado, y para aquellos casos en que la dimensión de la Sociedad Europea así lo justifique, también puede preverse, por razones de una mayor operatividad, la constitución de un Comité restringido compuesto por un máximo de 3 miembros⁵⁰⁹: de este modo, el órgano de representación tendría atribuida la facultad, si su dimensión lo justifica,

⁵⁰⁵ Art. 29 de la Ley española. Se volvería a reproducir aquí el problema ya comentado, que puede ocurrir en nuestro ordenamiento laboral, consistente en que los representantes salientes de las elecciones a delegados de personal o miembros de Comités de empresa fuesen trabajadores independientes, salientes de listas alternativas también concurrentes a dichas elecciones. En este caso, insistimos, siguiendo a Ramírez Martínez, y por aplicación analógica, entendemos que en la designación de representantes españoles en el órgano de representación de los trabajadores habrán de tenerse en cuenta, proporcionalmente, los resultados electorales alcanzados por dichos representantes independientes, elegidos en listas no sindicales. Vid. J. M RAMÍREZ MARTÍNEZ: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea domiciliada en España*, op. cit. p. 392.

⁵⁰⁶ Anexo Directiva S.E., Parte 1. a); art. 29.3. de la Ley española de implicación.

⁵⁰⁷ Representante sindical en la empresa, de conformidad con lo dispuesto, como se prevé en el art. 28 de la Ley 31/2006, en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

⁵⁰⁸ Art. 21.1 de la Ley española de implicación.

⁵⁰⁹ Anexo Directiva S.E., Parte 1.

de elegir dicho comité restringido, cuyas funciones y competencias serán las establecidas en el reglamento interno que al propio órgano de representación corresponde aprobar.

Una vez constituido, el órgano de representación de los trabajadores deberá informar de su composición al órgano competente de la SE⁵¹⁰, y, como acabamos de ver, deberá aprobar su propio reglamento de funcionamiento interno⁵¹¹.

Ahora bien, es preciso indicar que la comentada composición del órgano de representación deberá modificarse, procediéndose a una nueva designación o elección, según proceda, de todos o parte de sus miembros, en dos supuestos precisos:

a) Cuando se haya producido una modificación en la dimensión, composición o estructura de la SE, sus centros o sus filiales, que implique una alteración del número de puestos a cubrir en el órgano de representación o de los criterios de distribución de aquellos o de la representatividad del órgano, y así se solicite por acuerdo del propio órgano o mediante una petición escrita de un mínimo del 10% de los trabajadores de la SE y de sus centros de trabajo y empresas filiales o de sus representantes, que pertenezcan, por los menos, a dos centros de trabajo situados en Estados miembros diferentes.

b) Cuando se haya producido la pérdida de mandato representativo nacional de un miembro del órgano de representación o de los representantes nacionales de los trabajadores que procedieron a su elección o designación, y así lo solicite un 10%, al menos, de los trabajadores de las empresas y centros de trabajo en representación de las cuales fue elegido o designado el miembro en cuestión, o de sus representantes.

Con estas previsiones, contempladas en el artículo 19 de la Ley 31/2006, titulado “**Renovación del órgano de representación de los trabajadores**”, nuestra Ley española de implicación da cumplimiento al mandato recogido en el Anexo de la Directiva S.E., Parte 1. b), segundo párrafo, que dispone lo siguiente:

“Los Estados miembros adoptarán las disposiciones que garanticen que el número de miembros del órgano de representación y la asignación de puestos se adapten para tener en cuenta los cambios producidos en la SE, sus filiales o establecimientos”.

Otra cuestión a considerar en este momento, ya anunciada con anterioridad, es que la aplicación subsidiaria de las disposiciones de referencia no tiene un carácter necesariamente definitivo, pues el órgano de representación surgido en su momento como consecuencia de la falta de un acuerdo de implicación tiene la posibilidad de negociar de nuevo ese acuerdo de implicación anteriormente fallido.

Así, de acuerdo con la previsión contenida en la Parte 1 del Anexo de la Directiva S.E., en su letra g), recogida en la Ley española de implicación en su artículo 14.3, transcurridos cuatro años desde la constitución del órgano de representación, este órgano deberá deliberar sobre si se deben entablar nuevas negociaciones con vistas a la celebración

⁵¹⁰ Anexo Directiva S.E., Parte 1. c); art. 18. 2 de la Ley española.

⁵¹¹ Anexo Directiva S.E., Parte 1. d); art. 18. 1 de la Ley española.

de un acuerdo de implicación, o si, por el contrario, deben mantenerse vigentes las disposiciones de referencia⁵¹². Nos encontraríamos, pues, ante la siguiente alternativa: o bien entablar negociaciones, o bien no entablarlas y continuar aplicando las disposiciones de referencia como hasta ahora ocurría (a diferencia de la primera negociación, en la que la decisión de la Comisión Negociadora de no iniciar las negociaciones o de darlas por terminadas conlleva el que no se apliquen las disposiciones de referencia).

Además, como expresamente señala la Ley 31/2006, si hay mutuo acuerdo entre el órgano de representación de los trabajadores y el órgano competente de la SE, no habrá ni siquiera necesidad de esperar que trascurra dicho plazo de 4 años para entablar nuevas negociaciones que puedan conducir a la conclusión de un “acuerdo de implicación”, ya que en ese caso la apertura de las negociaciones podrá producirse en cualquier momento⁵¹³. Este sería un ejemplo más de la preferencia del legislador comunitario por dar una solución negocial al problema de la implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea pues, en definitiva, aunque fuesen de aplicación las disposiciones subsidiarias, siempre cabría la posibilidad de volver más adelante a la vía negocial⁵¹⁴.

En el caso en que el órgano de representación desee entablar negociaciones para la conclusión de un acuerdo de implicación, deberá comunicarlo al órgano competente de la SE⁵¹⁵. Durante el transcurso de tales negociaciones y hasta la conclusión de las mismas, el órgano de representación continuará desarrollando sus funciones, siendo además dicho órgano quien asumirá las funciones que en el proceso negociador corresponden a la Comisión Negociadora. No procede, por tanto, constituir una nueva Comisión Negociadora, sino que será el propio órgano de representación el que hará las veces de ésta⁵¹⁶. Hecha esta

⁵¹² Anexo Directiva S.E., Parte 1, g) y art. 15.3, párrf. primero, de la Ley española de implicación.

⁵¹³ Art. 15.4 de la Ley española de implicación.

⁵¹⁴ Debe señalarse que la apertura de nuevas negociaciones será obligatoria en un caso preciso: se trataría del caso de constitución de una SE en perjuicio de los derechos de implicación de los trabajadores. Así, el art. 26 de la Ley 31/2006 establece lo siguiente: “*Cuando la operación de constitución de la SE hubiera sido intencionadamente configurada con el propósito de privar a los trabajadores de sus derechos de implicación o perjudicarlos, o con posterioridad al registro de la SE se hubieran producido cambios sustanciales en el seno de ésta o de sus empresas filiales con este mismo propósito, y así se declare por sentencia judicial, deberá procederse a una nueva negociación*”. En este caso, la negociación que deberá abrirse se regirá por una serie de reglas, que serán analizadas con posterioridad, y que también contempla el art. 26 de la Ley española de implicación. *Vid. Cap 5.4 de la Parte II de esta Tesis doctoral.*

⁵¹⁵ Art. 15.3, párrf. primero, de la Ley española de implicación.

⁵¹⁶ Anexo Directiva S.E., Parte 1, g), párrf. segundo, y art. 15.3, párrf. segundo, de la Ley española de implicación. Dicho párrafo segundo de la letra g), Parte 1 del Anexo de la Directiva S.E. dispone: “*Los artículos 3 (apartados 4 a 7) y 4 a 6 de la Directiva se aplicaran, mutatis mutandi, si se decide negociar un acuerdo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva*”. Aquí debemos establecer una consideración. Como señala Ramírez Martínez, cabrían dos posibles interpretaciones del apartado g) de la Parte 1 del Anexo de la Directiva: una primera, basada en la literalidad y de carácter restrictiva, conforme a la cual el órgano de representación puede acordar entablar negociaciones o que se sigan manteniendo las disposiciones de referencia; otra segunda, más abierta, fundamentada en una mayor analogía con la negociación inicial y en el espíritu de toda la Directiva al dar un juego más amplio a la autonomía colectiva, según la cual el órgano de representación podría acordar entablar negociaciones o que se sigan manteniendo las disposiciones de referencia, o incluso que, sin entablar negociaciones, no se sigan manteniendo las disposiciones de referencia, en aplicación *mutatis mutandi* del artículo 3.6 de la Directiva, y recuérdese que éste prevé que se acuerde terminar las negociaciones, en cuyo caso no se aplican las disposiciones de referencia (con la salvedad del supuesto de SE por transformación, si existe participación en la empresa que

salvedad, las negociaciones se llevarán a cabo conforme a lo previsto con anterioridad para el “procedimiento negociador” del acuerdo de implicación⁵¹⁷. Y es que la Directiva, en este punto, continúa diciendo que, si se decide negociar un acuerdo, se hará conforme a lo dispuesto en su artículo 4 (o sea, se podría alcanzar un acuerdo de implicación que suponga un órgano de representación en la SE, o se podrá negociar en su lugar uno o más procedimientos de información o consulta, y, por último, se podrán establecer normas de participación). Añade también la Directiva que resultará de aplicación a esta nueva negociación lo dispuesto en el artículo 3, apartados 4 y 7 de la Directiva (es decir, que la reducción de derechos de participación en los supuestos de una SE constituida por fusión o por creación de un holding o de una filial requerirá la mayoría cualificada de dos tercios del órgano de representación).

Transcurrido el plazo en el que las nuevas negociaciones han de terminar (entendemos que la duración máxima de las negociaciones será la de los ya conocidos seis meses, prorrogables hasta alcanzar el máximo de un año), si no se hubiera conseguido el acuerdo, seguirán aplicándose las disposiciones subsidiarias durante otro período de cuatro años⁵¹⁸. Igual solución, como hemos antes indicado, será la adoptada para el caso en que el órgano de representación de los trabajadores hubiese tomado la decisión de no iniciar negociaciones; en este caso, las disposiciones subsidiarias seguirían siendo de aplicación otros cuatro años más⁵¹⁹. Por tanto, en ambos casos, continuaría existiendo un órgano de representación con sus funciones de información y consulta y, en su caso, se aplicará lo relativo a los derechos de participación. Así se prevé expresamente, no sólo en el Anexo de la Directiva S.E. sino también en la Ley española de implicación.

Por el contrario, si se alcanza el acuerdo (acuerdo que requiere mayoría cualificada para reducir la participación en los supuestos de fusión, holding o filial; y que debe estipular un nivel de implicación equivalente en el supuesto de transformación), lógicamente se aplicará lo acordado y, aunque no lo digan expresamente la Directiva S.E. y la Ley 31/2006, es obvio que cesará la aplicación de las normas de referencia que venían siendo de aplicación por la anterior falta de acuerdo.

Por último, sobre el órgano de representación constituido recaerá el deber de cooperación leal con los órganos de la sociedad. Sobre la base de este deber, contemplado tanto en la Directiva S.E. como en la Ley española de implicación, el órgano de representación tendrá que cumplir las obligaciones establecidas y respetar los derechos de la parte empresarial. Dicho deber, incumbe, por tanto, a la representación de los

fuese a transformarse). La Ley 31/2006, finalmente, se decanta por la primera de las dos interpretaciones expuestas. Al respecto, vid. J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ: *La sociedad anónima europea domiciliada en España*, pp. 401-402.

⁵¹⁷ Art. 3 (apartados 4 a 7) y arts. 4 a 6 de la Directiva S.E., y Capítulo I del Título I de la Ley española de implicación.

⁵¹⁸ Anexo Directiva S.E., Parte 1, g), párrf. segundo, y art. 15.3, párrf. tercero, de la Ley española de implicación. Aquí no hay, pues, diferencia con respecto a la primera negociación: si no hay acuerdo, también en esta segunda negociación, se aplican las normas de referencia.

⁵¹⁹ Art. 15.3, párrf. tercero, de la Ley 31/2006.

PARTE SEGUNDA. Cap. IV: “*Las disposiciones subsidiarias o de referencia*”

trabajadores en cualquier marco de relación con los órganos societarios y, especialmente, en el marco de un procedimiento de información y consulta⁵²⁰.

Así, haciéndose eco de la previsión contenida en el artículo 9 de la Directiva S.E., la Ley española de implicación dispondrá, de manera expresa, en su artículo 25, titulado “*Espíritu de cooperación*”, lo siguiente:

“El órgano competente de la SE y los miembros del órgano de representación de los trabajadores y, en su caso, los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta colaborarán entre sí de buena fe para alcanzar los objetivos de esta Ley, y respetarán sus derechos y obligaciones recíprocas”.

⁵²⁰ Art. 9 de la Directiva 2001/86 y art. 25 de la Ley 31/2006.

4.3.2. COMPETENCIAS DEL ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES.

En principio, las **competencias** que tiene atribuidas el órgano de representación, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá en materia de participación, quedan limitadas al ejercicio de los derechos de información y consulta, con carácter general.

En concreto, es en la Parte 2 del Anexo de la Directiva S.E. y en los artículos 17 y 18 de la Ley española de implicación donde se regula lo relativo a la competencia y poderes del citado órgano de representación. Las atribuciones que se conceden a este órgano de representación se encuentran muy próximas a las ya contempladas como propias de un Comité de Empresa Europeo en las prescripciones subsidiarias contenidas en el Anexo de la Directiva C.E.U. y en su transposición contenida en la Ley 10/1997, ofreciéndose una reproducción casi literal de las mismas.

Lo primero que debe decirse es que, dado el carácter transnacional de dicho órgano, y con el fin de evitar solapamientos con los órganos de representación de carácter nacional, el mismo tiene limitado el ámbito de su competencia a aquellas “*cuestiones que afecten a la SE en sí misma y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situados en otros Estados miembros o a aquellos que excedan de la competencia de los órganos de decisión en un solo Estado miembro*”⁵²¹, teniendo derecho a ser informado y consultado con respecto a tales cuestiones.

En concreto, el contenido de la información y consulta comprende expresamente, al igual que ocurría para el CEU, las siguientes materias: la estructura, la situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas, la situación y evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales que afecten a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o de producción, las fusiones, la reducción del tamaño o el cierre de empresas, centros de trabajo o partes importantes de éstos y los despidos colectivos, todo ello sin perjuicio de otras posibles cuestiones que puedan añadirse, pues la relación de materias indicadas no tiene un carácter cerrado⁵²².

En cuanto al régimen de reuniones, hemos de señalar que ha de existir al menos una reunión anual entre el órgano de representación y el órgano competente de la SE, que debe ser convocada por este último y en la que se harán efectivas las facultades de información y consulta sobre las materias antes indicadas. Para la preparación de esta reunión anual, se establece que el órgano competente de la SE debe elaborar informes periódicos en relación

⁵²¹ Anexo de la Directiva S.E., Parte 2. a) y art. 17.1 de la Ley 31/2006.

⁵²² Anexo de la Directiva S.E., Parte 2. b), párrf. tercero, y art. 17.2 de la Ley 31/2006.

con la evolución y perspectivas de las actividades de la Sociedad Europea⁵²³; asimismo, debe proporcionar al órgano de representación el orden del día de las reuniones del órgano de administración o, cuando proceda, del órgano de dirección y control, así como copia de todos los documentos presentados a la Junta General de accionistas⁵²⁴.

La convocatoria de la reunión anual, junto con la documentación correspondiente, debe ser remitida por el órgano competente de la SE al órgano de representación con una antelación mínima de un mes a su celebración, tal y como precisa la Ley española de implicación para el caso de una SE domiciliada en nuestro territorio⁵²⁵.

Además, se prevé la posibilidad de realizar reuniones adicionales a dicha reunión anual (salvo cuando, en función de los plazos existentes el contenido de las mismas pueda ser incorporado a tal reunión anual sin poner en peligro la efectividad de la consulta) cuando concurren “circunstancias excepcionales” que pudieran afectar considerablemente a los intereses de los trabajadores, especialmente en los casos de traslado, venta o cierre de centros de trabajo o de empresas, o de despidos colectivos y de las que deberá ser informado con la debida antelación⁵²⁶. Estas reuniones adicionales se producirán a petición del propio órgano de representación, y se llevarán a cabo entre dicho órgano de representación (o su comité restringido⁵²⁷) y el órgano competente de la SE o incluso con el nivel de dirección de la SE que sea más adecuado, teniendo en dichas reuniones el órgano de representación competencia para adoptar decisiones propias, para recibir las informaciones pertinentes sobre las comentadas circunstancias excepcionales y para ser consultado sobre las mismas.

Con el fin de garantizar la efectividad de los derechos de información y consulta del órgano de representación de los trabajadores en estas reuniones adicionales, reuniones adicionales que no afectarán en cualquier caso a las prerrogativas del órgano competente de la SE, se dispone lo siguiente:

-Por un lado, que tales reuniones deban realizarse con la antelación necesaria para que el criterio del órgano de representación pueda ser tenido en cuenta a la hora de adoptar o ejecutar las decisiones, tal y como precisa la Ley española de implicación (y ello, sobre la base un informe previo elaborado por el órgano competente o también por cualquier otro nivel de dirección adecuado de la SE)⁵²⁸.

-Por otro lado, que cuando el órgano competente de la SE decida no seguir la opinión o criterio manifestado por el órgano de representación, el órgano de representación tendrá derecho a reunirse nuevamente con el órgano competente de la SE para intentar

⁵²³ Anexo de la Directiva S.E., Parte 2. b), párrf. primero, y art. 17.2 de la Ley 31/2006.

⁵²⁴ Anexo de la Directiva S.E., Parte 2. b), párrf. segundo, y art. 17.2 de la Ley 31/2006.

⁵²⁵ Art. 17.2, párrf. segundo, de la Ley 31/2006.

⁵²⁶ Anexo de la Directiva S.E., Parte 2. c), párrf. primero, y art. 17.3, párrf. primero, de la Ley 31/2006.

⁵²⁷ Posibilidad contemplada en el Anexo de la Directiva S.E., Parte 2, letra c). En el caso de una reunión organizada con el comité restringido, los miembros del órgano de representación que representen a los trabajadores directamente afectados por las medidas en cuestión tendrán también derecho a participar.

⁵²⁸ Art. 17.3, párrf. segundo, de la Ley 31/2006.

llegar a un acuerdo⁵²⁹. Esta segunda previsión resulta de gran importancia por cuanto se menciona expresamente la facultad que tiene el órgano de representación de llegar a un acuerdo con el órgano competente, como expresión de una incipiente y novedosa facultad negociadora, que no era contemplada en la Directiva C.E.U.

Además, la Ley 31/2006 señala de manera expresa que ambos órganos, el órgano competente de la SE y el órgano de representación de los trabajadores, acordarán de común acuerdo las reglas precisas sobre la presidencia y otros procedimientos para el desarrollo de las sesiones de las reuniones conjuntas⁵³⁰. En concreto, la Ley precisa al menos que las actas de las reuniones entre ambos órganos deberán ser firmadas por un representante en nombre de cada una de ellas⁵³¹, y que los dos órganos deben colaborar en las mismas de buena fe, con el fin de alcanzar los objetivos de la normativa sobre implicación, respetando a sus derechos y obligaciones recíprocas⁵³².

Como podemos apreciar, a tenor de lo visto, se contempla todo un extenso conjunto de contenidos materiales sobre los que transmitir información al órgano de representación y que intenta cubrir todas aquellas cuestiones que afectan al conjunto de la SE o a cualquiera de sus filiales o establecimientos, que viene a coincidir, como antes hemos señalado, con el ámbito competencial propio de un Comité de Empresa Europeo.

En realidad, de todo lo visto, prácticamente sólo se recogen dos previsiones novedosas en relación a lo previsto al respecto por la Directiva 94/45. Se trata de las ya comentadas previsiones siguientes:

- En primer lugar, que se deba proporcionar al órgano de representación el orden del día de las reuniones de los órganos societarios, así como copia de todos los documentos presentados a la Junta General de accionistas.

- En segundo lugar, la posibilidad de que si tras una inicial fase de consultas con el órgano de representación, el órgano competente decidiera no seguir la opinión o criterio manifestado por aquél, dicho órgano de representación tendrá el derecho a reunirse de nuevo con el órgano competente de la SE con el fin de tratar de llegar a un acuerdo.

Se trata, en definitiva, de dos previsiones que no se contemplaban en el ámbito de actuación propio de un CEU, por lo que constituyen una novedosa aportación que se prevé para el órgano de representación de los trabajadores en la SE.

Recuérdese, por último, la facultad que asiste al órgano de representación de negociar un nuevo acuerdo de implicación de los trabajadores en la SE, transcurridos cuatro años desde la constitución del mismo, momento en el que deberá deliberar sobre si deben

⁵²⁹ Anexo de la Directiva S.E., Parte 2. c), párrf. segundo, y art. 17.3, párrf. tercero, de la Ley 31/2006.

⁵³⁰ Art. 17. 4, párrf. primero, de la Ley 31/2006.

⁵³¹ Art. 17. 4, párrf. segundo, de la Ley 31/2006.

⁵³² Art. 25 de la Ley española sobre implicación.

PARTE SEGUNDA. Cap. IV: “*Las disposiciones subsidiarias o de referencia*”

entablarse nuevas negociaciones a tal efecto o si deben mantenerse vigentes las disposiciones de referencia⁵³³.

En cuanto a deberes de información, la Ley 31/2001 también viene a precisar que el órgano competente de la SE deberá informar a las direcciones de sus centros de trabajo o empresas filiales en los Estados miembros de la convocatoria de las reuniones que vaya a mantener con el órgano de representación⁵³⁴; por su parte, los miembros de este órgano informarán a los representantes de los trabajadores de la SE y de sus centros o empresas filiales (o, en su defecto, al conjunto de los trabajadores) sobre el contenido y resultado de las actuaciones desarrolladas en el ejercicio de sus funciones (sin perjuicio del deber de confidencialidad)⁵³⁵.

⁵³³ *Vid. infra.*

⁵³⁴ Art. 17.5 de la Ley española sobre implicación.

⁵³⁵ Art. 18.7 de la Ley 31/2006.

4.3.3. RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO DEL ÓRGANO DE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES.

Como síntesis en lo relativo a su **funcionamiento**, debe destacarse que el órgano de representación, que puede elegir en su seno como hemos señalado con anterioridad un “comité restringido”, elaborará su reglamento interno, funcionará en principio por mayoría, tendrá derecho a reunirse con carácter previo a cualquier reunión del órgano competente de la SE, podrá estar asistido por expertos, y sus gastos (al igual que sucede con la Comisión Negociadora) se sufragarán por la Sociedad Europea, aunque ello podrá venir establecido con el límite de alcanzar tal financiación a un solo experto⁵³⁶.

Estas previsiones están contempladas en el Anexo de la Directiva S.E., que contiene determinadas normas sobre el funcionamiento de las reuniones, financiación del órgano de representación y derechos de sus miembros, entre los que puede destacarse de manera especial en este primer momento el derecho a disfrutar de los permisos de formación sin pérdida de salario que pudieran ser necesarios para el correcto desempeño de sus funciones y, como hemos señalado, a estar asistidos por expertos de su elección. Estas previsiones contenidas en el Anexo de la Directiva sobre el funcionamiento del órgano de representación vienen a ser transpuestas, para las Sociedades Europeas domiciliadas en nuestro país, en la Ley 31/2006, que contiene algunas precisiones sobre las mismas.

Procedamos a comentar la regulación establecida en ambas normas sobre dicho funcionamiento del órgano representativo:

a) *Adopción de acuerdos*: En primer lugar, debe partirse del hecho de que el órgano de representación de los trabajadores, en el caso de SE domiciliadas en España, adoptará sus acuerdos por mayoría de sus miembros. Esta es la regla general que regirá, salvo aquellos casos para los que la propia Ley 31/2006 pudiera disponer otra cosa, el funcionamiento del citado órgano⁵³⁷.

b) *Presidencia y reglamento interno*: Recogiendo la previsión contenida en el apartado d) de la Parte II del Anexo de la Directiva S.E. “*Los Estados miembros podrán establecer normas sobre la presidencia de las reuniones de información y consulta*”, el art. 18.1 de la Ley 31/2006 prevé que el órgano de representación pueda elegir dentro de su seno un Presidente. Asimismo, dicho precepto legal

⁵³⁶ Art. 18 de la Ley 31/2006 y Anexo de la Directiva S.E., Parte 2.

⁵³⁷ Art. 18. 1 de la Ley 31/2006.

establece que el órgano de representación deba elaborar su propio reglamento de funcionamiento interno.

c) *Comité restringido*⁵³⁸: Si el número de miembros del órgano de representación así lo justificase, éste deberá elegir en su seno un comité restringido compuesto por un máximo de tres miembros. Salvo acuerdo en contrario del órgano de representación, será el comité restringido el encargado de recibir la información y celebrar las reuniones adicionales a la reunión general anual, y que se prevén para el caso en que concurran circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores⁵³⁹.

En las reuniones en las que participe el comité restringido tendrán derecho a participar igualmente aquellos otros miembros del órgano de representación elegidos o designados en representación de los trabajadores directamente afectados por las medidas de que se trate. En cualquier caso, el comité restringido deberá informar periódicamente de sus actuaciones y del resultado de las reuniones en que participe al órgano de representación.

d) *Reuniones previas*⁵⁴⁰: Tanto el órgano de representación de los trabajadores como el propio comité restringido, ampliado en su caso con la presencia de aquellos otros miembros del órgano de representación elegidos o designados en representación de los trabajadores directamente afectados por las medidas de que se trate, tendrán derecho a reunirse con carácter previo a cualquier reunión que deban celebrar con el órgano competente de la SE, sin la presencia de los representantes de éste.

e) *Asistencia por expertos*⁵⁴¹: También se prevé que, asimismo, tanto el órgano de representación como el comité restringido puedan estar asistido por expertos de su elección, siempre que lo consideren adecuado para el correcto desempeño de sus funciones.

f) *Permiso de formación*⁵⁴²: quizás es uno de los aspectos más destacables en este apartado, como antes hemos señalado. De este modo, y en la medida en que así fuese necesario para el desempeño de sus funciones, los miembros del órgano de

⁵³⁸ Art. 18.2 de la Ley 31/2006.

⁵³⁹ Art. 17.3 de la Ley 31/2006.

⁵⁴⁰ Anexo de la Directiva S.E., Parte II, letra d), y art. 18.3. de la Ley 31/2006.

⁵⁴¹ Anexo de la Directiva S.E., Parte II, letra f), y art. 18.4. de la Ley 31/2006.

⁵⁴² Anexo de la Directiva S.E., Parte II, letra f), y art. 18.4. de la Ley 31/2006.

representación tendrán derecho a disfrutar de los correspondientes permisos de formación, sin que ello conlleve pérdida de salario⁵⁴³.

g) *Financiación*⁵⁴⁴: los gastos derivados de la constitución y del funcionamiento del órgano de representación y del comité restringido serán sufragados por la Sociedad Europea, la cual deberá proporcionar a ambos órganos los recursos financieros y materiales suficientes para cumplir adecuadamente con sus respectivas funciones.

En particular, la Ley 31/2006 contempla que deban ser sufragados los siguientes gastos:

1. Los gastos derivados de la elección o designación de los miembros del órgano de representación.

2. Los gastos de organización de las reuniones del órgano de representación y del comité restringido, incluidos los gastos de interpretación, manutención, alojamiento y viaje de sus miembros; previsión ya contemplada en la Parte II del Anexo de la Directiva S.E.

3. Recogiendo la previsión que sobre la financiación de los expertos contempla el Anexo de la Directiva S.E.⁵⁴⁵, la Ley 31/2006 establece que deban ser igualmente sufragados los gastos derivados de, al menos, un experto designado por el órgano de representación o por el comité restringido para asistirle en sus funciones, cuestión que no resultó tampoco pacífica durante el proceso de tramitación del correspondiente Proyecto de Ley español⁵⁴⁶.

⁵⁴³ Durante la tramitación del Proyecto de Ley correspondiente las organizaciones empresariales manifestaron su opinión de que el régimen de protección de los trabajadores participantes en estos procesos era excesivamente garantista y que, en concreto, el permiso de formación que se recoge de manera separada debía estar subsumido en el crédito horario que se les concede a estos trabajadores, pues entendían que si bien la Directiva habla en sus disposiciones de referencia de dicho permiso de formación, hay que tener en cuenta que ésta no contiene un crédito salarial concreto, sino tan sólo el mandato genérico de que a los trabajadores participantes se les conserve su salario. A dicho artículo 18.5 se presentaron dos enmiendas de signo contrario: para el Grupo Parlamentario IV-IU-ICV la formación debía garantizarse en todo caso, y no sólo “en los casos en que sea necesario para el desempeño de sus funciones”, como señalará finalmente y de manera definitiva la Ley. Por otro lado, el Grupo Parlamentario Popular también presentaría una enmienda a este apartado, pero tan solo pretendía ajustar su literalidad a la correspondiente disposición de referencia de la Directiva, si bien por medio de otra enmienda al artículo 31.1 pretendía subsumir dicho permiso de formación dentro de las sesenta horas del crédito horario.

⁵⁴⁴ Anexo de la Directiva S.E., Parte II, letra h), y art. 18.6. de la Ley 31/2006.

⁵⁴⁵ La Directiva S.E. contempla en su Anexo Parte II, letra h), *in fine*, lo siguiente: “... los Estados miembros podrán fijar normas relativas a la financiación del funcionamiento del órgano de representación. En particular podrán limitar la financiación a un solo experto”. Como podemos apreciar, la Ley 31/2006 realmente no limita la financiación a un solo experto, antes al contrario, garantiza la financiación de, al menos, un experto, y no impide que los demás expertos puedan ser también financiados por la SE si así es convenido por la propia SE por lo que, en nuestro modesto parecer, la Ley española no establece una limitación sino una garantía al respecto de dicha financiación.

⁵⁴⁶ La financiación de, al menos, un experto designado por el órgano de representación de nuevo sembró la discordia entre los sindicatos y la patronal, al entender esta última que la Directiva no creaba una obligación

h) *Deber de información*⁵⁴⁷: Sobre los miembros del órgano de representación recae el deber de informar a los representantes de los trabajadores de la SE y de sus centros de trabajo y empresas filiales o, en su defecto, al conjunto de los trabajadores sobre el contenido y los resultados de las actuaciones desarrolladas en el ejercicio de sus funciones, todo ello sin perjuicio de la confidencialidad y reserva debida con que deban ejercer las mismas en el cauce de los correspondientes procedimientos de información y consulta⁵⁴⁸.

de financiación de expertos, lo cual resultaba difícil de sostener a la luz de sus disposiciones de referencia (Parte 2, ap. h), en las que, como hemos señalado, se advierte que los Estados podrán limitar la financiación a un solo experto. Finalmente no se introdujeron enmiendas en este sentido, a pesar de que sí que fueron presentadas varias al artículo correspondiente en su momento, que pretendían que fuesen financiados los gastos del órgano de representación que se considerasen “suficientes”, incluyendo el acceso a Internet y los gastos derivados del correo electrónico y que finalmente no prosperarían.

⁵⁴⁷ Anexo de la Directiva S.E., Parte II, letra e), y art. 18.7. de la Ley 31/2006.

⁵⁴⁸ Art. 8 de la Directiva S.E. y art. 22 de la Ley 31/2006.

4.4. DISPOSICIONES SUBSIDIARIAS EN MATERIA DE PARTICIPACIÓN.

En la Parte 3ª del Anexo de la Directiva S.E. y en el artículo 20 de la Ley de española de implicación (para las SE domiciliadas en nuestro país) se contienen las **disposiciones subsidiarias en materia de participación** de los trabajadores en la Sociedad Europea. Aspectos importantes del contenido de estas disposiciones, en especial en lo referente a cuando procede la aplicación de dichas reglas en materia de participación, han sido ya expuestos⁵⁴⁹.

Simplemente, a modo de recordatorio, tráigase a la memoria que las disposiciones de referencia en materia de participación de los trabajadores, establecidas por la legislación nacional del Estado miembro en el que se registre la Sociedad Europea con arreglo a la Parte 3 del Anexo de la Directiva S.E. (y que en el caso español se encuentran contenidas, como hemos señalado, en el artículo 20 de la Ley 31/2006), sólo serán de aplicación en una serie de casos concretos, que parten de la existencia de formas de participación previas en alguna de las sociedades participantes, pues si ninguna de las sociedades participantes en el proceso de constitución de una SE estuviera regida por normas de participación antes de la inscripción de la propia SE, ésta no estará obligada a establecer disposiciones en materia de participación de los trabajadores, salvo acuerdo en contrario⁵⁵⁰. Ahora bien, si se dan tales casos, la aplicación de tales disposiciones de referencia en materia de participación adquiere un carácter “imperativo”.

Dichos casos, recuérdese, eran los siguientes: a) *En el caso de una SE por transformación*⁵⁵¹: cuando se aplicara, con anterioridad a la inscripción de la SE, en la sociedad anónima que pretende transformarse en SE un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o control. Además debe precisarse que, recordemos también, si en una SE por transformación ya se le aplicaban a la sociedad transformada normas de un Estado miembro en materia de participación, a la SE resultante se le seguirán aplicando todos los elementos de dicha participación⁵⁵², por lo que las disposiciones subsidiarias habrán de asegurar una transferencia completa de los elementos de participación de los trabajadores desde la sociedad anónima que pretende transformarse

⁵⁴⁹ *Vid. infra.*

⁵⁵⁰ Anexo de la Directiva S.E., Parte 3; art. 14.3, párrf. segundo, y art. 20.1 de la Ley española de implicación.

⁵⁵¹ Art. 7.2. a) de la Directiva S.E. y art. 14.2. a) de la Ley española de implicación.

⁵⁵² Anexo de la Directiva S.E., Parte 3. a); art. 20.1. a) de la Ley española de implicación.

a la SE transformada; b) *En el caso de una SE constituida por fusión*⁵⁵³: cuando se aplicara con anterioridad a la inscripción de la SE en alguna de las sociedades participantes un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o control que afectase al 25 por ciento, al menos, del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes (o a un número inferior a dicho porcentaje si así lo decidiese la Comisión Negociadora); c) *En el caso de una SE Holding o filial*⁵⁵⁴: cuando se aplicara con anterioridad a la inscripción de la SE en alguna de las sociedades participantes un sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o control que afectase al 50 por ciento, al menos, del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes (o a un número inferior a dicho porcentaje si así lo decidiese la Comisión Negociadora). En los dos últimos casos citados (casos b y c), o sea, SE por fusión, y SE holding o filial común, recuérdese también que si ya se les aplicaba una o más formas de participación a los respectivos porcentajes de trabajadores señalados, los trabajadores mantendrán el derecho a participar en una proporción igual a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes antes de la inscripción de la Sociedad Europea⁵⁵⁵.

Aparte de lo expuesto, el Anexo de la Directiva de la S.E. establece una serie de complejas previsiones sobre la forma de distribuir en el seno de los órganos societarios los miembros representantes de los trabajadores de los diferentes Estados o, en su caso, sobre la forma de recomendar u oponerse al nombramiento de tales representantes. Igualmente, también instituye un principio de equiparación plena entre los miembros de los órganos sociales designados por los accionistas y por los trabajadores. Veamos tales aspectos:

1. Lo primero a considerar es lo atinente a la estructura en dónde se harán efectivos los derechos de participación: una vez decidido si habrá participación en la SE será necesario determinar cuál es el órgano de participación correspondiente. La determinación del órgano de participación no debería ser especialmente problemática, pues la misma vendrá dada por la estructura administrativa que se hubiese previsto en los propios estatutos de la Sociedad Europea. Como sabemos, son las propias sociedades fundadoras de la SE las que libremente optarán por un sistema monista o por un sistema dualista, participando los representantes de los trabajadores en el Consejo de Administración de la SE en el primer caso y en el Consejo de Vigilancia en el segundo.

2. En cualquier caso, los representantes de los trabajadores en el órgano de participación que corresponda, sea del órgano de administración de la SE o en su caso del órgano de control de la misma, gozarán de una situación de igualdad con respecto a los representantes de los accionistas, gozando de los mismos derechos y obligaciones que tales representantes, incluido el derecho de voto⁵⁵⁶.

⁵⁵³ Art. 7.2. b) de la Directiva y art. 14.2. b) de la Ley.

⁵⁵⁴ Art. 7.2. c) de la Directiva y art. 14.2. c) de la Ley.

⁵⁵⁵ Anexo de la Directiva S.E., Parte 3. b); art. 20.1. b) de la Ley española de implicación.

⁵⁵⁶ Parte 3 del Anexo de la Directiva S.E., párrf. cuarto, y art. 20.5 de la Ley española de implicación.

Como podemos apreciar, la Ley española de implicación realiza en este punto una asimilación en derechos y deberes del representante de los trabajadores que sea miembro del órgano de administración de la sociedad, respecto de los demás miembros del mismo, y en particular de los que representen a los accionistas, criticando algunos autores, como MONEREO PÉREZ, que tal asimilación se haya producido en términos absolutos, pues “ya que si a los efectos informativos la propia Ley confiere un trato desigual, (como veremos en breve que ocurre en el artículo 22 de la Ley, al poderse restringir la información que pueden recibir), no es razonable la equiparación en relación con las responsabilidades mercantiles, cuestión que debería haberse exceptuado, tal y como se propuso en la tramitación parlamentaria”⁵⁵⁷.

3. Quizás el aspecto más problemático es el de la composición de dicho órgano de participación y la articulación en el mismo de la representación de los trabajadores: como sabemos, se establece para los supuestos de SE por fusión, holding o filial común, que el porcentaje que los trabajadores podrán elegir (o en su caso recomendar u oponerse) será igual al porcentaje mayor que se aplique en ese momento en las sociedades participantes antes del registro de la Sociedad Europea⁵⁵⁸, lo cual supone tomar como referencia la situación anterior en la sociedad que cuente con el porcentaje de representación más elevado.

Corresponde al órgano de representación (recuérdese, órgano de información y consulta) decidir sobre el reparto de los puestos a cubrir por los representantes de los trabajadores en el seno del órgano de administración o control entre los miembros representantes de los trabajadores de los distintos Estados miembros en función de la proporción de trabajadores de la SE contratados en cada Estado así como, en su caso, decidir sobre el modo en que los trabajadores de la SE podrán recomendar u oponerse a los miembros de estos órganos.

Pero, de este modo, los trabajadores de algún Estado podrían no estar cubiertos por ese criterio proporcional. Entonces, si los trabajadores de uno o varios Estados miembros no resultasen incluidos en el órgano de participación como consecuencia de la aplicación del criterio expuesto, se prevé que el órgano representativo designará (no es una mera posibilidad) un miembro originario de uno de los Estados en cuestión (uno sólo, y no uno por Estado, aunque fuesen varios los Estados no “representados”), en particular del Estado miembro del domicilio social de la SE cuando así “se considere oportuno”⁵⁵⁹.

Aunque no queda en la Directiva S.E. del todo claro si se trata de añadir un miembro más a la representación de los trabajadores en el órgano de administración o control o de efectuar una “redistribución”, siguiendo a RAMÍREZ MARTÍNEZ, entendemos que la interpretación más correcta debe ser esta segunda y, por tanto, el número de representantes de los trabajadores en el órgano de administración o control (según

⁵⁵⁷ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ et. al: *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas*, p. 207. En la Enmienda núm. 17 del Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds se proponía añadir un último inciso en el que, tras subrayar que los representantes de los trabajadores gozarían del derecho de voto, se exceptuaban las responsabilidades mercantiles.

⁵⁵⁸ Parte 3 del Anexo de la Directiva S.E., párrf. primero, letra b).

⁵⁵⁹ Parte 3 del Anexo de la Directiva S.E., párrf. cuarto.

proceda) será el que venga determinado por el mantenimiento de las situaciones ya existentes antes de la constitución de la Sociedad Europea, si se han de aplicar las disposiciones de referencia como consecuencia de la falta de acuerdo en el proceso negociador. Como bien señala el citado autor para el supuesto que nos ocupa, “no resulta admisible que unilateralmente el órgano de representación modifique lo que vendrá, en definitiva, regulado en disposiciones nacionales cuya aplicación se mantiene para respetar situaciones anteriores”⁵⁶⁰. En relación a esto, debe exponerse que, como veremos a continuación, la solución acogida por la Ley española de implicación es, efectivamente, la de la “redistribución”.

Luego, una vez atribuidos a cada Estado los puestos a cubrir en el órgano de administración o de control (*reparto entre Estados*) cada Estado miembro podrá determinar la forma de reparto interno (*reparto dentro de cada Estado*) de los puestos que le sean atribuidos en el seno del órgano de administración o de control⁵⁶¹. También la Ley española de implicación veremos que contiene alguna precisión a este respecto.

4. Téngase en cuenta que, en el caso de una SE por transformación, se aplican las reglas vistas anteriormente (*mutatis mutandi*) en la medida en que resulte adecuado a la peculiaridad del supuesto: parece obvio que cuestiones tales como la determinación del órgano de participación, el porcentaje de miembros a designar (recomendar u oponerse) por los trabajadores y los derechos de los mismos, dependerá de lo dispuesto para la sociedad anónima nacional que se transforma en SE. Recuérdese que en este supuesto todos los elementos de la participación de los trabajadores existentes antes de la inscripción de la SE continuarán siendo de aplicación después en la propia SE⁵⁶².

Pero, a toda esta regulación, contenida en la Parte 3ª del Anexo de la Directiva SE, la Ley española 31/2006 ha venido a establecer, para las SE domiciliadas en nuestro país, una serie de precisiones, en concreto dos, al respecto:

a) Como hemos adelantado antes, la Ley de implicación se decanta por que, si uno o más Estados no cuentan con ningún representante de los trabajadores en el órgano de participación, y en otro u otros Estados hay más de uno, el órgano de representación procederá a efectuar una “redistribución”. Como consecuencia de la misma, se detraerá un representante del número adjudicado al Estado que cuente con más representantes (si son varios con idéntico número, al que ocupe entonces al menor número de trabajadores) y se procederá a adjudicarlo a un Estado carente de dicha representación (en principio, a aquel en que se encuentre la sede de la Sociedad Europea; y, si éste ya contase con representación, a aquel que ocupe mayor número de trabajadores)⁵⁶³.

⁵⁶⁰ Cfr. J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, p. 403.

⁵⁶¹ Parte 3 del Anexo de la Directiva S.E., párrf. tercero.

⁵⁶² Parte 3 del Anexo de la Directiva S.E., párrf. primero, letra a); Art. 20.1. a) de la Ley española de implicación.

⁵⁶³ Art. 20.4, penúltimo párrafo, de la Ley española de implicación.

b) Como también hemos expuesto, una vez determinada la representación que le corresponde a cada Estado miembro, luego cada Estado podrá determinar, ya de manera concreta, la forma de reparto interno de los puestos que le sean atribuidos en el seno del órgano de administración o de control, previéndose esta posibilidad en el Anexo de la Directiva S.E.

En la Ley española de implicación esta regulación se contempla de manera un poco confusa:

1. Tratándose de una SE domiciliada en España, se dispone que la elección o designación (no se habla de reparto) de los representantes de los trabajadores que deban formar parte del órgano de administración o de control se realizará en la forma en que determine el órgano de representación de los trabajadores “*respetando, en su caso, lo que al respecto pudiera haberse establecido en la legislación nacional correspondiente a cada uno de dichos representantes*”⁵⁶⁴. Esta última precisión tiene su importancia, pues de acuerdo a lo establecido en cada legislación nacional, será frecuente que cada Estado postergue “un canal de representación a otro”, o establezca “cómo seleccionar al representante que vaya a formar parte del órgano de la SE de entre los candidatos a hacerlo”⁵⁶⁵.

En lo que respecta a la concreta designación de los representantes empresariales de la SE en el Consejo de Control, la Ley no contiene previsión particular alguna. Siguiendo a MONEREO PÉREZ⁵⁶⁶, entendemos que dicho silencio legal conlleva que sea decisión de la SE el determinar la identidad de los representantes (que deberán ser nombrados y revocados por la Junta General⁵⁶⁷), aunque no su número, ya que el Consejo de Control tiene una naturaleza paritaria, como se deduce de las previsiones de la Ley 31/2006⁵⁶⁸.

2. Tratándose de centros de trabajo situados en España, se declara aplicable a la designación de esos representantes (tampoco se habla de reparto) lo dispuesto sobre la designación de los miembros de la Comisión Negociadora y del órgano de representación en la SE⁵⁶⁹. De este modo, cuando se trate de centros o empresas situados en nuestro país, el órgano de representación tiene que respetar esas reglas.

⁵⁶⁴ Art. 20.4, último párrafo, de la Ley española de implicación.

⁵⁶⁵ E. TERRADILLOS ORMAETXEA: “La participación de los trabajadores en la transposición de la Directiva sobre la S.A.E. y sus repercusiones sobre la normativa mercantil”, *Relaciones Laborales*, núm. 22, 2006, op. cit. p. 1075.

⁵⁶⁶ J. L. MONEREO PÉREZ et. al: *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas*, p. 206.

⁵⁶⁷ Art. 333 L.S.A. Cfr. E. TERRADILLOS ORMAETXEA: *La participación de los trabajadores en la transposición de la Directiva sobre la S.A.E....*, op. cit. p. 1074.

⁵⁶⁸ E. TERRADILLOS ORMAETXEA: *La participación de los trabajadores en la transposición de la Directiva sobre la S.A.E....*, op. cit. p. 1074.

⁵⁶⁹ Art. 30 de la Ley 31/2006: “*Lo dispuesto en el artículo anterior (designación de los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora y en el órgano de representación) será igualmente de aplicación al*

Precisamente, en atención a esas reglas, podemos señalar lo siguiente:

Si a los centros de trabajo y empresas filiales situados en España de una Sociedad Europea les correspondiese más de un representante en el órgano de participación, habría que proceder a la comentada remisión a las reglas propias para la designación de los miembros de la Comisión Negociadora y del órgano de representación⁵⁷⁰, y de acuerdo con la aplicación de las mismas considerar que el reparto entre los diversos centros que la SE tenga en nuestro país se producirá entonces del mismo modo que se produce para dichos órganos; esto es, de forma proporcional a la representatividad obtenida por cada sindicato en las elecciones a representantes de los trabajadores en el conjunto de los centros de trabajo.

En cuanto a la determinación de quiénes podrían ser designados en representación de los trabajadores como miembros del órgano de participación, ésta es una cuestión más problemática que la anterior: como sabemos, las reglas para designar a los miembros de la Comisión Negociadora y las reglas para designar a los miembros del órgano de representación no son las mismas. En el primer órgano, la Comisión Negociadora, puede ser designado un delegado de personal, un miembro del Comité de Empresa o un trabajador de cualquiera de sus centros participantes y empresas filiales afectadas, así como un representante sindical miembro de una organización sindical más representativa en el nivel estatal o representativa en el ámbito de las sociedades participantes (con lo que podrían serlo trabajadores que no sean representantes o representantes sindicales que no fuesen trabajadores de la empresa); en el segundo caso, el órgano de representación, la designación deberá recaer en un trabajador de la SE o de sus centros de trabajo o empresas filiales que ostente la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical (con lo que no pueden serlo quienes no sean trabajadores de la empresa o quienes aún siéndolo no sean representantes de los mismos). Ahora bien, al referirse expresamente la Parte 3 del Anexo de la Directiva S.E. al “reparto de los puestos en el seno del órgano de administración o de control entre los *miembros representantes de los trabajadores...*”, puede entenderse que sólo serán designables para el órgano de participación en representación de los trabajadores los que tengan la condición de delegados de personal, miembros de Comités de Empresa o delegados sindicales, de acuerdo con la española Ley Orgánica de Libertad Sindical (L.O.L.S.)⁵⁷¹.

En conclusión, y tal como podemos observar a tenor de lo expuesto, al igual que la Directiva S.E., la Ley española de implicación atribuye (mediante complejas previsiones) al órgano de representación de los trabajadores de la Sociedad Europea la decisión sobre el reparto de los puestos que correspondan a los trabajadores en el órgano de administración o control. Pero, como era previsible, la Ley 31/2006 silencia (al igual que la Ley 19/2005, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España) la forma en que deben

procedimiento de designación de los representantes de los trabajadores que deban formar parte del órgano de administración o de control de la SE cuando, en virtud de lo dispuesto en la legislación que resulte de aplicación, corresponda a cada Estado miembro determinar la forma de elección o designación de los miembros que le correspondan”.

⁵⁷⁰ Vid. art. 29 de la Ley 31/2006.

⁵⁷¹ J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ: *La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España*, p. 404.

seleccionarse los representantes empresariales de la Sociedad Europea en el Consejo de Control, órgano al que, tal y como se puede deducir de las previsiones de la Ley 31/2006, se le puede atribuir una naturaleza “paritaria”. Este silencio legal viene a representar, para TERRADILLOS ORMAETXEA “un cheque en blanco para la SE, que decidirá qué personas van a representar a la sociedad”⁵⁷², sin perjuicio de que, como señala la citada autora, el actual artículo 333 de la Ley de Sociedades Anónimas imponga que los miembros de dicho órgano sean nombrados y revocados por la Junta General.

⁵⁷² E. TERRADILLOS ORMAETXEA: *La participación de los trabajadores en la transposición de la Directiva sobre la S.A.E...*, op. cit. p. 1074.

CAPÍTULO V.- “DISPOSICIONES VARIAS EN LA DIRECTIVA S.E. Y EN LA LEY ESPAÑOLA DE IMPLICACIÓN Y MEDIDAS PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA SOBRE IMPLICACIÓN EN LA SE”.

5.1. CONFIDENCIALIDAD Y RESERVA.

Un importante límite a los procedimientos de información y consulta en el ámbito de la Sociedad Europea lo constituyen tanto la obligación de confidencialidad, como la posibilidad de que la SE no revele informaciones que pudieran dañar gravemente el funcionamiento de la misma en caso de hacerse públicas.

En relación con este límite, cuyo punto de partida lo encontramos ya en el Considerando número 13 de la propia Directiva S.E.⁵⁷³, podemos diferenciar claramente dos supuestos distintos que, con naturaleza diferente, vienen a configurar respectivamente una “obligación” y una “facultad”:

a) ***Obligación de confidencialidad***: se encuentra contemplada en el artículo 8 de la Directiva S.E.⁵⁷⁴ (dentro de la Sección III de la misma, titulada “*Disposiciones varias*”), conforme a la cual los Estados de la Unión Europea deben prever en sus correspondientes legislaciones nacionales la circunstancia relativa a que los miembros de la Comisión Negociadora, del órgano de representación, y también los representantes de los trabajadores en el marco de procedimientos de información y consulta así como, en su caso, los expertos que pudieran asistir a cada uno de estos diferentes sujetos, son destinatarios de una obligación de confidencialidad, en virtud de la cual no están autorizados para revelar a terceros la información que les haya sido comunicada a cada uno de ellos con carácter confidencial, y ello, independientemente del lugar en que se encuentren e incluso tras la extinción de su correspondiente mandato⁵⁷⁵.

⁵⁷³ Considerando núm. 13 Directiva S.E.: “*Debe garantizarse que se preserve el carácter confidencial de las informaciones sensibles, incluso después de la expiración del mandato de los representantes de los trabajadores. Debe contemplarse una disposición que permita al órgano competente de la SE no divulgar aquella información que pudiera dañar gravemente el funcionamiento de la SE en caso de hacerse pública*”.

⁵⁷⁴ El artículo 8 de la Directiva 94/45 contempla también, de forma similar a la prevista en la Directiva S.E., una obligación general de confidencialidad.

⁵⁷⁵ Art. 8.1 de la Directiva S.E.

Se trataría, por tanto, de un deber previsto por la Directiva S.E. que ha de ser ejercido de acuerdo con las condiciones y circunstancias determinadas en las citadas legislaciones nacionales, y que los órganos sociales de las sociedades participantes o de la SE podrían imponer a los representantes de los trabajadores respecto de las informaciones a las que pudieran tener acceso como consecuencia de su cargo, de manera que la información facilitada con reserva de confidencialidad no pudiera ser revelada a terceras personas⁵⁷⁶. El fundamento de la confidencialidad se encontraría en la necesidad de proteger a la Sociedad Europea y a su posición competitiva en el mercado de los potenciales daños o perjuicios que le pudiera ocasionar la divulgación de ciertos datos e informaciones especialmente sensibles para la misma, impidiendo el conocimiento de éstas más allá del círculo constituido por aquellos que son los titulares de la información y por aquellos que son los legalmente legitimados para acceder a la misma (esto es, los representantes de los trabajadores).

El Estado español, recogiendo el mandato establecido en la Directiva 2001/86, reproduce de manera casi literal en el artículo 22.1 de la Ley 31/2006, para las Sociedades Europeas domiciliadas en nuestro país, lo dispuesto por la Directiva S.E., añadiendo a lo en ella previsto únicamente la consideración de que la trasgresión de esa obligación de confidencialidad podrá dar lugar a la exigencia de la correspondiente responsabilidad, de acuerdo con las correspondientes legislaciones o prácticas nacionales⁵⁷⁷.

No conteniéndose otras precisiones adicionales en la Ley española de implicación, entendemos que se puede afirmar que el ámbito material de la obligación de confidencialidad se extiende no sólo durante todo el funcionamiento de la Sociedad Europea, en el seno de los correspondientes procedimientos de información y consulta que, institucionalizados o no, se hayan establecido, sino que también existe previamente a dicha constitución, operando ya en un momento anterior a la creación de la misma, respecto de

⁵⁷⁶ La propia Ley 31/2006 utiliza también la expresión “terceros” para referirse a quienes no se les debe debería revelar una información confidencial: entendemos que esta expresión es lo suficientemente amplia como acoger a cualquier persona distinta de los miembros de la Comisión Negociadora o del órgano específico de representación (así como de los expertos, a los que también se extiende el deber de confidencialidad e, igualmente, en su caso a los eventuales representantes de los trabajadores en el órgano societario), incluidos, por tanto, los trabajadores de la Sociedad Europea en general, así como sus representantes en los centros o sociedades particulares en concreto. Ahora bien, Monereo Pérez señala que este deber de confidencialidad o sigilo debe encuadrarse en base a su innegable vinculación con el principio de buena fe que ha de presidir el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas en las empresas, y que no debería ser considerado como un deber de secreto en sentido estricto que conllevaría una prohibición absoluta, sino un deber de discreción y utilización prudente de la información obtenida. Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ et. al: *La participación de los Trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas*, op. cit. p. 138.

⁵⁷⁷ En el caso español, y en lo que atañe al orden laboral, a falta de un título específico de carácter legal que sancione la infracción del deber de confidencialidad o sigilo individualmente considerado, dadas las implicaciones del principio de buena fe en el ejercicio de la función representativa, la quiebra de la confidencialidad pudiera ser considerada como causa suficiente para acudir, de acuerdo con la gravedad y circunstancias del caso, a la utilización de la “transgresión de la buena fe contractual” a la hora de sancionar el uso o difusión de información reservada por parte de los representantes de los trabajadores, de acuerdo con el art. 54.2 E.T. Normalmente, se requerirá para poder sancionar la difusión de dicha información y que dicha sanción prospere el que se haya producido precisamente el perjuicio que se pretendía evitar al atribuir a la información en cuestión el carácter de “confidencial”, sobre todo si el mismo ha sido demostrado y probado por la propia empresa. Vid. E. GARCÍA PÉREZ: *Modelos de sociedades europeas y disfunciones entre el ordenamiento...*, p. 131-135.

las informaciones que se suministren tanto sobre las sociedades participantes como sobre la futura SE en el desarrollo del procedimiento de negociación que pudiera llevarse a cabo. Asimismo, podría también decirse que la confidencialidad tendría atribuida un doble carácter: un carácter tanto “*absoluto*” -pues operaría en todo momento y lugar-, como “*definitivo*” -pues seguiría vigente aún después de que los representantes de los trabajadores o los expertos hubieran cesado en el ejercicio del cargo en virtud del cual tuvieron acceso a la información oportuna-⁵⁷⁸.

A pesar de que, como se indicará oportunamente, existe la garantía de poder presentar un recurso posterior por parte de los representantes de los trabajadores, hemos de resaltar que ni la Directiva 2001/86 ni tampoco la Ley 31/2006 precisan cuáles deben ser la informaciones que puedan comunicarse a título confidencial, lo cual pudiera ser considerado como una laguna que conllevaría cierta inseguridad jurídica⁵⁷⁹, si bien la Ley 38/2007 de 16 de noviembre, por la que recientemente se ha producido una modificación de ciertos artículos del Estatuto de los Trabajadores, ha venido a dar una mayor precisión a esta materia.

Aunque la parquedad que ofrecen tanto la Directiva S.E. como la Ley española de implicación a la hora de delimitar las decisiones que podrían ser transmitidas con carácter confidencial es evidente, lo cual pudiera arrojar la consecuencia de presumir la existencia de una muy amplia libertad por parte de los órganos competentes de la Sociedad Europea a la hora de imponer o no el calificativo de “confidencial” a la información transmitida a los representantes de los trabajadores, creemos que, como destaca GARCÍA PÉREZ, sería aconsejable y conveniente “la necesidad de una intervención judicial que acote aquello que el legislador no ha hecho, y la exigencia de que, siquiera en vía jurisprudencial, se determinen los criterios justificativos que permitirían admitir esta excepcionalidad al ejercicio de funciones competenciales de los representantes de los trabajadores en la SE”⁵⁸⁰.

Por último, indicar que aunque ni la Directiva S.E. ni la Ley de implicación mencionan a los representantes de los trabajadores en el órgano societario como sujetos

⁵⁷⁸ Cfr. R. ANSÓN PEIRONCELY y C. GUTIERREZ DORRONSORO: *La Sociedad Anónima Europea*, p. 282.

⁵⁷⁹ A este respecto, y refiriéndose en concreto a la total falta de determinación en la Directiva S.E. de las informaciones que deban comunicarse de manera confidencial, precisa Dorssemot lo siguiente: “*Es difícil aceptar que los propios representantes de los trabajadores deban adivinar el carácter confidencial de las informaciones que les hayan sido comunicadas*”. F. DORSSEMOT, en J. P. STORCK, F. MEYER, E. PICHOT: “La société européenne”, *Les Petites affiches: La Loi*, 2002 V. 391 núm. 76, 16 de abril, op. cit. p. 39.

⁵⁸⁰ Cfr. E. GARCÍA PÉREZ: “Modelos de sociedades europeas y disfunciones entre el ordenamiento jurídico español y comunitario en materia de participación de los trabajadores”, en AA.VV. (Falguera Baró y Moralo Gallego coords.): <<*Derecho Social Europeo*>>, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, XXIII-2006, p. 130. En este sentido, y siguiendo a la citada autora, son tres los criterios que deberían considerarse a la hora de atribuir el carácter de confidencial o no a una información: primero, la exigencia de una justificación objetiva del carácter confidencial mediante la acreditación de su especial relevancia para la empresa (o sea, que pueda demostrarse el valor económico, comercial o estratégico de la información para los intereses de la sociedad); segundo, que su divulgación o conocimiento más o menos público pueda ocasionar unos perjuicios reales para la SE; finalmente, y en tercer lugar, que existan ciertos parámetros temporales con el fin de evitar que se perpetúe la situación de confidencialidad más allá de lo estrictamente necesario.

obligados, en su caso, a la confidencialidad, ello no supone que no exista cobertura jurídica para la exigibilidad también a dichos representantes de un deber de confidencialidad. Tales representantes estarán sometidos al mismo deber, con los contornos con los que el mismo se exprese en la práctica y ordenación societaria⁵⁸¹.

2. **Facultad de reserva:** A continuación de lo expuesto, la Directiva S.E. viene a remitir a las legislaciones nacionales la determinación de “*en qué casos específicos y en las condiciones y límites establecidos por la legislación nacional*” no existirá obligación por parte del órgano de control o de administración de la SE o de una sociedad participante establecida en el territorio del Estado correspondiente de comunicar informaciones que, por su naturaleza, pudieran, de acuerdo con criterios objetivos, crear graves obstáculos al funcionamiento de la Sociedad Europea (o, en su caso, de la sociedad participante), o de sus filiales y establecimientos u ocasionar perjuicios a los mismos, pudiendo los diferentes Estados miembros supeditar tal dispensa a la existencia de una autorización previa de carácter judicial o administrativo⁵⁸².

Se configuraría, por tanto, una facultad que podrían ejercer los órganos sociales de las sociedades participantes o de la SE, y que conllevaría una limitación al derecho de los trabajadores a obtener informaciones relevantes sobre la SE, eso sí, de acuerdo con los casos y circunstancias que establezcan las correspondientes legislaciones nacionales, de manera que la empresa podría reservarse para sí aquellas informaciones incluidas dentro de los supuestos excepcionales previstos *ad-hoc* en la norma nacional⁵⁸³. Por otro lado, considérese que la Directiva S.E. aunque prevé que, como hemos dicho, tal limitación pueda estar supeditada a la exigencia de una autorización previa judicial o administrativa, no impone ésta, sino que deja a la libre elección de los Estados el establecimiento o no de la misma⁵⁸⁴.

La legislación nacional española, o sea, la Ley 31/2006, concreta en cierto modo los casos específicos en los que podría operar la facultad de reserva citada⁵⁸⁵: se trata de

⁵⁸¹ Esta cobertura se contiene en el Reglamento 2157/2001, cuyo art. 49 indica lo siguiente: “los miembros de los órganos de una SE estarán obligados a no divulgar, incluso después del cese en sus funciones, las informaciones de que dispongan sobre la SE, cuya divulgación pudiera tener consecuencias perjudiciales para los intereses de la sociedad, con excepción de los supuestos en que dicha divulgación sea exigida o esté permitida por las disposiciones de Derecho nacional aplicables a las sociedades anónimas o por causa de interés público”.

⁵⁸² Art. 8.2 de la Directiva S.E.

⁵⁸³ Esta reserva, que no supone otra cosa que una especial causa de exención de las obligaciones informativas de las empresas, apareció por primera vez en la Directiva sobre Comités de Empresa Europeos, y por transposición, igualmente, en el art. 22.2 de la Ley 10/1997, cuyos términos han sido prácticamente reproducidos en el mismo art. 22.2 de la Ley 31/2006.

⁵⁸⁴ Como señalan Ansón Peironcelly y Gutiérrez Dorronsoro, el establecimiento de la exigencia de previa autorización administrativa o judicial para ejercer por parte de los órganos sociales la facultad de reserva conllevaría una limitación del “riesgo de arbitrariedad en la reserva de la información”, pero a su vez “impondría también cargas a los órganos sociales que podrían ralentizar gravemente el proceso de toma de decisiones en la empresa”. R. ANSÓN PEIRONCELY y C. GUTIERREZ DORRONSORO: *La Sociedad Anónima Europea*, p. 282.

⁵⁸⁵ Art. 22.2 de la Ley 31/2006.

“informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la SE o, en su caso, de la sociedad participante o de sus respectivos centros de trabajo y empresas filiales, u ocasionar graves perjuicios en la estabilidad económica de éstos”.

Tratándose de este tipo de informaciones específicas, el órgano de control o de administración de la SE o de una sociedad participante establecida en España no vendrá obligado a comunicar dichas informaciones⁵⁸⁶; precisándose en la norma española que se trata de una excepción a la obligación general de comunicación de informaciones, no comprendiendo aquellos datos que tengan relación con el volumen de empleo en la empresa, como se señala expresamente en la misma⁵⁸⁷.

De la regulación contenida en el artículo 22.2 de la Ley 31/2006 parece derivarse que tales supuestos son, por tanto, “excepciones” en las que podría operar la facultad de reserva⁵⁸⁸; pero la Ley española no condiciona en su articulado la exigencia de autorización administrativa o judicial previa para el ejercicio de la misma, no siendo necesario obtener dicha autorización para que los órganos sociales de la Sociedad Europea pudieran hacer uso, en los comentados casos excepcionales, de la reserva correspondiente, al no haberse contemplado en la norma española tal exigencia⁵⁸⁹. Eso sí, como ahora a continuación ya comentamos, siempre cabrá la posibilidad ulterior de que la medida empresarial pudiera ser recurrida a posteriori por los representantes de los trabajadores.

En relación a este último aspecto, la Directiva contempla el que los Estados deban efectuar una previsión de recursos administrativos o judiciales que puedan interponer los representantes de los trabajadores frente a los supuestos tanto de exigencia de confidencialidad, como de no facilitación de información por parte del órgano de administración o de control de la SE o de una sociedad participante⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ La legislación española atribuye expresamente, como podemos observar, carácter excepcional a esa facultad de reserva de información.

⁵⁸⁷ Art. 22. 2, *in fine*, de la Ley 31/2006.

⁵⁸⁸ Durante la tramitación del Proyecto correspondiente las organizaciones de empresarios eran partidarias de la eliminación del carácter “excepcional” de la reserva, excepcionalidad de la reserva que no menciona expresamente la Directiva S.E. pero sí la Ley 31/2006. Pero, en realidad, podemos afirmar que la Ley española es menos dura para los empresarios que lo que es la Directiva comunitaria, según la cual los Estados miembros pueden supeditar la dispensa a autorización administrativa o judicial, no habiendo hecho el legislador nacional uso de esta facultad.

⁵⁸⁹ Así como el legislador de la Ley 10/1997 no hizo uso de tal posibilidad, el de la Ley 31/2006 ha vuelto a perder la ocasión de hacerlo, lo que hubiera supuesto el establecer un mecanismo de garantía en la corrección del uso de la facultad de reserva.

⁵⁹⁰ Art. 8.4 de la Directiva S.E.: “Los Estados miembros, al proceder a la aplicación de los apartados 1, 2, y 3, (del susodicho artículo 8) preverán los recursos administrativos o judiciales que puedan interponer los representantes de los trabajadores cuando el órgano de control o de administración de la SE o de una sociedad participante exija confidencialidad o no facilite la información. Estos recursos podrán incluir dispositivos de protección del carácter confidencial de la información de que se trate”.

PARTE SEGUNDA. Cap. V: “Disposiciones varias”

La Directiva S.E. cita expresamente como legitimados activamente para recurrir la decisión empresarial a los representantes de los trabajadores. Al respecto de lo indicado, debe señalarse que la Ley española, en desarrollo de este punto, atribuye al proceso de conflicto colectivo la tramitación de las impugnaciones relativas a esas decisiones empresariales⁵⁹¹, por lo que será este tipo de proceso el que, como analizaremos con posterioridad al tratar el tema de las “modalidades procesales” contempladas en la Ley 31/2006⁵⁹², deberá sustanciarse en el caso de que los representantes de los trabajadores impugnen una decisión empresarial que tuviera por objeto tanto establecer una obligación de confidencialidad respecto a la información, como ejercer una facultad de reserva sobre la misma.

También debe indicarse que, de acuerdo con la Directiva S.E., debe remitirse a la legislación nacional para el tratamiento de los derechos de información y expresión de las opiniones de los representantes de los trabajadores, especialmente la de la representación sindical, que deberá coincidir, por exigencias del principio de igualdad de trato, con las disposiciones aplicables a las sociedades nacionales.

Como antes se apuntó, en la legislación nacional española recientemente se ha producido, mediante Ley 38/2007 de 16 de noviembre, la modificación del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, siendo uno de los objetivos perseguidos por esta Ley la adecuada transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2002/14/CE por la que, como es sabido, se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Unión Europea. Con el fin de introducir los aspectos establecidos en tal Directiva que no estaban contemplados en nuestra regulación legal se ha procedido en la ley en cuestión a la modificación del artículo 4.1.g)⁵⁹³, del artículo 64⁵⁹⁴, y del artículo 65 del Estatuto de los Trabajadores.

Como podemos observar, el artículo 65 del TRET, dedicado precisamente a la “capacidad y sigilo profesional” de los miembros del Comité de empresa (y delegados de

⁵⁹¹ Art. 36.3 de la Ley 31/2006: “Conforme al proceso de conflictos colectivos se tramitará (...) la impugnación de la decisión del órgano competente de atribuir carácter confidencial o de no comunicar determinadas informaciones a los miembros de la comisión negociadora, del órgano de representación de los trabajadores y, en su caso, a los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta. El juez o la sala deberán adoptar las medidas necesarias para salvaguardar el carácter confidencial o secreto de la información de que se trate. Asimismo, se tramitarán conforme a este proceso los litigios relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y por los expertos que les asistan de su obligación de confidencialidad”.

⁵⁹² Vid. supra.

⁵⁹³ En el artículo 4.1.g) se procede a la inclusión expresa en el catálogo de derechos básicos de los trabajadores de “la información, la consulta y la participación en la empresa”.

⁵⁹⁴ Con incidencia directa en las competencias de los representantes de los trabajadores y como señala de manera expresa el Preámbulo de la citada nueva Ley, la misma procede en la redacción dada al nuevo art. 64 del TRET a efectuar la siguiente labor: a) la definición de los conceptos de información y consulta; b) la reformulación de nuestra legislación en lo referente a algunas materias de información y consulta, como sucede con la consulta sobre la evolución futura del empleo en la empresa o centro de trabajo y las medidas preventivas al respecto; c) la remisión a la negociación colectiva para la definición de las modalidades prácticas de la información y la consulta, no tanto en sentido de excepción como de desarrollo de la disposición legal y con respeto de la misma.

personal), es uno de los artículos modificados de manera expresa con el fin de dar cumplimiento a la señalada Directiva comunitaria y que, justamente, es el que incide en la temática que estamos abordando en este momento (confidencialidad y reserva).

Pues bien, de acuerdo con la nueva redacción dada a este artículo, y en atención al deber de sigilo profesional, la modificación efectuada reformula el régimen jurídico del mismo de manera más precisa y detallada que la hasta ahora vigente (ahora se dice expresamente que “*los miembros del comité de empresa y éste en su conjunto, así como, en su caso, los expertos que les asistan, deberán observar el deber de sigilo con respecto a aquella información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado*”, debiendo subrayarse que “*el deber de sigilo subsistirá incluso tras la expiración de su mandato e independientemente del lugar en el que se encuentren*”)⁵⁹⁵, e incorpora la posibilidad de reserva de determinadas informaciones (se prevé de manera textual que “*excepcionalmente, la empresa no estará obligada a comunicar aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o el centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica*”, si bien “*esta excepción no abarca aquellos datos que tengan relación con el volumen de empleo de la empresa*”)⁵⁹⁶. Asimismo, se incluye una referencia a los posibles recursos que procedan en esta materia del sigilo profesional (“*la impugnación de las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado o no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores se tramitará conforme al proceso de conflictos colectivos*”, e igualmente, “*se tramitarán conforme a este proceso los litigios relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y por los expertos que les asistan de su obligación de sigilo*”)⁵⁹⁷, procediéndose por ello también a la oportuna modificación del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral⁵⁹⁸.

Finalmente, el artículo 8.3 de la Directiva S.E. prevé la facultad de los Estados miembros de establecer “*disposiciones especiales a favor de las SE establecidas en su territorio que persigan directa y sustancialmente un objetivo de orientación ideológica relativo a la información y expresión de opiniones, siempre que en la fecha de adopción de la presente Directiva dichas disposiciones existan ya en la legislación nacional*”. Se trata de establecer unas eventuales disposiciones especiales, pero no en favor de cualquier Sociedad Europea, sino solamente en el caso de aquellas de orientación ideológica, lo que

⁵⁹⁵ Art. 65.2 y art. 65.3, respectivamente, del TRET.

⁵⁹⁶ Art. 65.4 del TRET.

⁵⁹⁷ Art. 65.5 del TRET.

⁵⁹⁸ Disposición Final Segunda de la Ley 38/2007 de 16 de noviembre. Esta disposición adiciona un nuevo apartado 3 al artículo 151 de la Ley del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, con la siguiente redacción: “*Asimismo, se tramitará conforme a este proceso (proceso de conflictos colectivos) la impugnación de las decisiones de las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado o no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores, así como los litigios relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y los expertos que les asistan de su obligación de sigilo.*

El Juez o Sala deberá adoptar las medidas necesarias para salvaguardar el carácter reservado o secreto de la información de que se trate”.

supondrá traer a colación la problemática de las relaciones laborales en las llamadas “empresas de tendencia”⁵⁹⁹.

Sin embargo, la Ley 31/2006 no ha establecido en su articulado ninguna precisión al respecto, si bien, ello no es obstáculo para que una ley posterior que la modifique o que se refiera especialmente a este tipo de empresas pudiera hacerlo de manera oportuna.

⁵⁹⁹ Un estudio completo de sobre las relaciones laborales en las empresas ideológicas o de tendencia fue realizado en su momento por Blat Gimeno. Como señala este autor es difícil perfilar el concepto de “empresa de tendencia”, complejidad agravada por el dato de que, en cierto modo, toda empresa es ideológica, en mayor o menor medida. En cualquier caso, sí que se han apuntado definiciones muy generales sobre las empresas u organizaciones de tendencia: aquellas organizaciones cuya finalidad es la realización de programas ideológicos o de creencia; las empresas con fines políticos, religiosos, sindicales o culturales o cuya actividad es indisoluble de un determinado postulado ideológico; empresas o actividades que implican la defensa o, cuando menos, el acatamiento de unos determinados principios ideológicos; las empresas creadoras o sustentadoras de una determinada ideología en función de la cual existen y cuya propia estructura organizativa no es sino una forma de manifestación de aquella y también las empresas privadas que suministran bienes o servicios de componente casi exclusivamente ideológico. Entre los sectores más significativos en los que la ideología del empleador puede incidir en el plano de las relaciones laborales se suelen destacar las empresas educativas, las empresas informativas (cuya conceptualización como empresas ideológicas no siempre ha sido aceptada), así como las de marcado carácter ideal, es decir, confesiones religiosas, organizaciones sindicales y empresariales y partidos políticos. Cfr. F. R. BLAT GIMENO: *Relaciones Laborales en empresas ideológicas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Estudios, Serie Relaciones Laborales, 1986, pp. 66 y ss. Ahora bien, no todas las organizaciones que persiguen una determinada ideología suelen ser consideradas unánimemente como “empresas de tendencia”: en este sentido, han sido tradicionales las discusiones acerca de si los colegios privados y el periodismo entran o no en esta categoría. Por otro lado, como puede comprenderse, no se consideran empresas de tendencia aquellas que, aun siendo su titular un sujeto ideológico, carezcan en sí mismas de una proyección ideológica. Aún más, aunque se considere que una organización es de tendencia ello no quiere decir que todos los empleos que la misma proporcione estén sujetos a la obligación por parte del empleado de la identificación con la ideología del empleador, por lo que, finalmente, suele ser más conveniente y preciso hablar de “*puestos de tendencia*”, que de “*empresas de tendencia*”.

5.2. COOPERACIÓN ENTRE LAS PARTES.

La Directiva 2001/86 acoge en su artículo 9, bajo el título “*Funcionamiento del órgano de representación y procedimiento de información y consulta de los trabajadores*”, una declaración de principios relativa al espíritu de cooperación que debe presidir las actuaciones tanto del órgano directivo de la SE, como del órgano de representación constituido en su seno, en el desarrollo de sus respectivas funciones, y que textualmente señala lo siguiente:

“El órgano competente de la SE y el órgano de representación trabajarán con espíritu de cooperación, respetando sus derechos y obligaciones recíprocos.

De igual forma se procederá respecto de la cooperación entre el órgano de control o de administración de la SE y los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta de los trabajadores”

Por tanto, el órgano de representación de los trabajadores tiene atribuido un deber de cooperación leal con los órganos de la sociedad, en el que tendrá que cumplir las obligaciones establecidas y respetar los derechos de la parte empresarial. Igualmente, este deber también incumbe a la representación de los trabajadores en cualquier marco de relación con los órganos societarios y especialmente en el marco de un procedimiento de información y consulta.

La Ley 31/2006 no es tampoco ajena a esta finalidad de promover un espíritu de **cooperación entre las partes**, recogida expresamente en el artículo 25 de la misma, donde les impone el deber de colaborar “*entre sí de buena fe para alcanzar los objetivos de esta Ley*”, respetando también sus derechos y obligaciones recíprocas⁶⁰⁰.

Pero, es también intención de los respectivos legisladores, tanto comunitario como nacional, que esa cooperación se haga presente no sólo durante todo el funcionamiento de la Sociedad Europea sino también, previamente, durante su proceso de constitución.

Al respecto, recuérdese como la Directiva conminaba también a las partes (Comisión Negociadora y órganos competentes de las sociedades participantes) a que

⁶⁰⁰ De manera muy similar a la contenida en la Directiva S.E., el art. 25 de la Ley 31/2006 expresamente señala lo siguiente: “*El órgano competente de la SE y los miembros del órgano de representación de los trabajadores y, en su caso, los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta colaborarán entre sí de buena fe para alcanzar los objetivos de esta Ley, y respetarán sus derechos y obligaciones recíprocas*”.

durante el proceso negociador a negociasen con espíritu de cooperación (de “buena fe”, dirá expresamente la Ley española de implicación)⁶⁰¹.

⁶⁰¹ Art. 4.1 de la Directiva S.E. y art. 8.1 de la Ley española de implicación. En cualquier caso, el denominado “deber de buena fe” no es, ni mucho menos, una novedad introducida por la normativa sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea pues, como se puede observar en el art. 5, letra a), del TRET, los trabajadores tienen como deberes básicos “*cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y la diligencia*”. Especial problemática ha planteado siempre dicho deber cuando se aplica a la concreta figura del “representante de los trabajadores en la empresa”. En los preceptos del Estatuto de los Trabajadores no se encuentra ninguna referencia a que estos trabajadores deban desarrollar sus funciones de una manera o de otra: el legislador se limita a determinar cuáles son sus competencias (art. 64 TRET) y cuáles son sus garantías (art. 68 TRET); sin embargo, sí que establece una obligación muy concreta, el “deber de sigilo”, en cuanto a su relación con el principio de buena fe. En cualquier caso, tal y como afirma García Viña, se debe entender que a estos trabajadores “no se les puede exigir un comportamiento con unos parámetros cualificados por la buena fe”. Cfr. J. GARCÍA VIÑA: *La buena fe en el contrato de trabajo. Especial referencia a la figura del trabajador*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 2001, op. cit. p. 312. Ahora bien, aún recientemente, algún autor, haciendo referencia al art. 68. c) del TRET, entiende que en virtud de este precepto el comité de empresa (y por añadidura, también los delegados de personal) “goza de inmunidad relativa, aunque amplia, en sus modos de actuación, que tiene como contrapartida la exigencia de cierta ejemplaridad de conducta, única forma de interpretar un precepto que de otro modo resulta incompatible por obvio”. Cfr. M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2000, p. 197. Sin embargo, más que una exigencia cualificada de “buena fe” al representante de los trabajadores, lo que sí ocurre es que el representante del personal en la empresa puede realizar conductas, que de igual manera que el resto de sus compañeros, pudieran quedar englobadas, por su forma de comportamiento, dentro de la transgresión de la buena fe contractual. Dentro de estas conductas el citado García Viña se ocupa de las siguientes: supuestos de utilización abusiva de su cargo, supuestos de utilización abusiva del crédito sindical, incumplimiento del ya citado deber de sigilo, actuaciones ilegales durante la huelga, inducción a compañeros para que incumplan sus obligaciones laborales, actos abusivos durante asambleas, actos contrarios a la negociación colectiva (citándose dos conductas concretas: a) el representante que informa a los trabajadores de manera interesada para que no se concluya la situación conflictiva (STS 5 de octubre de 1973, Ar.3727 y STCT 5 de mayo de 1981, Ar. 3020) y, b) el trabajador que, formando parte de la comisión negociadora, es sorprendido fotocopiando una copia del extracto bancario correspondiente a una cuenta de inversiones de la empresa (STSJ Asturias 25 de junio de 1999, Ar. 1988), paralización de la actividad normal de la empresa y, finalmente, expresar críticas y amenazas. Vid. J. GARCÍA VIÑA: *La buena fe en el contrato de trabajo...*, pp. 315-326. Mención aparte merece la referencia contenida en el art. 89.1 del propio TRET que, relativa a la tramitación de los Convenios Colectivos, señala de manera expresa que “*ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de buena fe*”: de acuerdo con las misma y salvo excepciones (causa legalmente establecida, causa convencionalmente establecida o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido), ese deber de “buena fe” al que se deben las dos partes negociadoras de un Convenio Colectivo consistirá en acudir a la mesa de negociaciones, responder a la propuesta de negociación, motivar en su caso la negativa a aceptar la oferta de inicio de negociaciones, posiblemente a hacer contraofertas, etc..., pero, como sabemos, no hay deber alguno de llegar a un acuerdo, por lo que, como señala RAMÍREZ MARTINEZ, “una vez se haya negociado de buena fe, la negociación se puede suspender o incluso dar por finalizada, ya sea de mutuo acuerdo, ya sea unilateralmente”. Cfr. J. M. RAMÍREZ MARTINEZ: *Curso básico de Derecho del Trabajo*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, 2006 op. cit. p. 118.

5.3. PROTECCIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.

También la Directiva S.E. se ocupa, en su artículo 10, de atender a la protección y garantías de los representantes de los trabajadores en la Sociedad Europea, ordenando que éstas sean las previstas para los representantes de los trabajadores en la legislación o en la práctica nacional vigente en su país de empleo.

Así, de acuerdo con el citado artículo de la norma comunitaria, el mismo sistema de garantías contempladas para los representantes de los trabajadores en la legislación y en las prácticas nacionales existentes en el país de empleo protegerán también a los miembros de la Comisión Negociadora, a los miembros del órgano de representación, a los representantes de los trabajadores que desarrollen sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta, así como a los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de control o de administración de una S.E., de sus filiales o establecimientos o de una sociedad participantes.

De modo especial, la Directiva S.E. hace hincapié en la necesidad **de protección de los representantes de los trabajadores** con respecto a su participación en reuniones derivadas del cargo que ostenten⁶⁰²: tanto de la Comisión Negociadora, como del órgano de representación así como, en su caso, en el marco de un procedimiento alternativo de información y consulta, o en cualquier reunión del órgano de administración o control, reconociéndose de manera expresa a favor de los miembros pertenecientes a la plantilla de estas sociedades el mantenimiento del salario durante los períodos de ausencia que sean necesarios para el ejercicio de sus correspondientes funciones representativas⁶⁰³.

⁶⁰² De acuerdo con el principio de no discriminación de trato de la SE respecto de las sociedades anónimas nacionales, tanto la legislación nacional como el empresario, las autoridades administrativas y las autoridades judiciales deben considerar al representante de los trabajadores en una SE como si fuera el de una sociedad nacional: de esta forma, garantías tales como el “crédito horario”, en virtud de la cual el representante del personal dispone de un determinado número de horas a expensas de su jornada laboral para el desempeño de las labores retribuidas sin pérdida de remuneración o, entre otras, la propia interdicción del despido disciplinario por acciones derivadas del ejercicio del cargo representativo, protegerían también al representante de los trabajadores de una Sociedad Europea, si bien, en relación con el tema del “crédito horario”, como se analiza en la página siguiente, el artículo 31 de la Ley española de implicación establece una regulación específica, que debe tenerse en consideración, en sus apartados 2 y 3. Vid. art. 31.2 y art. 31.3 de la Ley 31/2006.

⁶⁰³ Las previsiones contempladas en la Directiva S.E. sobre este aspecto coinciden expresamente con las de la Directiva C.E.U., en desarrollo de la cual los distintos Estados miembros de la Unión Europea han organizado la protección según las modalidades propias de la representación de los trabajadores.

Por su parte, la Ley española de implicación también se remite, en su artículo 23, y con relación a esta materia relativa a la “protección de los representantes de los trabajadores”, a lo que establezcan las respectivas legislaciones nacionales.

Mas concretamente, y tratándose de representantes de los trabajadores en la SE elegidos en centros de trabajo situados en España⁶⁰⁴, la Ley española establece que gozarán de la protección y garantías establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, salvo en lo referido al crédito horario previsto en el artículo 68.e) de la primera de estas dos últimas normas⁶⁰⁵, cuestión respecto a la cual se deberá atender a la regulación siguiente:

a) Los representantes de los trabajadores en el seno de una SE (miembros de la Comisión Negociadora, del órgano de representación o que participen en los procedimientos de información o consulta y los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de administración o de control de la SE) tendrán derecho a disfrutar de los permisos retribuidos necesarios para la asistencia a las correspondientes reuniones⁶⁰⁶: lo cual incluye, por tanto, reuniones específicamente propias y exclusivas de los representantes de los trabajadores (o sea, de la Comisión Negociadora o del órgano específico de representación), como aquellas otras que se celebren con los órganos competentes de la sociedad (o de los órganos societarios a los que los representantes deban asistir como miembros de las mismas)⁶⁰⁷.

b) Con independencia de lo anteriormente dispuesto, los representantes de los trabajadores en el seno de una SE (todos los anteriormente citados excepto, en este caso, los que participen en procedimientos alternativos de información y consulta) tendrán derecho a un crédito de sesenta horas anuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones, adicionales, en su caso, a las que dispongan en su eventual condición de representantes nacionales de los trabajadores⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ Recuérdese, además, que el artículo 18.5 de la Ley 31/2006, al regular el régimen de funcionamiento constituido, por aplicación de las disposiciones de referencia, para las SE domiciliadas en España, reconoce a sus miembros el derecho a un permiso retribuido de formación, siempre que ello sea necesario para el correcto desempeño de sus correspondientes funciones. En tal sentido, véase también el apartado g) de la Parte 2ª de la Directiva 2001/86.

⁶⁰⁵ Art. 31.1 de la Ley 31/2006.

⁶⁰⁶ Art. 31.2 de la Ley 31/2006.

⁶⁰⁷ En cuanto al responsable de la retribución de tales permisos, a pesar del silencio de la norma a este respecto, y por cuanto se trata de salario sin deducción en su cuantía por el hecho de no prestar el trabajo debido y asistir a reuniones, habría que entender que la retribución estaría a cargo de la sociedad que emplee al trabajador que es representante en alguno de los sistemas orgánicos previstos. Cfr. B. GARCÍA ROMERO: *Modelos de sociedades europeas y disfunciones entre el ordenamiento...*, p. 141.

⁶⁰⁸ Subráyese que el crédito horario de 60 horas anuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones es adicional al que dispongan como consecuencia de su condición de representantes nacionales de los trabajadores, además del ya mencionado permiso de formación de los miembros del órgano de representación. Durante la tramitación del Proyecto de Ley español se presentaría una enmienda del Grupo Parlamentario Popular solicitando que el permiso de formación se subsumiese dentro de las 60 horas anuales, pero finalmente no prosperaría.

Ello nos plantea, en materia de crédito horario, una distinción entre los representantes de los trabajadores en la Sociedad Europea: aquellos que tengan también la consideración de “representantes del personal en la empresa conforme al ordenamiento jurídico español”(Miembros de Comités de Empresa, Delegados de Personal y Delegados sindicales), junto al crédito horario que ya disponen como tales representantes en virtud del artículo 68.e) de nuestro Estatuto de los Trabajadores, dispondrán adicionalmente de las citadas 60 horas que se le reconoce en esta legislación específica, mientras que si no tienen dicha consideración únicamente dispondrán de este último crédito de 60 horas para el ejercicio de sus labores representativas⁶⁰⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, este crédito adicional de 60 horas, en lo que respecta a los miembros del órgano de representación en la SE constituido “mediante acuerdo”, es reconocido también a los mismos por la Ley española, en defecto de disposiciones específicas contenidas en el propio acuerdo de implicación⁶¹⁰.

O sea, en defecto de disposiciones específicas contenidas en el acuerdo por el que se ha constituido el órgano de representación, dicho crédito adicional se establecerá de forma supletoria. Por otro lado, si se constituye el órgano de representación mediante acuerdo, cabe incluso la supresión de dicho crédito adicional, pero no si el citado órgano de representación deriva de la aplicación de las normas de referencias, como consecuencia de la falta del acuerdo de implicación negociado, pues si el órgano de representación resulta de la aplicación de las disposiciones subsidiarias en este caso los representantes siempre tendrán derecho al crédito adicional.

⁶⁰⁹ Recuérdese también que, a diferencia de lo previsto para la Comisión Negociadora, la designación de los miembros del órgano de representación deberá recaer en un trabajador de la SE o de sus centros o empresas filiales que ostente la condición de delegado de personal, miembro de Comité de empresa o delegado sindical (Anexo Directiva Parte 1.a) y art. 29.2 de la Ley de implicación), por lo que éstos sumarán al crédito horario contemplado en el art. 68.e) del E.T las comentadas 60 horas adicionales. Por su parte, en el caso de la Comisión Negociadora, la elección puede recaer también sobre los mismos, en cuyo caso se les aplicará lo que acabamos de comentar o incluso también podrán ser elegidos como miembros de la Comisión un representante sindical ajeno a la SE o un trabajador de la SE que no ostente la condición de representante sindical o unitario, en cuyo caso gozarían únicamente de las citadas 60 horas para el ejercicio de su labor representativa. Por último, en cuanto a los representantes en el órgano de participación, hemos concluido en el Capítulo anterior que, en atención a lo dispuesto en la Directiva (que habla de reparto “entre los miembros representantes de los trabajadores”), serán designables los miembros de comités, delegados de personal o delegados sindicales, conforme a la L.O.L.S., por lo que tales representantes sumarán al crédito horario que disponen como representantes nacionales también el crédito adicional de las 60 horas que les atribuye la legislación específica en materia de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea.

⁶¹⁰ Art. 31, *in fine*, de la Ley 31/2006.

5.4. USO INDEBIDO DE LOS PROCEDIMIENTOS.

Con este apartado titulado “**uso indebido de los procedimientos**” nos referimos a aquellos supuestos en los que se hubiese recurrido de forma indebida a la constitución de una Sociedad Europea (o a su modificación), y ello con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de implicación que ostentasen o de hacerlos ineficaces. En definitiva, se trataría de supuestos en los que se producirían situaciones de “fraude de ley”⁶¹¹.

Se trata de un tema ya abordado de manera colateral en otros apartados de esta Tesis, pero creemos oportuno referirnos en este preciso momento al mismo, dentro del análisis que en este Capítulo V de la Parte II de la Tesis doctoral estamos efectuando sobre ciertas disposiciones (“disposiciones varias”) que integran el contenido tanto de la Directiva S.E. como de la Ley española de implicación.

El punto de partida de este tema se encuentra en el artículo 11 de la propia Directiva 2001/86, el cual encomienda a los Estados miembros el deber de adoptar “*la medidas adecuadas, de conformidad con el Derecho comunitario, para evitar que se recurra de forma indebida a la constitución de una SE con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de implicación que ostentasen o hacerlos ineficaces*”. Se trata, en gran medida, de una manifestación más del “principio antes-después, en cuanto aparece como una norma que pretende la lucha contra el uso indebido de la Sociedad Europea como figura que podría posibilitar tanto la privación de los derechos de implicación que los trabajadores previamente ostentasen, como el hacerlos ineficaces (circunstancia esta última que podría ocurrir con la creación de órganos artificiales de implicación)⁶¹². Es además un ejemplo de la aplicabilidad del denominado “principio antes-después” no sólo en el momento de constitución de la SE, sino aún después, una vez constituida ésta, operando también respecto de los supuestos de modificaciones estructurales de una SE ya constituida y para los procesos estructurales de modificación de las sociedades de que se trate⁶¹³, ya que también podría plantearse no sólo la constitución sino también la modificación

⁶¹¹ Piénsese, por ejemplo, en el siguiente caso: una sociedad alemana, con el propósito de eludir la más exigente normativa germana en materia de participación y de rebajar los niveles de implicación de los trabajadores, se fusiona con una sociedad letona registrada pero carente de empleados y sin ninguna actividad productiva real, acordando con sus empleados una reducción de la participación existente.

⁶¹² F. ELORZA GUERRERO: *La protección de los derechos adquiridos en la implicación de los trabajadores en una sociedad anónima europea*, Comunicación presentada al XVII Congreso de la Asociación Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, Mayo de 2006, p. 11.

⁶¹³ Considerando 18 de la Directiva 2001/86.

posterior de la Sociedad Europea ya constituida con el propósito fraudulento y expreso de perjudicar los derechos de implicación de los trabajadores⁶¹⁴.

Como podemos observar, la Directiva comunitaria efectúa una remisión explícita a las posibles medidas a implantar para solucionar este problema por parte de los Estados miembros de la Unión Europea. En cumplimiento del mandato instituido por la Directiva S.E., la Ley española de implicación incluirá dentro de su articulado un precepto dedicado a la materia y que lleva por título “*Efectos en el caso de constitución de una SE en perjuicio de los derechos de implicación de los trabajadores*”.

La idea principal de este precepto, contenido en el artículo 26 de la Ley 31/2006, vendría a ser la siguiente⁶¹⁵: la constitución de una Sociedad Europea o los cambios sustanciales posteriormente efectuados en la misma en perjuicio de los derechos de implicación de los trabajadores generarán la obligación legal de proceder a una nueva negociación (siempre que ello haya sido declarado por sentencia judicial⁶¹⁶).

Esta nueva negociación se llevará a cabo previa solicitud del órgano de representación de los trabajadores en la Sociedad Europea o de los representantes de los trabajadores en los centros de trabajo en las empresas filiales.

El procedimiento conforme al cual deberá ajustarse la realización de la nueva negociación será el contemplado en los artículos 4 al 13 de la Ley 31/2006⁶¹⁷, aunque con los debidos ajustes terminológicos para así poder adaptar lo previsto en los artículos mencionados a la nueva realidad en la Sociedad Europea⁶¹⁸. Por otro lado, entendemos que

⁶¹⁴ Circunstancia que si bien no es recogida directamente por el art. 11 de la Directiva SE (aunque nosotros entendemos que sí de una manera implícita), sí que es contemplada de manera expresa por la Ley española de implicación en su art. 26.

⁶¹⁵ En concreto, el art. 26 dice expresamente lo siguiente: “*Cuando la operación de constitución de una SE hubiera sido intencionalmente configurada con el propósito de privar a los trabajadores de sus derechos de implicación o de perjudicarlos, o con posterioridad al registro de la SE se hubieran producido cambios sustanciales en el seno de ésta o de sus empresas filiales con este mismo propósito, y así se declare por sentencia judicial, deberá procederse a una nueva negociación (...)*”.

⁶¹⁶ Como indica Garrido Pérez, “en principio, y aun cuando no se menciona expresamente en dicho artículo 26, la resolución judicial se insertaría en su caso dentro de un proceso de conflictos colectivos tal y como se recoge en el art. 35 de la propia Ley 31/2006”. Cfr. E. GARRIDO PÉREZ: “Modelos de Sociedades Europeas y disfunciones entre el ordenamiento español y comunitario en materia de participación en la empresa”, en AA.VV. (coord. Falaguera Baró y Moralo Gallego): <<*Derecho Social Comunitario*>>, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, XXIII, 2006, op. cit. p. 147.

⁶¹⁷ Vid. Capítulo III de esta Parte II de la Tesis doctoral, dónde se analiza con detalle todo lo referido al “procedimiento negociador”.

⁶¹⁸ Cfr. A. I. PÉREZ CAMPOS, Y. CANO GALÁN, MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, C. SAN MARTÍN MAZZUCONI y QUINTANILLA NAVARRO: *La implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Análisis de la Ley 31/2006. de 18 de octubre*, Colección Estudios de Derecho Laboral, Thomson-Civitas, 2007, p. 226. Téngase en cuenta que, a estos efectos, el art. 26 dispone lo siguiente: “*las referencias contenidas en los artículos correspondientes a las sociedades participantes se entenderán referidas a la sociedad europea y a sus centros de trabajo y empresas filiales; las referencias al momento anterior a la inscripción de la Sociedad Europea lo serán al momento de finalización sin acuerdo de las negociaciones, y las referencias a la comisión negociadora lo serán al órgano de representación*”.

el fracaso de esta nueva negociación acarrearía la aplicación de las disposiciones de referencia y no, por tanto, del acuerdo fruto de la negociación inicial⁶¹⁹.

Toda esta previsión contenida en el artículo 26 de Ley de implicación debe ser puesta en conexión con otra contenida en la Disposición Final Primera. Tres de la misma norma, en virtud de la cual se procede a tipificar como infracción administrativa muy grave “*El recurso indebido a la constitución de una sociedad europea con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de información, consulta y participación que tuviesen, o de hacerlos ineficaces*”⁶²⁰.

En nuestra opinión, esta disposición viene a dar una configuración más completa a la solución del problema que nos ocupa, el uso indebido de los procedimientos, pues la simple referencia al artículo 26 hubiera dado una solución quizás insuficiente al mismo, en la medida en que hemos visto cómo este precepto indica que si el propósito fraudulento se declara por sentencia judicial debe procederse a un nuevo proceso de negociación, proceso que es igual al que inicialmente no sirvió para evitar dicho fraude.

⁶¹⁹ Esta es la solución prevista para tal hipótesis por Monereo Pérez, indicando el citado autor como es factible que se produzcan “maniobras empresariales de freno o desinterés en la renegociación de un nuevo acuerdo, al objeto de lograr la aplicación del derecho supletorio cuando el modelo de implicación contenido en éste sea menos incisivo que el acordado inicialmente”. Cfr. J. L. MONERO PÉREZ et. al.: *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas*, op. cit. p. 162.

⁶²⁰ Nuevo art. 10 bis 2. e), subsección 4ª de la sección 1ª del Capítulo II del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

5.5. CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA SOBRE IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SE.

A pesar de no existir remisión ni reenvío explícitos por parte de la Directiva S.E., salvo quizás lo dispuesto en el artículo 11 de la misma que, referido al uso indebido de los procedimientos, acabamos de ver como ordena que los Estados miembros deban adoptar las medidas adecuadas para evitar que se pudiera constituir indebidamente una Sociedad Europea con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de implicación (en virtud de la cual el artículo 26 de la Ley 31/2006 recogerá los mecanismos de protección de los derechos de implicación en caso de utilizarse el procedimiento de constitución de la SE en fraude de los mismos⁶²¹), la Directiva sí que contiene, al menos, una referencia en su artículo 12.2 a la materia procesal, en la que conmina a los Estados miembros a adoptar “medidas adecuadas para el caso de incumplimiento de la presente Directiva”, así como a velar por “la existencia de procedimientos administrativos o judiciales que permitan la ejecución de las obligaciones derivadas de la presente Directiva”.

En base a ella, la Ley española de implicación se ocupará de algunos aspectos de carácter procesal y de algunas cuestiones administrativo-sancionadoras, regulando tanto lo referente a los procedimientos judiciales (Título III), como lo referente al derecho sancionador (Disposición Final 1ª), y ello de una manera similar, en términos generales, a lo ya efectuado por la Ley 10/1997 respecto a la figura del Comité de Empresa Europeo⁶²²:

- Así, el artículo 24 se ocupa de la capacidad de la Comisión Negociadora y del órgano de representación,
- los artículos 33 y 34, de la jurisdicción y competencia,
- el artículo 35, de la legitimación,
- los artículos 36 y 37, de la legislación y de las modalidades procesales aplicables,

⁶²¹ Recuérdese que el art. 26 de la Ley 31/2006 indica que si el propósito fraudulento se declara por sentencia judicial debe procederse a un nuevo proceso de negociación de los derechos de implicación, proceso igual al que inicialmente no sirvió para evitar dicho fraude.

⁶²² Aunque finalmente no sería atendida, el Consejo de Estado recomendó en su informe que los aspectos procesales en lugar de mantenerse en esta norma, se incorporasen, con la correspondiente reforma, a la Ley de Procedimiento Laboral, de modo similar a como se ha efectuado respecto del régimen sancionador con la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

- el artículo 38 se ocupará de la solución extrajudicial de conflictos⁶²³,
- por último, la Disposición Final 1ª, referida a la materia sancionadora, modificará algunas disposiciones de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), ocupándose de las infracciones laborales en este ámbito concreto de los derechos de implicación del personal en la SE.

Pasemos a analizar, con cierto grado de detalle, cada uno de estos **aspectos procesales**.

5.5.1. Capacidad jurídica de la Comisión Negociadora y del órgano de representación de los trabajadores en la SE.

En primer lugar, debemos de partir del hecho de que no debe olvidarse que estos órganos, tanto la Comisión Negociadora, como el órgano de representación, así como los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta gozan de **capacidad jurídica** para el ejercicio de los derechos que les reconoce la Ley 31/2006⁶²⁴, o que se deriven del propio “acuerdo de implicación”⁶²⁵, por lo que, en virtud de la misma, podrán ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, y ello por decisión mayoritaria de sus miembros.

La Ley de implicación establece el que se deba adoptar, para el ejercicio correspondiente de las citadas acciones, un acuerdo en el seno de los mencionados órganos que cuente con el apoyo de la mayoría de sus miembros, con lo que se impone una regla de mayoría absoluta no cualificada aquí.

5.5.2. Jurisdicción y Competencia.

Luego, realizada la observación anterior, hemos de comenzar señalando que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2. p) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), los órganos jurisdiccionales españoles en el orden social conocerán de cuantas cuestiones litigiosas se susciten como consecuencia de la aplicación de la Ley 31/2006, dejando a salvo dos excepciones:

⁶²³ Como se verá, la modalidad procesal con la que se corresponde es la de “conflicto colectivo”, con excepción de la impugnación de acuerdos, que sigue los cauces propios de la “impugnación de convenios colectivos”.

⁶²⁴ Art. 24 de la Ley española de implicación.

⁶²⁵ Art. 11 de la Ley española de implicación.

1. Aquellas pretensiones que versen sobre la impugnación de las sanciones administrativas (que se atribuyen a la jurisdicción contencioso-administrativa)⁶²⁶.

2. Aquellas otras que guarden relación con la posición y actuación de los trabajadores que participen en el órgano de decisión y control de la SE (que corresponden al orden jurisdiccional civil)⁶²⁷.

Como puede observarse, estas dos excepciones están justificadas, pues se trata de dos supuestos en los cuales, *ratione materiae*, en ningún caso pueden ser conocidos por el orden jurisdiccional social.

Por tanto, dejando a salvo estas dos excepciones, el reconocimiento efectuado al orden jurisdiccional social tiene carácter general: al mismo le compete el conocimiento de cuantos litigios se susciten en aplicación de la Ley española de implicación (y sus normas complementarias y suplementarias), de las disposiciones de otros Estados miembros y de los acuerdos colectivos celebrados a su amparo⁶²⁸. De este modo, los órganos jurisdiccionales del orden social resolverán, sin perjuicio de las dos excepciones citadas, todos los conflictos que surjan en lo referente a la implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas, como consecuencia de la aplicación de la Ley española de implicación, y todo ello, además, de acuerdo con las normas de la Ley española de Procedimiento Laboral⁶²⁹.

En concreto, la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles del orden social se extenderá para conocer de los litigios anteriormente señalados cuando concurren los siguientes casos⁶³⁰:

- Cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos, o en su defecto;
- Cuando el demandado tenga su domicilio en España, o
- Cuando la obligación que sirviese de base a la demanda hubiese sido o debiese ser cumplida en territorio español.

⁶²⁶ De acuerdo con la regla general sentada en el art. 3 a) LPL.

⁶²⁷ Art. 33 de la Ley 31/2006.

⁶²⁸ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ et. al: *La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas...*, pp. 254-255.

⁶²⁹ Art. 33 de la Ley 31/2006.

⁶³⁰ Art. 34.1 de la Ley 31/2006. Hubiera sido de esperar que, dado el evidente componente transnacional que la materia relativa a la implicación de los trabajadores en la S.E. posee, la Directiva 2001/86 ofreciese una regla de Derecho Internacional Privado que determinara la competencia jurisdiccional de los distintos Estados al respecto. Ante la ausencia en la Directiva S.E. de una disposición de estas características, procede a hacerlo la Ley española de implicación en su artículo 34.

De este modo, podemos apreciar la existencia de una regla general (el sometimiento expreso o tácito de las partes), y dos reglas alternativas de aplicación subsidiaria (el domicilio del demandado o el lugar de cumplimiento de la obligación). Además, ha de señalarse que, en ausencia de acuerdo o determinación expresa al respecto, se entenderá que el domicilio de la Comisión Negociadora y del órgano de representación es el de registro de la SE, tal y como puntualiza la Ley española⁶³¹. En tales casos, por tanto, se considerará que el domicilio es el del lugar de registro de la Sociedad Europea, con lo que se pretende que el domicilio quede siempre perfectamente determinado, dada la importancia que dicha determinación tiene en todos los actos judiciales, especialmente a los efectos de que puedan cursarse correctamente las notificaciones oportunas.

Luego, la determinación concreta del órgano jurisdiccional español del orden social que sea competente se determinará, por remisión de la Ley española de implicación, con arreglo a las reglas contenidas en los artículos 6 a 11 de la LPL⁶³². En la aplicación de tales reglas, tratándose de procesos de conflictos colectivos, sobre impugnación de convenios colectivos y sobre tutela de los derechos de libertad sindical se atenderá a la extensión de sus efectos en territorio español⁶³³.

Debemos también señalar, por último, como recientemente se aprobado el Reglamento (CE) nº 864/2007, de 11 de julio de 2007⁶³⁴, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (conocido como “Roma II”, para diferenciarlo del Convenio de Roma de 1980, sobre competencia en materia de obligaciones contractuales⁶³⁵) y que, con carácter general, será de aplicación (y decimos “será”, por que su aplicación efectiva no se producirá hasta el 11 de enero del 2009, excepto el artículo 29, que se aplicará a partir del 11 de julio del 2008) a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, en las situaciones que comportan un conflicto de leyes, y ello sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones del Derecho Comunitario que, ya en materias concretas, regulen los conflictos de leyes relativos a las obligaciones extracontractuales.

El citado Reglamento contiene alguna precisión referida precisamente al proceso de “conflicto colectivo”, adoptando como principio general el de aplicar la legislación del país en el que se lleve a cabo la acción de conflicto colectivo a fin de proteger los derechos y

⁶³¹ Art. 34. 3 de la Ley 31/2006.

⁶³² Art. 34.2 de la Ley 31/2006. Así, debe precisarse que los Juzgados de lo Social conocerán en única instancia de todos los procesos atribuidos al orden jurisdiccional social, si bien estas competencias deben ser a su vez coordinadas con las atribuidas a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y a las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional, por un lado; y por otro, con las particularidades introducidas por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Vid. arts. 6 al 11 de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁶³³ Art. 34.2 de la Ley 31/2006.

⁶³⁴ DOUE L 199/42, de 31 de julio de 2007.

⁶³⁵ Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980 (80/934/CEE), sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales. DOCE L 266, de 9 de octubre de 1980.

obligaciones de los trabajadores y empresarios⁶³⁶. Así, y de acuerdo con el artículo 9 del mismo, la ley que será de aplicación a una obligación extracontractual respecto de la responsabilidad de una persona en calidad de trabajador o de empresario o de las organizaciones que representen intereses profesionales por los daños causados por una acción de conflicto colectivo, futura o realizada, será la de la ley del país en el que se haya emprendido la acción o vaya a emprenderse⁶³⁷.

Esta norma especial sobre acción colectiva contenida en el artículo 9 del Reglamento comunitario se habrá de entender sin perjuicio de las condiciones relativas al ejercicio de esa acción de acuerdo con la legislación nacional, y sin perjuicio de la situación legal o de los sindicatos de las organizaciones representativas de los trabajadores, según prevea la legislación nacional respectiva de los Estados miembros⁶³⁸.

5.5.3. Legitimación procesal.

Respecto a quiénes son los legitimados para promover los litigios correspondientes a los que nos referimos, debe indicarse que éstos son los siguientes sujetos⁶³⁹:

- Los empresarios;
- Los representantes de los trabajadores;
- La Comisión Negociadora
- El órgano de representación de los trabajadores en la SE.

Además, los sindicatos y las asociaciones de empresarios tendrán legitimación para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Por otro lado, aunque ni la Directiva S.E. ni la Ley española de implicación digan nada de manera expresa, resulta evidente que tanto la Sociedad Europea como las sociedades participantes, por la personalidad jurídica que tienen, gozan de legitimación tanto activa como pasiva.

Podemos observar como carecen de legitimación los trabajadores individuales que no ostenten la condición de representantes de los trabajadores, miembros de la Comisión

⁶³⁶ Considerando 28 del Reglamento n° 864/2007.

⁶³⁷ Ello se entiende, sin perjuicio de lo dispuesto también en el art. 4.2 del propio Reglamento, que precisa textualmente lo siguiente: “*No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplicará la ley de dicho Estado*”.

⁶³⁸ Considerando 28 del Reglamento n° 864/2007.

⁶³⁹ Art. 35 de la Ley 31/2006. Téngase en cuenta también, en esta materia de legitimación, lo dispuesto por la LPL en sus artículos 152 (relativo al proceso de conflicto colectivo) y 163 (en materia de proceso de impugnación de convenios colectivos).

Negociadora o del órgano de representación de los trabajadores de la SE. Como acertadamente expone MONEREO PÉREZ, es ésta una exclusión oportuna dado que la normativa comunitaria reconoce fundamentalmente derechos de naturaleza colectiva por lo que, en opinión del citado autor, el hecho de que no se haya producido la atribución a los trabajadores individualmente considerados de la capacidad de litigar no merece, a su juicio, “reproche alguno”⁶⁴⁰.

Recuérdese también que el art. 24 de la Ley 31/2006, referido como hemos señalado a la “*capacidad de la Comisión Negociadora y del órgano de representación de los trabajadores de la SE*”, y respecto de la SE domiciliada en España, reconoce expresamente a la Comisión Negociadora, al órgano de representación y a los representantes de los trabajadores en los procedimientos alternativos de información y consulta capacidad jurídica para el ejercicio de los derechos que les reconoce la propia Ley española de implicación o que deriven del acuerdo alcanzado (acuerdo de implicación), por lo que pueden ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias y ello, como sabemos, por decisión mayoritaria de sus miembros.

5.5.4. Modalidades procesales, legislación y solución extrajudicial de conflictos⁶⁴¹.

Los litigios relativos a la negociación sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores serán tramitados de conformidad con el proceso de “conflictos colectivos” regulado en la LPL⁶⁴².

Se incluyen aquí los litigios relativos a la constitución de la Comisión Negociadora, así como los relativos a la constitución y funcionamiento del órgano de representación de los trabajadores o de los procedimientos de información y consulta y los relacionados con los derechos y garantías de los miembros de la Comisión Negociadora, de los miembros del órgano de representación, de los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta y de los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de control o de administración de una Sociedad Europea⁶⁴³.

⁶⁴⁰ J. L. MONEREO PÉREZ et al.: *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas...*, op. cit. p. 259.

⁶⁴¹ Un tratamiento con cierto grado de detalle de las diversas modalidades procesales, aplicables según el caso (proceso de conflictos colectivos, el proceso de impugnación de convenios colectivos, y los medios extrajudiciales de solución de conflictos) se encuentra en A. PÉREZ CAMPOS, Y. CANO GALÁN, L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI; R. Y. QUINTANILLA NAVARRO: *La implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Colección Estudios de Derecho Laboral, Thomson-Civitas, 2007, pp. 277 y ss.

⁶⁴² Capítulo VIII del Título II del Libro II del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

⁶⁴³ Art. 36.1 de la Ley 31/2006.

Por su parte, los acuerdos de la Comisión Negociadora serán susceptibles de impugnación conforme al proceso de impugnación de convenios colectivos contemplado en la LPL⁶⁴⁴: se incluyen en esta vía el acuerdo de no iniciar o dar por terminadas las negociaciones, el acuerdo de implicación, así como, en general, los acuerdos que con el órgano competente pueda celebrar la Comisión Negociadora y el órgano de representación de la SE (o, alternativamente, que puedan celebrar los representantes de los trabajadores en los procedimientos de información y consulta)⁶⁴⁵.

También debe indicarse que por medio del anteriormente señalado proceso de conflictos colectivos se tramitarán igualmente los siguientes litigios⁶⁴⁶:

1. La impugnación de la decisión del órgano competente de atribuir carácter confidencial o de no comunicar determinadas informaciones a los miembros de la Comisión Negociadora, del órgano de representación de los trabajadores y, en su caso, a los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta, tal y como se señaló con anterioridad⁶⁴⁷. En este caso, el Juez o Sala deberán adoptar las medidas necesarias para salvaguardar el carácter confidencial o secreto de la información de que se trate.

2. Los litigios relativos al cumplimiento por parte de los representantes de los trabajadores y por los expertos que les asistan de su obligación de confidencialidad.

En lo que se refiere al resto de cuestiones litigiosas que surjan en aplicación de la Ley española de implicación, las mismas se tramitarán por las disposiciones establecidas para el procedimiento ordinario o por la modalidad procesal que corresponda, según la naturaleza de las mismas, de acuerdo con la LPL.

Asimismo, debe señalarse que la LPL se aplicará subsidiariamente en todo lo no previsto en este Título III de la Ley 31/2006, referido a cuestiones procesales⁶⁴⁸.

Por último, todo lo relativo a los procedimientos judiciales que hemos visto se entiende sin perjuicio del derecho de las partes a acudir a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos⁶⁴⁹. Hay, por tanto, un reconocimiento expreso en la Ley española del derecho de las partes a resolver por medios extrajudiciales los conflictos que pudieran surgir al aplicar la propia Ley 31/2006.

⁶⁴⁴ Capítulo IX del Título II del Libro II del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

⁶⁴⁵ Art. 36.2 de la Ley 31/2006.

⁶⁴⁶ Art. 36.3 de la Ley 31/2006.

⁶⁴⁷ *Vid. supra*.

⁶⁴⁸ Art. 37 de la Ley española de implicación.

⁶⁴⁹ Art. 38 de la Ley española de implicación.

Ante la ausencia de previsiones más específicas contenidas en la Ley de implicación, se deberá estar en este punto a lo dispuesto por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LPL, y demás normativa existente sobre los procedimientos de mediación y arbitraje.

5.5.5. Infracciones Laborales.

Debe señalarse que la Disposición Final 1ª de la Ley 31/2006 viene a operar una modificación del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), y ello en los siguientes tres aspectos:

1. En primer lugar, se añade un apartado 12 al artículo 2 de la LISOS que, referido a la concreción de los sujetos responsables de las infracciones, esto es, a los sujetos activos a los que puede imputarse responsabilidad administrativa, contempla como tales a:

- a) a las SE con domicilio social en España,
- b) a las sociedades, entidades jurídicas y, en su caso, las personas físicas domiciliadas en España que participen directamente en la constitución de una SE,
- c) así como a las personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes titulares de los centros de trabajo situados en España de las SE y de sus empresas filiales, y de las sociedades y entidades jurídicas participantes, cualquiera que sea el Estado miembro en que se encuentren domiciliadas⁶⁵⁰.

Éstos serán, en definitiva, los posibles sujetos responsables de las **infracciones laborales** que se produzcan en nuestro país respecto a los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos a los mismos en las normas y acuerdos, tanto nacionales como comunitarios, en los que se venga a regular la materia de la implicación en la Sociedad Europea. Se trata, a nuestro juicio, de un listado que no impide la imputabilidad a otro tipo de sujetos distintos a los señalados, siendo su finalidad esencialmente declarativa y orientadora, pues no posee un carácter cerrado ni totalmente exhaustivo. En cualquier caso, parece un listado lo suficientemente amplio como para garantizar el cumplimiento efectivo de las sanciones eventualmente impuestas, hasta el punto de que la propia inclusión en él tanto de las personas jurídicas como de las comunidades de bienes ha sido considerada por algún autor de nuestra doctrina quizás como una “licencia excesiva” por parte del legislador español en este punto⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ Disposición Final 1ª.Uno de la Ley 31/2006.

⁶⁵¹ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ et al.: *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas europeas*, op. cit. p. 269. Si bien hay que considerar que dicha inclusión sigue una línea ya existente en el ordenamiento jurídico español desde la transposición de la Directiva C.E.U. a nuestro ordenamiento jurídico. Vid. A. V. SEMPERE NAVARRO y R. MARTÍN JIMÉNEZ: “Comentarios al

Tal y como puede observarse, el sujeto sancionado por la Administración española siempre será el titular en territorio español de la sociedad o entidad correspondiente, constituyendo esto una exigencia que se deriva del denominado “principio de territorialidad” que rige la aplicación de las normas sancionatorias⁶⁵²: las normas o acuerdos que se infrinjan podrán tener una eficacia territorial o extraterritorial, pero la responsabilidad administrativa derivada de las infracciones realizadas en España solamente se podrá imputar por la Administración española competente al titular de la sociedad en nuestro país.

2. En segundo lugar, se añade también un apartado 3 al artículo 5 de la LISOS, que viene a definir las infracciones laborales en materia de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea. Se trata, por tanto, de un precepto que tiene como finalidad precisar qué se entiende por infracciones laborales a tales efectos, estableciendo un concepto al respecto:

“Son infracciones laborales en materia de derechos de implicación de los trabajadores en las sociedades europeas las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables contrarias a la Ley sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas(...) europeas, o a sus normas reglamentarias de desarrollo, a las disposiciones de otros Estados miembros con eficacia en España, a los acuerdos celebrados conforme a la Ley, y a las cláusulas normativas de los convenios colectivos que complementen los derechos reconocidos en las mismas, tipificadas y sancionadas de conformidad con esta ley”⁶⁵³.

Con esta precisión se amplían los posibles ámbitos de producción de las infracciones laborales: éstos pueden ir más allá de los límites territoriales propios de aplicación de la sanción administrativa, pero siempre y cuando tales infracciones, aún afectando a derechos de implicación recogidos y previstos conforme a acuerdos, legislaciones o convenios de origen transnacional, sean las expresamente tipificadas y sancionadas como tales por la LISOS⁶⁵⁴.

3. En tercer y último lugar, se viene a incorporar precisamente un nuevo artículo 10 bis a la LISOS, que es el dedicado expresamente a tipificar las que sean infracciones graves y muy graves en esta materia⁶⁵⁵:

artículo 2”, en AA.VV. (coord. Sempere Navarro): <<Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social>>, Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 69 y 70.

⁶⁵² Sobre el principio de territorialidad en la comisión de las infracciones, vid. M. E. CASAS BAAMONDE: “Dimensión transnacional de leyes nacionales, comités de empresa europeos y procesos y sentencias de conflictos colectivos”, *Relaciones Laborales*, nº 18, 1997, p. 4.

⁶⁵³ Disposición Final 1ª.Dos de la Ley 31/2006.

⁶⁵⁴ Cfr. E. GARRIDO PÉREZ: “Modelos de sociedades europeas y disfunciones entre el ordenamiento español y comunitario en materia de participación de los trabajadores en la empresa”, en AA.VV. (coords. Falguera Baró y Moralo Gallego): << *Derecho Social Europeo*>>, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, XXIII-2006, p. 145-146.

⁶⁵⁵ Disposición Final 1ª.Tres de la Ley 31/2006.

PARTE SEGUNDA. Cap. V: “Disposiciones varias”

1. Son “*infracciones graves*”, salvo que proceda su calificación como infracciones muy graves las siguientes conductas:

a) “*No facilitar a los representantes de los trabajadores las informaciones necesarias para la adecuada constitución de la Comisión Negociadora, en particular en lo relativo a la identidad de las sociedades o entidades jurídicas y, en su caso, personas físicas, participantes y de sus centros de trabajo y empresas filiales, el número de sus trabajadores, el domicilio social propuesto, así como sobre los sistemas de participación existentes en las sociedades o entidades jurídicas participantes, en los términos legalmente establecidos*”.

Esta primera infracción grave estaría justificada por tipificar un comportamiento que afecta al importante y operativo deber de información de los representantes de los trabajadores.

b) “*La transgresión de los derechos de reunión de la Comisión Negociadora, del órgano de representación, en su caso, de los representantes de los trabajadores (...) en el marco de un procedimiento de información y consulta, así como de su derecho a ser asistido por expertos a su elección*”.

En esta segunda infracción grave se transgreden derechos de reunión relevantes, los cuales pueden tener una importante eficacia en la consecución del fin perseguido por la normativa S.E. (garantizar la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea), y ello antes o incluso durante las negociaciones tendentes a la consecución de dicho fin.

c) “*La trasgresión de los derechos de la Comisión Negociadora, del órgano de representación de los trabajadores y, en su caso, de los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta, en materia de recursos financieros y materiales para el adecuado funcionamiento y desarrollo de sus actividades*”.

En la tercera infracción grave se pretende recoger por la norma española de implicación otras conductas distintas a las anteriores que puedan suponer también un atentado contra ciertos derechos específicos de los órganos reconocidos, y que en mayor o menor medida pueden implicar un “boicot” a la adecuada actuación de los mismos.

d) “*La falta de convocatoria, en tiempo y forma, de la Comisión Negociadora y de las reuniones, ordinarias y extraordinarias, del órgano de representación de los trabajadores con el órgano competente de la Sociedad Europea...*”.

PARTE SEGUNDA. Cap. V: “Disposiciones varias”

Como podemos observar, esta cuarta infracción se centra en exclusiva en los casos de “falta de convocatoria”, referidos tanto a la Comisión Negociadora como al órgano de representación.

e) *“La trasgresión de los derechos y garantías de los miembros de la Comisión Negociadora, de los miembros del órgano de representación, de los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta y de los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de control o de administración de una sociedad europea (...), en los términos legal o convencionalmente establecidos”.*

Por último, la quinta infracción tipificada como grave vemos que está referida en la trasgresión de los derechos y garantías que corresponden a los miembros de los diferentes órganos de los trabajadores. Como bien señala MONEREO PÉREZ al referirse a esta quinta infracción “la extensión a estos representantes de las garantías establecidas en el artículo 68 del E.T. (salvo en lo referido al crédito horario), y en los Convenios Colectivos que resulten de aplicación, hace incurrir, en caso de incumplimiento, en infracción grave”⁶⁵⁶.

2. Por su parte, son infracciones “*muy graves*” las siguientes infracciones:

a) *“Las acciones u omisiones que impidan el inicio y desarrollo de la negociación con los representantes de los trabajadores sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (...)”.*

La justificación de la calificación de tal conducta (acción u omisión) como infracción muy grave vendría justificada por afectar, de manera directa, al fin principal promovido por la normativa S.E.

b) *“Las acciones u omisiones que impidan el funcionamiento de la Comisión Negociadora, del órgano de representación de los trabajadores o, en su caso, del procedimiento de información y consulta acordado, en los términos legal o convencionalmente establecidos”.*

En esta segunda infracción muy grave se pretende, con carácter general, tipificar aquellos comportamientos que afecten a la Comisión Negociadora, al órgano de representación o al procedimiento de información y consulta acordado, cuando por la naturaleza y gravedad de los mismos lleguen a impedir el funcionamiento de tales órganos. Si el comportamiento no llega a impedir totalmente el funcionamiento de los citados órganos o el desarrollo de sus actividades correspondientes entonces tal comportamiento podría ser considerado como una infracción grave (como pueden suponer en algunos casos las conductas descritas en la letra c del apartado anterior) o incluso leve, en función de su mayor o menor trascendencia.

⁶⁵⁶ J. L. MONEREO PÉREZ et al.: *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas...*, op. cit. p. 275.

c) *“Las acciones u omisiones que impidan el ejercicio efectivo de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en la Sociedad Europea (...), incluido el abuso en el establecimiento de la obligación de confidencialidad en la información proporcionada o en el recurso a la dispensa de la obligación de comunicar aquellas informaciones de carácter secreto”.*

En este caso, la Ley española ha tratado de recoger, de manera general, cualquier comportamiento que pueda afectar significativamente a los derechos reconocidos a los trabajadores en el ámbito de la implicación, impidiendo el adecuado ejercicio de los mismos por parte de éstos.

d) *“Las decisiones adoptadas en aplicación de la Ley sobre implicación de los trabajadores en la sociedades anónimas europeas (...), que contengan o supongan cualquier tipo de discriminaciones directas o indirectas desfavorables o adversas por razón de edad o discapacidad, o favorables o adversas por razón de sexo, nacionalidad, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio, en general, de las actividades sindicales, o lengua”.*

Esta cuarta infracción muy grave vendría justificada por la necesaria protección de derechos fundamentales reconocidos, como son el de igualdad y no discriminación, pretendiendo sean sancionadas aquellas decisiones que (directa o indirectamente) supongan discriminaciones para los trabajadores.

e) *“El recurso indebido a la constitución de una Sociedad Europea (...) con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de información, consulta y participación que tuviesen, o de hacerlos ineficaces”.*

La utilización fraudulenta de la forma jurídica de S.E. justifica que tal recurso a la misma sea considerado por la norma española, de manera expresa, como una infracción muy grave, recogida en el último supuesto, pues queda prohibido el nacimiento de este tipo de sociedad con el propósito no sólo de privar a los trabajadores de sus correspondientes derechos de implicación, sino también cuando se pretenda con ella hacerlos ineficaces.

A estas conductas, expresamente tipificadas como “muy graves” por la Ley española de implicación, habrá que añadir las acciones u omisiones tipificadas (como “graves”) en el apartado anterior, cuando por las características agravadas que concurran en las mismas proceda su calificación como muy graves.

En nuestra opinión, partiendo de que los incumplimientos empresariales que se pueden producir son muy variados y numerosos, consideramos que no están contenidos en el listado señalado todos los que hipotéticamente son posibles en la materia que nos ocupa aunque sí, ciertamente, los más relevantes.

Entendemos que, en este punto, el legislador ha pretendido fundamentalmente seleccionar, tipificar y calificar aquellos incumplimientos empresariales dignos de ser objeto de sanción, sin descartar otros posibles. De hecho, el legislador se ha limitado a la calificación de las infracciones a graves o muy graves, por lo que no se ha planteado la posibilidad de tipificar las infracciones de carácter leve.

Por otro lado, debe también precisarse que, si bien la definición de las infracciones y su calificación se contienen en la Ley española, las obligaciones cuya trasgresión se tipifica como conducta antijurídica pueden provenir tanto de la propia Ley española, como de las disposiciones de otros Estados miembros, legales o convencionales, de transposición de la Directiva S.E.

Por último, entre las críticas que podrían hacerse a estos preceptos se encuentra el alto grado de abstracción (en comparación con las infracciones consideradas como “graves”) introducido en la descripción de las conductas tipificadas como infracciones “muy graves” por la Ley 31/2006, así como la calificación como infracción “muy grave” de las conductas contenidas en la letra d del número 2 del nuevo artículo 10 bis de la LISOS consistentes en “*discriminaciones (...) favorables (...) por razón de sexo...*”. Como tuvo ocasión de puntualizar en su correspondiente dictamen el Consejo Económico y Social⁶⁵⁷, en ocasiones las medidas tendentes a eliminar las situaciones de discriminación que sufren las mujeres por razón de su sexo no sólo no deberían ser sancionadas sino que habrían de ser apoyadas directamente.

⁶⁵⁷ CES: Dictamen núm. 3, sobre el Anteproyecto de Ley sobre Implicación de los Trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas, Sesión ordinaria del Pleno de 18 de mayo de 2005, p. 5.

-PARTE TERCERA-

***LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA
SOCIEDAD EUROPEA: SÍNTESIS Y CONCLUSIONES***

PARTE TERCERA: LA IMPLICACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA SOCIEDAD EUROPEA: SÍNTESIS Y CONCLUSIONES.

CAPÍTULO I.- “SÍNTESIS Y CONCLUSIONES SOBRE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA DIRECTIVA 2001/86/CE”.

CAPÍTULO II.- “SÍNTESIS Y CONCLUSIONES SOBRE LA LEY 31/2006”:

2.1. LA LEY 31/2006 COMO NORMA DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA S.E.: REFERENCIA A SU PROCESO DE ELABORACIÓN Y ESTRUCTURA DE LA MISMA.

2.2. CONCRECIONES, APORTACIONES Y NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 31/2006, EN RELACIÓN A LA DIRECTIVA S.E.: 2.2.1. *En el Título Preliminar*; 2.2.2. *En el Título I*; 2.2.3.; *En el Título II*; 2.2.4. *En el Título III*; 2.2.5. *En la Disposición Adicional Primera*; 2.2.6. *En la Disposición Final Primera*.

2.3. EL PRINCIPIO “ANTES-DESPUÉS” EN LA LEY ESPAÑOLA DE IMPLICACIÓN.

2.4. ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES.

CAPÍTULO I.- “SÍNTESIS Y CONCLUSIONES SOBRE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA DIRECTIVA 2001/86/CE”.

Después de estar cerca de tres décadas en el punto de mira del legislador comunitario, el Estatuto para una Sociedad Europea vería por fin su luz mediante el Reglamento 2157/2001 y su complementaria Directiva 2001/86, ambos con fecha de 8 de octubre.

La aparición de un nuevo tipo jurídico societario de carácter europeo, como es la Sociedad Anónima Europea, obedece a un intento que procura facilitar tanto las operaciones de concentración y colaboración transfronteriza dentro de la Unión Europea, como la reorganización de empresas presentes, vía filiales, en los diversos Estados de la misma. La propia realización del mercado interior y la consiguiente eliminación de obstáculos a los intercambios comerciales justificaban la necesidad de tan esperada regulación. Por ello, la regulación comunitaria de la Sociedad Europea permitirá la constitución y funcionamiento de sociedades anónimas de dimensión europea bajo un régimen jurídico único, tratando de evitar de esta forma los obstáculos que tradicionalmente se derivaban de la aplicación territorial de las normas nacionales relativas a las mismas y que hacían que, obligatoriamente, las empresas que operasen en varios Estados miembros de la Unión Europea tuviesen que adoptar, en cada uno de los Estados en los que precisamente operasen, una forma jurídica determinada con un régimen jurídico diferenciado. En definitiva, con este nuevo tipo de sociedad se pretende favorecer la correspondencia entre unidad económica y unidad jurídica en el marco empresarial transnacional.

Conforme a la regulación contenida en el Reglamento S.E., la *Societas Europaea* aparece a la realidad empresarial comunitaria como una sociedad por acciones, cuyo capital suscrito no podrá ser inferior a 120.000 euros, con personalidad jurídica propia, y constituida mediante alguna de las modalidades previstas en el artículo 2 del mismo, o sea: a) por “*fusión*”, de al menos dos sociedades constituidas bajo el ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes; b) mediante la creación de una sociedad “*holding*”, por al menos dos sociedades sujetas cada una de ellas al ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros o que tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes; c) mediante la constitución de una “*filial común*”, por al menos dos sociedades sujetas cada una de ellas al ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros o tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro desde, por lo menos, dos años antes; d) finalmente, por “*transformación*” de una sociedad con domicilio social y administración central en la Comunidad, siempre que haya tenido una filial sometida al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro, al menos, durante dos años antes.

Pero, en ningún caso la Sociedad Europea supone una fórmula impuesta, sino que viene a comparecer ante el mundo del derecho como una entidad de carácter opcional para las sociedades participantes en su constitución; o sea, un tipo societario facultativo y nuevo que se viene a sumar a los tipos ya existentes en las legislaciones nacionales de cada Estado miembro. Al garantizarse en la constitución de una Sociedad Europea la consabida “implicación de los trabajadores” simplemente se ha pretendido vincular la libre elección realizada en favor de dicha forma jurídica societaria por las empresas partícipes en su constitución a la consecución de una serie de obligaciones en materia de implicación de los trabajadores que prestarán sus servicios en ella, y no tanto establecer una serie de obligaciones generales para empresas preexistentes¹.

En cualquier caso, la aparición de este nuevo tipo de sociedad, la Sociedad Europea, ha vuelto a poner de nuevo de cierta actualidad la tradicional problemática de la participación de los trabajadores en la empresa, al menos en el ámbito comunitario. Como hemos podido comprobar a lo largo de esta Tesis doctoral, la participación de los trabajadores en la empresa, y toda la problemática conexas a ella, se ha configurado como una de las señas de identidad propias del Derecho Social Comunitario (en este sentido, no parece demasiado exagerado afirmar que ha sido el “caballo de batalla” dentro de la política social comunitaria), el cual se ha visto influido en este punto por las diferentes tendencias a nivel supraestatal que en cada época se han venido sucediendo en la materia, así como por la diversidad de legislaciones y prácticas que, con diverso nivel de intensidad, han existido históricamente en los diferentes Estados miembros a la hora de abordar la implicación del personal en las sociedades capitalistas; de hecho, la diversidad y heterogeneidad de los diversos sistemas nacionales de representación de los trabajadores ha sido uno de los principales obstáculos, sino el mayor, que dificultaban una regulación pacífica de la materia que nos ocupa. De lo que no cabe casi duda es de que el derecho de los trabajadores a ser informados y consultados respecto de la toma de las decisiones empresariales y, eventualmente, la posibilidad de poder incluso participar en dicho proceso en mayor o menor medida, se ha configurado, ya desde hace tiempo, como elemento clave en la política social comunitaria².

Pero, si a la hora de abordar el tema de la participación de los trabajadores (en un sentido amplio) el legislador comunitario adoptó al principio una estrategia armonizadora y uniforme, con el paso del tiempo dicha estrategia fue dando paso a otra en la que se otorga preferencia a la autonomía colectiva de los sujetos implicados a la hora de determinar el contenido y las modalidades prácticas de ejecución de la participación del personal en la empresa, y en la que la consecución de la uniformidad fue cediendo terreno frente al intento de buscar nuevas fórmulas que permitiesen conciliar y respetar al mismo tiempo las diversas legislaciones y prácticas internas vigentes en los Estados miembros. Se trata por tanto de una tendencia, la actualmente existente en la materia, mucho más proclive a

¹ F. VASQUEZ: *La participación de los trabajadores...*, p. 929.

² Así lo viene a establecer, al menos respecto a la información y consulta, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión cuando consagra el “Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa” en su art. II-27. Más recientemente, el Tratado por el que se establece una Constitución Europea establecía en su art. II-87 que “deberá garantizarse a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación, en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales”.

coordinar y proporcionar unos principios mínimos comunes que a llevar a cabo una labor de estricta armonización.

Esta tendencia va a tener su claro reflejo en la propia Directiva 2001/86, la cual, como viene a señalar TERRADILLOS ORMAETXEA, se asemeja más a “un reglamento de coordinación que a una directiva armonizadora”³, dados los variados modelos que la misma ofrece, además de la disponibilidad que la autonomía de las partes negociadoras puede introducir en el acuerdo por el que se fije la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea, en el caso en el que tal acuerdo se alcance: en virtud del efecto de los denominados principios de subsidiariedad y proporcionalidad, inspiradores del Derecho Social Comunitario vigente en la actualidad, son las propias sociedades constituyentes de la SE y los representantes de sus empleados quienes, en cada caso concreto, están llamados a completar el régimen de implicación previsto en la Directiva 2001/86, mediante un proceso reglado de negociación.

De esta manera, podemos afirmar que los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en la Sociedad Europea quedan definidos por un complejo régimen (sobre el cual se ha llegado a afirmar que constituye el “paradigma del nuevo derecho social europeo”⁴), determinado por tres instancias diferentes: la instancia legal-comunitaria (Reglamento y Directiva S.E.), la instancia legal-estatal (normas de transposición, en España la Ley 31/2006) y, finalmente, una importante instancia negocial (los llamados “acuerdo de implicación”). Estas tres instancias son fiel reflejo de la necesidad que la experiencia de intentos anteriores había puesto de manifiesto; había quedado suficientemente demostrado que la única oportunidad para alcanzar el consenso necesario que permitiese poner en marcha la *Societas Europaea* pasaba por la necesidad de conceder tanto a los Estados miembros como a las partes implicadas un considerable margen de actuación, margen que debía respetar, eso sí, los principios comunes del Derecho Comunitario y los derechos de implicación de los trabajadores previamente reconocidos, pues la solución más rigurosa consistente en imponer un modelo armonizado de implicación que diese forma y viniese a completar la aparición de un tipo societario único en toda la Unión Europea había fracasado repetidamente.

En efecto, descartado casi totalmente el intento armonizador (la Propuesta de Vª Directiva quedó en vía muerta, y las Propuestas anteriores de Estatuto de Sociedad Europea se habían sucedido sin éxito), la aproximación a la cuestión participativa en el ámbito de la Unión Europea se desarrolla en la actualidad sobre la realización de procedimientos legislativos “a la baja”, con los que al menos se trata de conseguir el consenso de unos mínimos en la materia, que permitan mantener aún a flote el viejo sueño de la llamada “democracia industrial” en las empresas europeas, quizás a la espera de intentos más exigentes en la Europa comunitaria a medio y largo plazo.

El hecho de que la aproximación hacia la materia participativa en la Unión Europea se realice ahora simplemente sobre la base de la incentivación y puesta en marcha de procedimientos que permitan promocionar el concepto de implicación de los trabajadores

³ E. TERRADILLOS ORMAETXEA: *La participación de los trabajadores en la transposición de la Directiva sobre la Sociedad Anónima Europea...*, op. cit. p. 1059.

⁴ F. VALDÉS DAL-RÉ: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea...*, op. cit. p. 149.

en la gestión de las sociedades, se orienta hacia la necesidad de concienciar acerca de la importancia que tal implicación, con mayor o menos intensidad, supone no sólo para el personal sino también para el desarrollo económico de la propia empresa, y permite no abandonar el sueño, quizás utópico, de que una verdadera democracia industrial pueda ser algún día la seña de identidad del modelo social europeo⁵.

En este sentido, el concreto marco configurado por las tres Directivas en materia de participación de los trabajadores -la Directiva CEU 94/45, la Directiva SE 2001/86 y la Directiva 2002/14- (las denominadas “*three sisters*” por BLANPAIN), todavía retiene en su interior, según el citado autor, el espíritu de cooperación que debe animar las relaciones entre trabajadores y empresarios⁶, relaciones en las que la negociación colectiva está llamada cada vez más a desempeñar un papel fundamental. Como señala FÉRNANDEZ DOCAMPO, con estas tres Directivas se inicia y desarrolla una nueva visión y ordenación de la representación de los trabajadores, sus derechos de información, consulta y participación, que junto a la relevancia otorgada a la negociación colectiva y al diálogo social en la empresa, avalan, al menos, el reconocimiento de una nueva dimensión comunitaria del Derecho del Trabajo⁷.

El nuevo camino lo iniciaría la Directiva 94/45, sobre Comités de Empresa Europeos, que podemos decir que constituye la base de las posteriores regulaciones del régimen de implicación de los trabajadores contenidas en la Sociedad Anónima Europea (Directiva 2001/86/CE) y en la Sociedad Cooperativa Europea (Directiva 2003/72/CE), al ser la primera que presenta una serie de elementos comunes que después, con las lógicas diferencias de fondo, van a ser retomados en las posteriores Directivas indicadas. Su ámbito de aplicación, determinado por un “criterio transnacional”, e igualmente dirigido a un escenario transnacional en el camino hacia la consecución de un espacio jurídico común en toda la Unión Europea, sería el primero de estos elementos comunes⁸. Contemplar la constitución de un órgano específico de representación de los trabajadores con, al menos, facultades de información y consulta, sería el segundo de ellos. Por último, el recurso a la negociación colectiva para su aplicación en distintos ámbitos de ordenación, así como el amplio papel concedido a la misma, constituye el tercero de tales elementos, los cuales van a estar presentes en las tres Directivas citadas.

⁵ M. WEISS: “La partecipazione dei lavoratori nella Comunità europea”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, nº. 1/XVI, 2004, p. 171.

⁶ R. BLANPAIN: *Involvement of the Employees in the European Union*, Kluwer, London, 2002, pp.16-17.

⁷ B. FERNÁNDEZ DOCAMPO: *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, núm. 169, 2006, p. 202.

⁸ Como señala Fernández Docampo, ello va a suponer la “supresión de fronteras en el reconocimiento y ejercicio de los derechos de participación de los trabajadores en los distintos Estados miembros, si bien sin renunciar a la diversidad preexistente”. Cfr. B. FERNÁNDEZ DOCAMPO: *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, p. 137. Como también cita esta autora, sobre este espacio jurídico común (que no Derecho común, al estilo del viejo *ius commune europeo*) iniciado por la Directiva 94/45/CE), *vid.* M. E. CASAS BAAMONDE: “Dimensión transnacional de leyes nacionales, comités de empresa europeos y procesos y sentencias de conflictos colectivos”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1997, p. 28.

Respecto a este tercer último elemento común, debemos recalcar cómo en las tres Directivas se confiere a la autonomía colectiva de sujetos negociadores transnacionales la vía preferente en la fijación de las correspondientes modalidades de implicación del personal, relegándose a las propias fuentes legislativas (las tres Directivas) a una función de carácter subsidiaria⁹: las disposiciones contenidas en las mismas se suelen limitar a proporcionar un cuadro de prescripciones mínimas, de carácter eminentemente procedimental (de un lado, se pretende con ello ordenar el proceso de negociación y, por otro lado, las mismas tratan de garantizar que el acuerdo que se alcance tenga un contenido mínimo para su reconocimiento en el espacio europeo) que deben ser respetadas en todos los acuerdos que se alcancen, y sólo en defecto de acuerdo entre las partes o cuando así lo decidan las propias partes negociadoras serán de aplicación una serie de disposiciones subsidiarias o de referencia contenidas en los correspondientes Anexos de ellas.

En todo este contexto y sobre la base de todos esos elementos comunes se sitúa también, y por tanto, la Directiva S.E. De hecho, tanto su estructura como, en relativa medida, su contenido muestran un cierto paralelismo con la Directiva relativa al Comité de Empresa Europeo, si bien la aplicación de nuestra Directiva va a primar sobre la de la aplicación de la Directiva C.E.U., por lo que podríamos hablar de la existencia de una relación de “*subsidiariedad aplicativa*” entre ambas, pues la regulación contenida en la Directiva C.E.U. sólo es de aplicación a aquellas sociedades a las que no les resulten de aplicación las reglas de la Directiva S.E.¹⁰. Con la consagración de la primacía de esta norma frente a la Directiva 94/45 se quiere garantizar la igualdad de todos los trabajadores, puesto que se pretende que ningún grupo de trabajadores de la Sociedad Europea se vea privado del procedimiento de información y consulta a nivel comunitario establecido en la Directiva 2001/86 y, al mismo tiempo, se trataría también de evitar la dualidad o superposición de instancias de representación transnacionales en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria¹¹.

Si el nuevo camino hemos visto como lo inicia la Directiva 94/45, también se ha señalado como para algunos autores de nuestra propia doctrina española la posterior Directiva 2001/86 se ha convertido en la esencia y el “paradigma” del nuevo derecho social comunitario¹², pues en la Directiva S.E. tienen reflejo todos los principios y tendencias de ese nuevo derecho social comunitario: proporcionalidad, subsidiariedad (*horizontal* y *vertical*), la renuncia del legislador comunitario a la “homogeneidad” y a la idea de

⁹ F. I. GUARRIELLO: “I comitati aziendali europei (Il ruolo della contrattazione collettiva nell’attuazione della Direttiva comunitaria n. 94/45)”, *DL*, n. I, 1996, p. 3.

¹⁰ Recuérdese como la propia Directiva S.E. ya advertía que “cuando se trate de una empresa de dimensión comunitaria o de una empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria con arreglo a la Directiva 94/45/CE”, no se le aplicarán, ni a ella ni a sus filiales, las disposiciones de dicha Directiva ni las disposiciones que las incorporen a sus derechos nacionales.

¹¹ No obstante, recuérdese también que hay una excepción: la Comisión Negociadora puede adoptar la decisión de no iniciar negociaciones o dar por terminadas las negociaciones ya iniciadas, supuesto en el cual la Directiva 94/45 y sus normas de implementación cobran el carácter de regulación aplicable, desplazando a las disposiciones de referencia de la Directiva 2001/86. Se ofrece así a los representantes de los trabajadores la posibilidad de que rijan sus relaciones colectivas a escala europea según las disposiciones de incorporación de la Directiva C.E.U., si creen que éstas les resultan más favorables.

¹² Entre otros, el ya aludido anteriormente Valdés Dal-ré. F. VALDÉS DAL-RÉ: *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea...*, op. cit. p. 149.

implantar un modelo de implicación único y, por último, la finalidad de garantizar una protección mínima de los derechos de información y consulta a escala europea procurando conservar los derechos de participación allí donde previamente hubieran existido, son un fiel reflejo de ello.

Si tuviéramos que destacar cuál ha sido el principal merito de la Directiva que nos ocupa éste consistiría, en nuestra modesta opinión, en haber logrado establecer una imaginativa solución de compromiso al siempre delicado tema de la “implicación” de los trabajadores, que pudo ser aceptada finalmente por todos los Estados de la Unión Europea. Esta solución novedosa, con la que se logra cumplir los propósitos marcados para la Directiva S.E. (y hacerlo además de una manera respetuosa con esos principios comunitarios de proporcionalidad y subsidiariedad a los que la misma obedece), consiste, como hemos podido apreciar a lo largo de esta Tesis, en dos cuestiones; con la primera de ellas se conseguiría contentar a Holanda y Alemania, con la segunda se tranquilizaría a Gran Bretaña y a otros países¹³, lográndose de esta manera sortear los tradicionales choques de intereses entre Estados miembros que habían bloqueado siempre la consecución de la esperada regulación del nuevo tipo societario europeo.

Estas dos cuestiones aludidas son, de manera sintética, las siguientes:

- por un lado, la necesidad de configurar alguna forma de implicación de los trabajadores en la SE, si la misma quiere ser constituida, de tal forma que la implicación de los trabajadores aparezca como un elemento de necesaria y obligada concurrencia para que se dé la posibilidad de constituir el nuevo tipo jurídico societario europeo (retomando la conocida idea de “*pas de société européenne sans une certaine forme de participation*”);
- por otro lado, la determinación de dicha forma de implicación es algo que se decidirá mediante negociación por las partes correspondientes, pudiendo ser dicha implicación incluso mínima, pero debiendo respetarse en gran medida los derechos adquiridos por los trabajadores en las sociedades preexistentes (principio “*antes-después*”).

El reconocimiento de derechos de implicación de los trabajadores en una Sociedad Europea (derechos de información, consulta y, en su caso, derechos de participación, que a estos efectos les sean reconocidos), bien a través del modelo convencionalmente acordado por las partes, o bien a través de la aplicación del modelo legal subsidiario previsto, conforma, por tanto, uno de los presupuestos constitutivos necesarios para su creación: sin implicación, ni autónoma, ni heterónoma, no será posible el registro de la SE en el Estado miembro de su domicilio social ni, por tanto, será posible la correspondiente adquisición de personalidad jurídica. Para la consecución de dicho fin, la implicación del personal en la sociedad, cualquiera que sea la modalidad elegida para la constitución de una SE (por

¹³ Autores como Weiss expresaban, no hace mucho tiempo, su temor ante las dificultades que las empresas alemanas, consideradas como paradigma de la “participación”, pudieran tener para encontrar socios con los que poder fusionarse en otros países, reconociendo su incapacidad para reconocer el modelo de participación que regiría en el futuro, o que se impondría sobre los demás. M. WEISS: “The future of Workers’ Participation in the EU”, en AA.VV: <<*The future of Labour Law*>>, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 249 y 251.

fusión, por transformación, holding o filial común), la norma comunitaria asegura la intervención de los trabajadores ya desde el momento inicial del proceso, al exigir a los promotores del proyecto de constitución el cumplimiento del deber de dar cuenta inmediata del mismo a los representantes laborales con el fin de que se constituya una Comisión Negociadora, de modo que ésta pueda discutir y negociar con los órganos correspondientes de las sociedades participantes los derechos de implicación de los trabajadores en la futura Sociedad Europea.

Pero si en la Directiva C.E.U. ya se privilegiaba a la negociación colectiva como instrumento regulador de los derechos de información y consulta de los trabajadores, podemos afirmar que más aún se va a favorecer dicho instrumento en la Directiva S.E.¹⁴, el cual va a aparecer como eje del sistema que ésta configura, dándose prioridad al hecho de que las partes negociadoras alcancen un “*acuerdo de implicación*”. En este sentido, el legislador comunitario ha establecido en la Directiva 2001/86 que sean las propias partes interesadas, o sea, las sociedades partícipes de la constitución de la SE y los representantes de los trabajadores de ellas dependientes, las que establezcan con carácter prioritario el régimen de implicación que se ha de aplicar a la Sociedad Europea futura. Esta técnica comunitaria, consistente en dar prioridad a los acuerdos por vía de la negociación colectiva, responde al principio de “subsidiariedad horizontal”, y cumple con la idea de que cada materia se pueda regular por los sujetos idóneos para alcanzar el objetivo propuesto, consecuencia inmediata del propio principio de subsidiariedad que, por tanto, tiene su reflejo en la propia Directiva S.E. Hay, en definitiva, una preponderancia en la norma comunitaria del protagonismo de las partes sociales respecto del papel llamado a desempeñar por el legislador nacional.

De este modo, y en coherencia con lo expuesto, si se alcanza el acuerdo de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea quedan excluidas las disposiciones de referencia del Anexo de la norma comunitaria, salvo que dichas partes hayan decidido remitirse de manera expresa a su contenido. Eso sí, el acuerdo debe contener, como sabemos, una serie de menciones (ámbito de aplicación, fecha de entrada en vigor, duración, casos de renegociación del mismo, y procedimiento de renegociación), aunque todo ello sin perjuicio también de la “*autonomía de las partes*” (como oportunamente se puso también de manifiesto, por lo que estrictamente hablando, y como también oportunamente se señaló, entendemos que lo realmente obligatorio en el acuerdo es la determinación y configuración adecuada del modelo de implicación querido para los trabajadores en la SE), pudiendo consistir dicho acuerdo de implicación en:

1. La constitución de un “*órgano de representación*”, por medio del cual queden organizadas la información y la consulta, debiendo el acuerdo contener además en este supuesto la composición del mismo, el número de miembros y la distribución de los puestos, sus atribuciones y el procedimiento previsto para la información y consulta a dicho órgano de representación, la frecuencia de sus reuniones, así como los recursos financieros y materiales al mismo asignados.

2. La fijación de “*uno o más procedimientos de información o consulta*”, en cuyo caso será preciso que se determinen las modalidades de aplicación de tales procedimientos.

¹⁴ Sobre esta cuestión, vid. el informe del CES: *El estatuto de la sociedad anónima europea y la implicación de los trabajadores*, BORI, n. 46, 2001, p. 2.

3. Por último, los negociadores pueden acordar el establecimiento de “*normas de participación*” de los trabajadores en la Sociedad Europea; en este tercer caso el acuerdo también contendrá los aspectos sustanciales de dichas normas, tales como el número de miembros del órgano de administración o de control de la SE que podrán elegir, designar, recomendar u oponerse a su designación, los procedimientos para el ejercicio de estas facultades, y el contenido de sus derechos.

Esta última posibilidad, la implicación de los trabajadores a través de la institución de la participación, sería la de mayor intensidad, pero la misma no es necesariamente alternativa a la constitución de un órgano de representación de todo el personal de la SE: puede ocurrir que el órgano de representación aparezca como la vía posible que permite el ejercicio de aquella¹⁵, o puede ocurrir también que el acuerdo reconozca a los trabajadores derechos de participación en los órganos de la SE, sin pactar simultáneamente la creación de un órgano de representación¹⁶.

Y es que, como dijimos en su momento¹⁷, las relaciones entre la primera y segunda modalidad con la tercera opción son relaciones de complementariedad: en esta tercera opción (*establecimiento de normas de participación*) se trata de añadir, al cauce elegido de entre los dos primeros, derechos de participación, mientras que la relación entre la primera opción (*órgano de representación*) y la segunda (*procedimientos no institucionalizados de información y consulta*) es una relación de alternancia. En definitiva, durante el curso de las negociaciones las partes negociadoras pueden optar o por la primera o por la segunda modalidad, pero lo que no pueden hacer es prescindir de ambas, so pena de no alcanzar un acuerdo de implicación, pues en todos los casos de constitución de una SE deberán quedar asegurados los procedimientos de información y consulta de manera transnacional.

Las prescripciones contenidas en el Anexo de la norma comunitaria serán de aplicación, volvemos a insistir, en el caso en que no se logre alcanzar el acuerdo de implicación señalado (en el plazo máximo de un año), o cuando las partes hayan decidido remitirse de manera expresa a su contenido. Este modelo de referencia, configurado en el Anexo de la Directiva S.E., será de aplicación cualquiera que sea el país en el que la SE tenga su sede y debe ser recogido en las correspondientes normas nacionales de transposición de la Directiva, circunstancia que en el caso español se ha producido con la Ley 31/2006, sobre implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España.

Efectivamente, los Estados miembros en los que se sitúe la sede social de la SE han de establecer disposiciones de referencia sobre la implicación de los trabajadores, las cuales

¹⁵ Así se desprende de la definición normativa del “órgano de representación de los trabajadores”, contenida en el art. 2. letra f, de la Directiva 2001/86/CE, como órgano constituido para llevar a cabo “la información y consulta de los trabajadores” de la SE y de sus filiales o establecimientos situados en la Comunidad, y en su caso, “para ejercer los derechos de participación”.

¹⁶ Este no es otro que el sentido del concepto de “participación” previsto en el art. 2, letra k, de la Directiva 2001/86, al definirla como “la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores en una sociedad...”.

¹⁷ *Vid. infra.*

deberán cumplir los requisitos establecidos en el Anexo de la Directiva 2001/86. Estas disposiciones tienen un carácter subsidiario, viniendo a actuar sobre todo como una especie de red de seguridad que tiene como finalidad garantizar el cumplimiento del objetivo de la Directiva S.E. en el caso de que la negociación de un acuerdo de implicación de los trabajadores fracase, si bien se trata de una situación reversible pues transcurridos cuatro años desde la constitución del órgano de representación correspondiente (solución prevista en las disposiciones subsidiarias o de referencia) tras el fracaso del proceso negociador, éste puede decidir iniciar nuevas negociaciones.

La aplicación de las normas de referencia, en aquellos casos que tal aplicación proceda, va a llevar consigo lo siguiente:

- La constitución de un órgano de representación de los trabajadores en la SE;
- La atribución al mismo de funciones de información y consulta;
- Y, en su caso, la participación en el órgano de administración y control de la SE.

Se impone en este supuesto, por tanto, la creación de un “*órgano específico de representación de los trabajadores*” en cuyo seno harán realidad los trabajadores sus derechos de información y consulta y, en su caso, de participación (esto último dependerá de la existencia de mecanismos de participación previos a la constitución de la SE, debiendo tenerse en cuenta además cuál ha sido la forma de constitución de la Sociedad)¹⁸, y que se regirá por las reglas dispuestas al efecto en el Anexo de la Directiva S.E., al que le serán de aplicación las disposiciones de referencia del Estado en el que la Sociedad Europea tenga su sede.

Una vez salvada la cuestión central del reconocimiento de los derechos de implicación de los trabajadores en la gestión de la Sociedad Europea, otra de las grandes preocupaciones comunitarias se centraba en la salvaguarda de los derechos que venían disfrutando los trabajadores hasta ese momento en sus empresas. En este sentido, la protección de los derechos adquiridos se configura no sólo como un principio jurídico que marca la orientación de la Directiva S.E., sino también como un objetivo a conseguir.

Es por ello por lo que el analizado principio “*antes-después*” aparece en el eje del sistema de implicación de los trabajadores instituido por la Directiva 2001/86, si bien no puede tampoco afirmarse que la intangibilidad de los derechos de implicación que se vinieran disfrutando por parte de los trabajadores sea absoluta: pese a la afirmación más o menos insistente del “principio antes-después”, en la práctica la clave estará probablemente en la propia negociación del modelo de implicación, dada especialmente la diversidad de realidades preexistentes. En este sentido, puede afirmarse que la operatividad del “principio antes-después” como límite a la autonomía colectiva es, desde luego, menor que la operatividad que dicho principio va a tener en las denominadas disposiciones subsidiarias o de referencia, ámbito en dónde va a producir sus principales y mayores efectos. También podemos afirmar que el rigor casi máximo y total con que el “principio antes-después” (como cláusula de “no retroceso”) se anuncia y anticipa en los Considerandos de la

¹⁸ En este sentido, es preciso señalar que en todas las SE éste órgano dispondrá como mínimo de las competencias de información y consulta a las que se refiere la Directiva, y tendrá atribuido el derecho de participación en los casos previstos en la Directiva y en los términos enunciados en la Parte 3ª del Anexo de la misma.

Directiva 2001/86 luego se matizará más en el desarrollo del articulado de la misma¹⁹, en donde incluso aparecerán una serie de excepciones, dándose determinados requisitos, al mantenimiento de los derechos adquiridos por los trabajadores previamente a la constitución de la Sociedad Europea.

Si siguiendo a ARRIGO se puede afirmar que el “principio antes-después” es la columna que sostiene la normativa sobre implicación, y que la sombra de dicha columna se proyecta protegiendo los derechos adquiridos por los trabajadores²⁰, no es menos cierto que finalmente podemos afirmar que será la negociación colectiva la que, en cierto modo, resulte clave a la hora de determinar lo que realmente haya ocurrido con los derechos de implicación de los trabajadores de las sociedades participantes en una SE ya constituida.

En efecto, como hemos señalado, el “principio antes-después” limita escasamente la autonomía colectiva a la hora de fijar los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea, evidenciando su potencial de una manera más intensa en relación con las disposiciones de referencia. Respecto a la operatividad del “principio antes-después” como limitador de la autonomía negocial, pese a las intensas declaraciones contenidas en los Considerandos de la Directiva S.E., tal limitación es más virtual que real, pues en el articulado de la Directiva comunitaria se ha establecido una amplia libertad para la negociación colectiva, de forma que, como en algún caso se ha puesto de manifiesto, el citado principio “apenas dispone de juego aplicativo en este caso”²¹.

Ahora bien, el señalar que el “principio antes-después” no tenga un gran juego aplicativo en el caso de la autonomía colectiva no significa que el mismo no la limite en algún que otro supuesto. Hay una casi total unanimidad a la hora de afirmar que es en el supuesto de una SE por transformación donde tal principio va a tener un reflejo mayor, si bien entendemos que centrado especialmente (aunque no de manera exclusiva, dado lo que inmediatamente a continuación indicamos) en los derechos de participación de los trabajadores²². Además, en el caso de SE por transformación, el nivel de “implicación” acordado deberá ser “al menos equivalente al de todos los elementos de implicación en la sociedad que vaya a transformarse en SE”²³. Por el contrario, en el caso de las SE constituidas por fusión, creación de una SE holding o filial común el legislador comunitario permite incluso la posibilidad de que, con ciertos requisitos, las partes negociadoras puedan acordar una reducción de los derechos de participación, consistente en fijar una proporción

¹⁹ Vid. Cdo. n° 3, Cdo. n° 11 y Cdo. n° 18 de la Directiva S.E.

²⁰ G. ARRIGO: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *RMTAS*, núm. 52, 2004, p. 15.

²¹ F. VALDÉS DAL-RÉ: *La implicación de los trabajadores...*, op. cit. p. 100.

²² Nos referimos, en concreto, a la prescripción contenida en el art. 3.6 de la Directiva S.E., en virtud de la cual la Comisión Negociadora no podrá decidir no iniciar las negociaciones o terminar las negociaciones ya iniciadas y basarse entonces en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en los que la SE tenga trabajadores en el caso de que se trate de una SE que se constituya “por transformación”, cuando existiese previamente participación en la empresa que vaya a transformarse.

²³ Recuérdese, art. 4.4 de la Directiva S.E.

de miembros de los órganos de la SE “inferior a la proporción más alta existente en las sociedades participantes”²⁴.

Pero, a pesar de lo expuesto, y tal y como hemos señalado anteriormente, es en el ámbito de las denominadas disposiciones de referencia donde el “principio antes-después” va a concentrar su principal vigor aplicativo, concretamente en los siguientes aspectos que van a estar especialmente centrados, como también hemos comentado, en los derechos de participación de los trabajadores:

1. En el caso de la SE por transformación, se garantiza la continuidad de todos los elementos de participación de los trabajadores “*si las normas de un Estado miembro relativas a la participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control se aplican antes de la inscripción*”²⁵.

2. En los demás casos de SE, se reconoce a los trabajadores de la SE, sus filiales y establecimientos o sus órganos de representación el derecho a “*elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un número de miembros del órgano de control o administración de la SE igual a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes de que se trate antes de la inscripción*”²⁶.

Debe recordarse también que los Estados miembros pueden prever que las disposiciones de referencia en materia de participación no sean de aplicación en el caso de Sociedades Europeas constituidas por fusión (“*cláusula opting-out*”), lo cual incide, en este supuesto, en la propia efectividad del “principio antes-después”. En esta modalidad constitutiva de S.E. mediante fusión, el legislador comunitario permite expulsar de su sistema jurídico las Sociedades Europeas susceptibles de albergar derechos participativos cuando se trate de Estados que no están dispuestos a garantizar unos derechos que pueden ser ajenos a su cultura y tradición jurídicas.

Pero si se adopta esta decisión finalmente por algún Estado, esa Sociedad Europea “por fusión” no podrá finalmente registrarse en dicho Estado. De este modo, la SE tendrá que registrarse en un Estado que no haya optado por descolgarse, o no se podrá finalmente constituir.

²⁴ Aquí podríamos apreciar la existencia de excepciones al principio “*antes-después*”, entendido éste como “cláusula de no retroceso”, pero eso sí, también debe reconocerse que se trata de unas excepciones limitadas: a tenor de la Directiva S.E. puede deducirse que lo que nunca podrá pactarse es una proporción por debajo de la que se considera más baja de todas las sociedades participantes, y el ámbito de las mismas está circunscrito no a todos los supuestos de constitución de una SE sino a las SE constituidas mediante fusión, holding, o filial común, centrándose además en los derechos de participación ex. art. 2 k) de la Directiva, lo que, en principio, excluye los derechos de información y consulta y, en general, cualquier otra forma de participación de los trabajadores. Con estas excepciones, según Garrido Pérez, el legislador comunitario lo que busca es un equilibrio entre los niveles de participación existentes con anterioridad en las sociedades implicadas de manera que no necesariamente se traslade a la nueva SE el sistema de mayor capacidad de influencia de los trabajadores. Al respecto, vid. E. GARRIDO PÉREZ: “La sociedad europea, un nuevo impulso y una nueva posibilidad de participación de los trabajadores en las empresas”, en A. BAYLOS GRAU (coord.): <<La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva>>, Editorial Bomarzo, Albacete, 2003, p. 252.

²⁵ Parte 3, letra a), Anexo Directiva S.E.

²⁶ Parte 3, letra b), Anexo Directiva S.E.

Llegado este punto de síntesis de la regulación contenida en la Directiva S.E. tampoco se puede obviar de nuevo la incidencia de la propia negociación colectiva en esta materia, pues la aplicación de las disposiciones de referencia conlleva no sólo que los órganos competentes de cada sociedad decidan la aplicación de las mismas y continuar de esa manera con el procedimiento de inscripción de la SE, sino también que la Comisión Negociadora no haya decidido terminar con las negociaciones efectuadas hasta el momento y basarse en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en los que la SE tenga trabajadores -ello, salvo en el caso de SE por transformación en la que previamente existiera participación, en donde tal decisión no podrá ser adoptada-.

Además, la Directiva S.E. sólo garantiza la aplicación de las Disposiciones de referencia para la participación en los casos de SE por fusión, holding, o filial común cuando las formas de participación preexistentes afectasen a cierto porcentaje de trabajadores sobre el total de los integrantes de las sociedades participantes, lo cual supondrá en gran medida que si los modelos de participación no tienen cierto peso en los supuestos comentados, tales modelos no tengan asegurada su propia pervivencia futura en la Sociedad Europea que se constituya. Aún más, en el caso de que ninguna de las sociedades participantes en la constitución de la Sociedad Europea estuviera regida por las normas de participación antes de la inscripción de la propia SE, ésta no estará obligada a establecer las disposiciones en materia de participación de los trabajadores.

Finalmente, cerrando la complitud que manifiesta la Directiva S.E., y ejemplo de la misma, ésta viene a contener, como hemos analizado oportunamente, una serie de disposiciones en relación con cuestiones tales como el deber de confidencialidad y reserva, la protección de los representantes de los trabajadores, o el uso indebido a los procedimientos, lo cual supone dar un oportuno cierre a la regulación jurídica ofrecida por la norma comunitaria.

Pero, a pesar de su complitud y de su contenido adaptado tanto a las tendencias actualmente vigentes en el Derecho Social Comunitario como a los principios que lo inspiran, será el paso del tiempo el que dictaminará el éxito o fracaso de la *Societas Europaea*, si bien, y en cualquier caso, consideramos que aun en el supuesto más pesimista de que la Sociedad Anónima Europea fracase como tal, y sean al final relativamente pocas las empresas que adopten este novedoso tipo jurídico-societario de Derecho Comunitario, hay algunas conclusiones positivas que, derivadas de su propia existencia y del logro europeo que ha supuesto previamente la aparición de su regulación, pueden finalmente extraerse:

1. Entendemos que el hecho de que Directivas posteriores como la Directiva 2005/56/CE sobre fusiones transfronterizas²⁷, se remita en buena parte al sistema de implicación previsto por la Directiva S.E. y por sus correspondientes normas de transposición puede significar que la preocupación en las instancias comunitarias por los

²⁷ Directiva 2005/56/CE del Parlamento y del Consejo de 26 de Octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de capital. D.O. L 310/, de 25.11.2005.

analizados derechos de información, consulta y participación trasciende al éxito o fracaso de la propia Sociedad Europea, yendo más allá de la misma.

2. La consecución, tras casi más de tres décadas de intentos, de la Sociedad Europea supone el relanzamiento y establecimiento de, al menos, un cierto grado de “democracia industrial”, la cual parece haberse consolidado como uno de los objetivos prioritarios del denominado “Modelo Social” que propone la propia Unión Europea para el Siglo XXI²⁸. El viejo sueño sigue en marcha.

3. Finalmente, y en relación con la anterior conclusión, la Directiva S.E. y la regulación que la misma establece, son un ejemplo del propósito comunitario por fomentar en el marco jurídico-económico existente en la actualidad unas relaciones industriales regidas bajo un clima mayor de cooperación, que supere el modelo netamente conflictual predominante en décadas anteriores en muchos países de la Unión Europea (como ha ocurrido en España) y que, si bien en el pasado pudo resultar de cierta utilidad, un mal menor como han venido a decir algunos autores²⁹, ahora supone un cierto lastre para el progreso económico y social en el ámbito comunitario.

²⁸ Vid. M. WEISS: “La partecipazione dei lavoratori nella Comunità europea”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, núm. 1, 2004, p. 171.

²⁹ Al respecto, vid. A. VALLEBONA: “Conflito e Partecipazione”, *RIDL*, 2005, pp. 308 y ss.

CAPÍTULO II.- “SÍNTESIS Y CONCLUSIONES SOBRE LA LEY 31/2006”.

2.1. LA LEY 31/2006 COMO NORMA DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA S.E.: REFERENCIA A SU PROCESO DE ELABORACIÓN Y ESTRUCTURA DE LA MISMA.

La Ley 31/2006, de 18 de octubre, de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas, procedió con un cierto retraso a la correspondiente transposición de la Directiva 2001/86 al derecho español. Tal transposición debería haberse producido, de conformidad con lo establecido en el artículo 70 del Reglamento 2157/2001, en relación a lo previsto en el artículo 14 de la Directiva 2001/86, a más tardar el 8 de octubre de 2004, fecha considerada como el *dies* a partir del cual debería haberse transpuesto las disposiciones contenidas en la Directiva S.E. a la totalidad de los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea, y fecha que, sin embargo, sería incumplida por la mayoría de los países comunitarios³⁰.

Son diversas las razones que explican el retraso con que se ha procedido a realizar dicha labor de transposición por los Estados destinatarios de la Directiva S.E., pero el mismo pone de manifiesto las dificultades que para los distintos Estados ha supuesto la existencia de una sociedad de Derecho Comunitario en plena concurrencia con las sociedades de derecho interno, reguladas de acuerdo con las particularidades propias y tradicionales de cada ordenamiento jurídico nacional. Por otro lado, las conocidas suspicacias y recelos que en gran parte de ellos suscitaba la cuestión de la posible participación institucionalizada de los trabajadores en los órganos de administración o de vigilancia o control de la sociedad tampoco ayudaron a la celeridad del proceso transpositivo.

La transposición de la Directiva S.E. a los derechos nacionales podía ser efectuada o bien directamente por los Estados, a través de la correspondiente actividad legislativa, o bien garantizando que los interlocutores hubiesen adoptando por vía de acuerdo, a la fecha prevista por la Directiva, las medidas precisas para preservar los derechos de los

³⁰ En este sentido, hay que destacar que a fecha de 8 de octubre de 2004, fecha prevista, únicamente seis de los veintiocho Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo había procedido a la transposición de la Directiva 2001/86. Nos estamos refiriendo, en concreto, a Austria, Bélgica, Finlandia, Dinamarca, Islandia y Suecia.

trabajadores reconocidos en la norma comunitaria³¹, pero en todo caso se configuraba como un elemento de necesaria concurrencia para la puesta en práctica de las posibilidades que crea y establece el Reglamento 2157/2001 para las organizaciones y operadores económicos autorizados, dada la imposibilidad de constituir una Sociedad Europea sin una efectiva implicación de los trabajadores en la misma³².

En el caso español, la necesidad de un acto expreso de transposición aparecía como perentoria y casi imprescindible, al carecer la legislación española de norma alguna encargada de la armonización de los instrumentos de información, consulta y participación transnacional en el marco de un tipo concreto de empresa como el que nos ocupa, la Sociedad Europea, tipo novedoso desde que en el año 2001 apareciera el Estatuto S.E. (Reglamento y Directiva), realizándose dicha transposición a nuestro ordenamiento jurídico interno mediante la consabida Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas.

Como puede observarse, el Estado español también incumplió la obligación de transponer la Directiva S.E. antes de la llegada del tiempo establecido en el artículo 14.1 de la misma (8 de octubre de 2004). Son diversas las razones que pueden explicar dicho retraso, entre ellas podríamos citar las siguientes: antes, la falta de una decidida voluntad política, por el correspondiente partido en el gobierno y con mayoría legislativa en el Parlamento, a la hora de regular una materia sobre la cual el mismo había sido uno de los que más reticencias había puesto para la aprobación del Estatuto S.E. (recuérdese lo comentado en su momento sobre la “cláusula opting-out”); después, el posterior cambio de

³¹ Ejemplo de esta posibilidad la encontramos en Bélgica. En dicho país la transposición de la norma comunitaria se ha venido a materializar por medio de un Convenio Colectivo, el Convenio núm. 84, de 6 de octubre de 2004, concluido entre los Sindicatos y Asociaciones Empresariales en el seno del Consejo Nacional del Trabajo, siendo las partes signatarias las siguientes: la Fédération des Entreprises de Belgique, les Organizations Nationales des Classes Moyennes, la Fédération Wallone de l’Agriculture, la Confédération des Syndicats Chrétiens de Belgique, la Fédération Générale du Travail de Belgique y la Centrale Générale des Syndicats Libéraux de Belgique. La entrada en vigor del Convenio se fijó para el 8 de octubre de 2004, aun cuando se le aportó obligatoriedad a este Convenio a través de un “*Arrete royal*”, de 22 de diciembre de 2004.

³² Haciendo referencia a otras experiencias de transposición, distintas de la española, podríamos destacar, en primer lugar, por la referencia que dicho país supone siempre en materia de participación de los trabajadores a Alemania. En el país teutón, la ley de transposición fue aprobada el 29 de diciembre de 2004, contando con el rechazo de la oposición parlamentaria. Uno de los aspectos más significativos de la ley alemana radica en la posibilidad contemplada en la norma de poder optarse por un modelo de gobierno societario de carácter “monista”, una novedad en el derecho alemán de sociedades que, como sabemos, había tradicionalmente contemplado sólo el sistema “dualista”: distinción de un órgano de gobierno y otro de vigilancia o control. También conviene destacar otros aspectos interesantes, como son los siguientes: la literal transposición que respecto a lo contemplado en la Directiva sobre el principio “antes-después” efectúa la norma alemana, el principio de proporcionalidad en la composición de la “comisión especial de negociación”, y la participación de los sindicatos como sujetos colectivos en la mencionada comisión, en donde queda garantizada la correspondiente cuota de género. En cuanto a Francia, fue la “*Loi pour la confiance et la modernisation de l’économie*”, de 26 de julio de 2005, la que procedió a dar cumplimiento a la transposición de la Directiva S.E., siendo el artículo 12 de la misma el que añade el Capítulo XI al Título III del Libro IV del Code du Travail. Este último regula la cuestión de los trabajadores en la Sociedad Europea en cinco secciones: en ellas se establece la regulación de su campo de aplicación, del grupo especial de negociación y la adopción del acuerdo de implicación, lo referente a las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en ausencia de acuerdo, disposiciones comunes, y, finalmente, disposiciones aplicables con posterioridad al registro de la Sociedad Europea. Por último, en cuanto a Italia, la transposición de la Directiva S.E. al derecho italiano se produjo a través del Decreto Legislativo de 19 de agosto de 2005 (G.U. n.º 220, de 21 de septiembre de 2005).

gobierno tras las elecciones generales de marzo de 2004; y, entremedias, la prioridad dada por ambos equipos de gobierno a otras cuestiones político-sociales, pueden contribuir a explicar dicho retraso, aunque no lo justifican.

Iniciados los trámites legales oportunos para llevar a cabo la transposición de la Directiva S.E., el Gobierno efectuó la presentación de un Anteproyecto de Ley titulado “*sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas*” ante el Consejo Económico y Social (CES), con el fin de que éste pudiera emitir el correspondiente dictamen sobre el mismo³³. En él, el CES ponía de relieve que “el Anteproyecto se adecua bastante fielmente a los términos de la Directiva en líneas generales”³⁴, si bien también incidía en la falta de coincidencia en determinadas cuestiones entre las organizaciones empresariales y las organizaciones sindicales. Las discrepancias de pareceres se centraban, especialmente, en los siguientes aspectos: en la posibilidad de que representantes sindicales externos pudiesen participar en la Comisión Negociadora, en la financiación de expertos que apoyen y asistan en sus funciones a la Comisión Negociadora y al órgano de representación, en el alcance que debía dársele a la reserva de información y a la confidencialidad de la información así como a las sanciones a imponer en caso de incumplimientos en esta materia y, por último, en cuanto al contenido y alcance de los permisos de formación y al crédito de horas de los representantes de los trabajadores.

Posteriormente, el Anteproyecto de Ley sería sometido al Consejo de Estado, que también emitiría su dictamen correspondiente³⁵, dictamen de carácter favorable. El Dictamen del Consejo de Estado señaló algunas cuestiones que consideraba de especial interés, aunque ello desde la óptica de que se trataba de matices subsumibles todos dentro de las facultades que el legislador comunitario reconoce al nacional.

Los aspectos más relevantes de dicho Dictamen se centrarían en el cuestionamiento del término “*implicación*”, ajeno a la tradición del Derecho Español³⁶, así como en el tratamiento de los aspectos procesales contenidos en dicho Anteproyecto como modificaciones a los correspondientes textos legislativos vigentes; en la utilización en el Anteproyecto del criterio del domicilio; en determinadas cuestiones relativas a la Comisión Negociadora como son la información que se ha de rendir a las organizaciones sindicales,

³³ Dictamen 3/2005, sobre el Anteproyecto de Ley de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, del Consejo Económico y Social, aprobado en sesión ordinaria del 18 de mayo de 2005. Según consta en los documentos correspondientes, en la elaboración del Anteproyecto de Ley el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales consultó ampliamente a los interlocutores sociales, incorporando a su texto alguna de sus propuestas, cumpliendo con ello el compromiso asumido en la Declaración del Diálogo Social suscrita por el Gobierno, las organizaciones sindicales UGT y CCOO y las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME el 8 de julio de 2004.

³⁴ No obstante, el Consejo Económico y Social aprovechó su dictamen para expresar, en la página 5 del mismo, su queja por el no sometimiento a la consideración de dicho órgano del Proyecto de Ley sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España, dado que el Reglamento 2157/2001 y la Directiva 2001/86 constituyen un “conjunto indisociable”.

³⁵ Dictamen emitido en sesión del Pleno de 27 de octubre de 2005.

³⁶ Crítica que también efectuaría el Consejo General del Poder Judicial, entendiendo éste que la “fórmula implicación de los trabajadores” resulta ajena a nuestra regulación tradicional de las relaciones laborales, por lo que sería mas conveniente, según el mismo, hablar de “derechos de información, consulta y participación”, sin englobarlos en ese término general de implicación, al entender que con el mismo se podían producir problemas interpretativos. El Grupo Parlamentario Popular se haría eco de esa consideración, presentando en su momento una enmienda al título de la propia Ley.

su composición, determinadas reglas referidas a la presidencia de la misma y a los expertos que la asistan; se comentan también en el Dictamen cuestiones referidas al acuerdo de implicación, a la aplicación del régimen subsidiario y a la actuación del órgano de representación; en referencia al capítulo de “disposiciones comunes”, se viene a referir al tema del cómputo de los trabajadores, a la reserva y confidencialidad, así como a la constitución de las SE en perjuicio de los derechos de los trabajadores; en materia procesal, aparte de lo ya citado en relación al referido criterio en virtud del cual deberían establecerse modificaciones a las normas procesales y no una regulación separada, también destaca el dictamen la necesaria delimitación del orden jurisdiccional competente, reservando al orden jurisdiccional civil cuantas cuestiones correspondan a dicho ámbito; finalmente, respecto a la Disposición Adicional del Anteproyecto, entiende el Consejo de Estado que la misma debería dirigirse a garantizar los derechos de representación laboral que tenían hasta el momento los trabajadores de las sociedades participantes en el proceso de constitución de una Sociedad Europea que dejen de existir, así como la conveniencia de la previsión de que la estructura y mandato de sus respectivos representantes se adaptará a la situación en la que hayan quedado los trabajadores después de extinguirse las sociedades que los empleaban hasta entonces.

El proceso siguió su curso mediante la presentación por parte del Gobierno español del Proyecto de Ley “*sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas*”³⁷, encomendando la Mesa de la Cámara su aprobación por el procedimiento legislativo de urgencia, y pasando la correspondiente fase de informe de la Ponencia en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados³⁸. Las principales enmiendas propuestas por los Grupos Parlamentarios sobre el texto del Proyecto de Ley se centrarían, principalmente, en cuestiones tales como la ampliación/reducción de los sujetos legitimados para formar parte de la Comisión Negociadora; presencia, alcance y obligaciones de los expertos que asistan a la Comisión Negociadora y al órgano de representación; acceso al uso de las nuevas tecnologías propiedad de la empresa; aseguramiento/modulación del derecho a la formación de los miembros del órgano de representación, o el alcance de la reserva de informaciones. Como podemos apreciar, se trata de propuestas de enmiendas que en la mayoría de los casos no fueron más allá de ser consideradas como intentos de meros retoques parciales, desaprovechándose la oportunidad de abrir el debate político hacia una apuesta en firme por los modelos de “participación fuerte” (participación orgánica) en nuestro sistema español de relaciones laborales, como quizás, al menos, podía haberse planteado.

En cuanto a la concreta Ley 31/2006, podemos decir que se trata de un texto complejo, completo, y ajustado a los imperativos marcados en la norma comunitaria, la Directiva S.E., que en parte viene a reproducir el contenido de la Directiva y, en parte hace uso de la autorización de la norma comunitaria concretando determinados aspectos. En este sentido, una de las notas que caracteriza a la norma española es su fidelidad a la Directiva 2001/86, fidelidad que llega al extremo de reproducir contenidos de la misma de forma notable. En este sentido no puede olvidarse que la Exposición de Motivos de la Ley

³⁷ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, número 59-1, de 25 de noviembre de 2005.

³⁸ Vid. “Enmiendas e índice de enmiendas al articulado”, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, número A, número 59-7, de 14 de febrero de 2006.

española de implicación ya indica expresamente que “*esta Ley persigue (...) la consecución de los objetivos pretendidos con su aprobación, a la vez que su integración correcta en el sistema español de relaciones laborales. Para ello se unen en su articulado la transposición literal de determinados aspectos de la Directiva junto a la aparición de instituciones propias del derecho laboral español*”.

La Ley española se configura, además, con una estructura adecuada, conformada por cuatro títulos, en la que la dualidad de objeto y alcance puesta de manifiesto en los Títulos I y II, ha venido determinada por la regulación de la previa Ley mercantil (19/2005), y es similar a la solución adoptada por la Ley 10/1997 en relación con la constitución del Comité de Empresa Europeo. Su ámbito de imputación es tanto el de las SE con domicilio en España como, también, el de las empresas filiales y centros de trabajo situados en España de otras SE, debiendo tenerse en cuenta que a las primeras (las SE domiciliadas en nuestro país) les será de aplicación lo establecido en el Capítulo XII del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, que ha sido modificado por la relativamente reciente Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España y que viene a añadir, precisamente, ese Capítulo XII a la Ley de Sociedades Anónimas española.

La Ley de implicación está, en definitiva, constituida por un Título Preliminar y tres títulos, de los que el Título I se divide, a su vez, en varios capítulos, constando además de dos disposiciones adicionales y de cinco disposiciones finales:

-el **Título Preliminar**, está dedicado al **objeto de la ley y a una serie de definiciones básicas** (Estados miembros, Sociedad Europea, sociedad participante, filial de una sociedad, filial o centro de trabajo afectados, representantes de los trabajadores, comisión negociadora, órganos de representación, implicación de los trabajadores, información, consulta y participación) siguiendo la estela marcada por la Directiva S.E., lo que le dota de un carácter horizontal.

-el **Título I**, contiene las **disposiciones aplicables a las SE que tengan o vayan a tener, de acuerdo con su proyecto de constitución, su domicilio en España** y a todos sus centros de trabajo y empresas filiales, así como a las sociedades participantes en el proceso de constitución de la SE y a sus filiales y centros de trabajo afectados, cualquiera que sea el Estado miembro en que se encuentren situados, lo cual excluye la aplicación de las disposiciones de cualquier otro Estado miembro en el que la SE o las sociedades participantes cuenten con centros de trabajo o empresas filiales, salvo en los casos en los que exista una remisión expresa a ellos. Consta de tres capítulos:

a) en el *Capítulo I* se regula el *procedimiento de negociación que llevará a hacer efectivos los derechos de implicación de los trabajadores en la SE*, y desarrolla todo lo siguiente: responsabilidad del procedimiento; inicio del procedimiento negociador; lo referente a la constitución, composición, funciones y régimen de funcionamiento de la Comisión Negociadora; desarrollo y duración de las negociaciones; contenido y eficacia jurídica del acuerdo concluido entre la Comisión Negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes; y, finalmente, normas supletorias -en defecto de pacto- sobre vigencia, prórroga, denuncia y renegociación del acuerdo.

b) Por su parte, en el *Capítulo II* se incluyen las *disposiciones subsidiarias en materia de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*: estas disposiciones serán de aplicación cuando las partes así lo decidan o cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo en el plazo de 6 meses o, incluso, de 12 meses, siempre que se produzcan una serie de circunstancias. Estas disposiciones hacen referencia a la constitución de un órgano de representación de los trabajadores, composición, competencias, régimen de funcionamiento y renovación de ese órgano de representación de los trabajadores, y disposiciones subsidiarias en materia de participación de los trabajadores.

c) finalmente, en el *Capítulo III* se regulan otras *materias comunes* a los otros capítulos tales como la forma de cálculo del número de los trabajadores empleados por cada una de las sociedades participantes, la confidencialidad y reserva de los miembros de la Comisión Negociadora y del órgano de representación, la protección de los representantes de los trabajadores, capacidad de la Comisión Negociadora y del órgano de representación de los trabajadores de la SE, espíritu de cooperación, y efectos de la constitución de la SE en perjuicio de los derechos de implicación de los trabajadores.

-el **Título II**, versa sobre las **disposiciones aplicables a los centros de trabajo y empresas filiales situados en España de las sociedades europeas**, pero sin tener en nuestro país la dirección central, y en él se regula lo referido a la identificación de los representantes nacionales de los trabajadores, la designación de los representantes de los trabajadores de la Comisión Negociadora y el órgano de representación, la designación de los representantes de los trabajadores que deban formar parte del órgano de administración o control de la Sociedad Europea, la protección de los representantes de los trabajadores, y la eficacia jurídica en España de las disposiciones de otros Estados miembros.

-el **Título III**, está dedicado a los **procedimientos judiciales** que garanticen el cumplimiento de lo en ella dispuesto, a la potestad jurisdiccional, la competencia, la legitimación de las partes y otros aspectos procesales, y reconoce, además, el derecho de las partes a acudir a procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos.

- En relación a las disposiciones de la parte final, merece la pena destacar en esta visión rápida, la que establece la relación entre la Ley de implicación y otras disposiciones, en especial la Ley 10/1997 o las legislaciones de los restantes Estados miembros por las que se da cumplimiento a la Directiva C.E.U., cuando una Sociedad Europea sea una empresa de dimensión comunitaria o una empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria.

- Por último, recordar como se abordan las modificaciones del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social, necesarias para incluir como sujetos responsables de las infracciones a las Sociedades Anónimas Europeas registradas en España, así como para tipificar y sancionar las infracciones en materia de derechos de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas.

Se impone, llegado este momento de la Tesis, abordar si la Ley española de implicación cumple satisfactoriamente con la imprescindible labor de transposición al ordenamiento español de los mandatos de la Directiva 2001/86/CE. La respuesta es positiva. Como se ha indicado, la Ley española en parte viene a reproducir el contenido de la Directiva S.E. y, en parte hace un uso adecuado y razonable de la autorización de la norma comunitaria, concretando y precisando determinados aspectos de la misma.

Detengámonos en la determinación de las principales novedades, aportaciones y concreciones que introduce la Ley española de implicación respecto de la Directiva S.E., siguiendo en el análisis que efectuaremos el orden marcado por el articulado de la propia norma española, con el fin de hacer una exposición sobre cómo ha ido abordando el legislador español los principales puntos que requerían de su intervención, de acuerdo con la propia Directiva 2001/86, para la concreta configuración del régimen de implicación en las Sociedades Europeas.

2.2. CONCRECIONES, APORTACIONES Y NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 31/2006, EN RELACIÓN A LA DIRECTIVA S.E.

2.2.1. En el Título Preliminar.

Como acabamos de ver, el **TÍTULO PRELIMINAR** de la norma española está dedicado al objeto de la Ley y a una serie de definiciones básicas, siguiendo la estela de la Sección I de la Directiva S.E., que dedica sus artículos 1 y 2 a idénticos contenidos, siendo la regulación contenida en la Ley española de implicación prácticamente igual a la contenida en la propia Directiva comunitaria. Es más, la Ley parece haber copiado el contenido y estructura de la Directiva en estos dos primeros artículos para trasladarlos, con sus mínimas y lógicas adaptaciones, a su texto.

Entre esas mínimas adaptaciones se encuentra la referencia contenida en el artículo 1 a la aplicación, a las Sociedades Anónimas Europeas que tengan su domicilio en España, de lo establecido en el Capítulo XII del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 24 de diciembre, capítulo que junto con la Ley 31/2006 configuran el régimen jurídico aplicable, cada uno en sus respectivos ámbitos materiales, para tales Sociedades Anónimas Europeas que tengan su domicilio en España.

Respecto al catálogo de definiciones contenidas en el artículo 2 de la Ley, la casi totalidad de las mismas son idénticas (o prácticamente idénticas) a las recogidas en el mismo artículo de la Directiva para los términos correspondientes. Así ocurre con las definiciones dadas a los términos de Sociedad Europea, Filial de una sociedad, Representantes de los trabajadores, Comisión Negociadora, Órgano de representación, Implicación de los trabajadores, Información, Consulta y Participación.

Las únicas novedades apreciables serían las siguientes:

1. Añadir a ese catálogo la definición de “Estados miembros”, contenida en la letra a) del artículo, para incluir expresamente, en aras de una mayor precisión y seguridad, dentro de tal consideración no sólo a los Estados miembros de la Unión Europea, sino también a **“los Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que no sean miembros de la Unión Europea y a cualquier otro Estado en el que resulten de aplicación el Reglamento (CE) nº 2157/2001 y la Directiva 2001/86/CE”** (art. 2. letra a).

2. Respecto a la definición de “Sociedad Participante” (letra c): la definición contemplada en la Ley es la misma que la contenida en Directiva S.E., pero a la misma se añade una precisión: “**En el caso de constitución de una SE filial común, se entenderán incluidas en el concepto de sociedad participante, además de las sociedades en sentido estricto, las demás entidades jurídicas de derecho público o privado a las que se refiere el artículo 2.3 del Reglamento (CE) nº 2157/2001**” (art. 2 letra c).

3. Por último, destacar en la definición de “**Filial o centro de trabajo afectados**” (letra e), el cambio de terminología, operado por la Ley española y continuado en otros artículos de la misma, respecto a la Directiva S.E.: si la Directiva utiliza con carácter general el término de “*establecimiento*”, la Ley, de una manera más acorde a la realidad española sustituye dicho término por el término realmente seguido en nuestro país, el de “*centro de trabajo*”, básico en la configuración del sistema empresarial español. De este modo, se define filial o centro de trabajo afectados en la Ley 31/2006 como “**una filial o un centro de trabajo de una sociedad participante que, de acuerdo con el proyecto, vaya a pasar a ser una filial o un centro de trabajo de la SE en el momento de su constitución**” (art. 2, letra e).

2.2.1. En el Título I.

En relación al **TÍTULO I** de la Ley (artículos 3 al 20), “**Disposiciones aplicables a las sociedades europeas domiciliadas en España**”, el mismo es el que contiene el grueso de la regulación contenida en la norma española y es también el de mayor extensión. En él encontramos la determinación del ámbito de aplicación de sus disposiciones (artículo 3), la regulación de un procedimiento para que los representantes de los trabajadores participen en la negociación de un acuerdo que permita la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (información, consulta y, en su caso, participación), contenido en el Capítulo I (artículos 4 al 13) y, subsidiariamente, se contienen en el Capítulo II (artículos 14 al 20) los instrumentos que serán de aplicación para el caso que no se logre alcanzar acuerdo, con la finalidad de garantizar esos mismos derechos de implicación. Por último, el Título I termina con un Capítulo III (artículos 21 al 26), que contiene una serie de disposiciones comunes a los dos capítulos anteriores.

Interesa destacar una serie de aportaciones (novedades y concreciones) realizadas por la Ley española de implicación especialmente en este Título I, respecto al contenido de la Directiva S.E., dado que la misma dejaba algunos cabos sueltos, especialmente en lo relativo sobre todo a la composición y funcionamiento de la Comisión Negociadora. De este modo, la Ley de implicación contendrá una descripción bastante detallada de las funciones y del propio régimen de funcionamiento de la Comisión Negociadora, así como del contenido (dejando amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes en relación con las materias que pueden incluirse en el acuerdo) y eficacia jurídica del acuerdo de implicación, y sobre la vigencia, denuncia y renegociación del mismo. Además, respondiendo a lo establecido en la Directiva S.E., la norma española establece un régimen de implicación subsidiario, que será de aplicación si las partes así lo consideran conveniente o bien si no llegan a un acuerdo negociado sobre su propio sistema de implicación.

Seguiremos en nuestro comentario la propia estructura marcada por la Ley de implicación, que configura tres capítulos dentro de dicho Título I:

A) Podemos destacar las siguientes aportaciones, dentro del **Capítulo I**, relativo al **“procedimiento de negociación de los derechos de implicación de los trabajadores en la SE”**:

1. La ley 31/2006 confirma la determinación efectuada en la Directiva S.E. sobre a quiénes corresponde la responsabilidad de iniciar las gestiones necesarias para la negociación de la implicación que los trabajadores de la SE vayan a tener en la misma. Esta responsabilidad incumbirá **“a los órganos competentes de las sociedades participantes”** (art. 4).

2. Procede, a continuación, a la concreta identificación de quiénes son tales órganos competentes: éstos son **“los órganos de dirección o administración de las sociedades participantes que hayan establecido el proyecto de constitución de la SE”** (art. 5.1), siguiendo también la senda marcada por la Directiva S.E.

3. Precisa el plazo dentro del cual deben llevarse a cabo por dichos órganos tales gestiones necesarias para entablar negociaciones con la representación de los trabajadores. Si la Directiva S.E. había eludido señalar un plazo para ello, limitándose a fijar un determinado *“dies a quo”*, a partir del cual, eso sí, en la mayor brevedad posible deben iniciarse las gestiones, y que viene determinado por la adopción o publicación del proyecto de constitución de la Sociedad Europea, la norma española de transposición viene a establecer una mayor precisión: este plazo máximo será el de **“los cuarenta y cinco días siguientes”** a tal adopción o publicación correspondiente (art. 5.2).

4. La Ley también confirma, precisa y amplía el contenido de las informaciones que deben ser comunicadas a los representantes de los trabajadores por los órganos competentes de las sociedades participantes. La Directiva se limitaba a señalar el deber de comunicar a los representantes de los trabajadores las informaciones relativas a la identidad de las sociedades participantes, filiales o establecimientos afectados, así como el número de trabajadores. Tomando como punto de partida lo expuesto por la Directiva SE, la norma española establece que estas informaciones deben incluir lo siguiente: **“la identidad de las sociedades participantes y de todos sus centros de trabajo y empresas filiales, con indicación de cuales de ellos se verán afectados por el proceso de constitución (...) así como el número de sus trabajadores respectivos. Igualmente, deberán informar sobre el lugar del domicilio social propuesto”** (art. 5.3).

5. Además, la Ley de implicación precisará también que si en las sociedades participantes se aplicase ya algún **“sistema de participación”** de los trabajadores, la información anteriormente citada deberá también incluir lo siguiente: **“las características de tales sistemas, el número de trabajadores cubiertos por dichos sistemas, así como la proporción que éstos representen respecto del total de los trabajadores de las**

sociedades participantes” (art. 5.3). Esta referencia no se contenía en el texto de la Directiva 2001/86, y con ella se persigue contribuir a la protección de los derechos adquiridos por los trabajadores en la futura Sociedad Europea.

6. La Directiva S.E. no precisaba del todo tampoco cuáles era los concretos destinatarios de tales informaciones. Ésta se limitaba a referirse a los “representantes de los trabajadores de las sociedades participantes”. La norma española sí que procede a determinar quiénes son tales receptores de una más manera exacta: éstos serán “**los representantes de los trabajadores de las sociedades participantes y de sus filiales y centros de trabajo afectados**” (art. 5.2), por lo que procede a una mayor concreción y precisión en la determinación de los mismos.

7. La Ley confirma la responsabilidad que, según la Directiva S.E., también asumen los órganos competentes de las sociedades participantes en la promoción de la constitución de la Comisión Negociadora, órgano estrictamente representativo de los trabajadores en el proceso negocial, pues los mismos deben establecer “**las condiciones y medios necesarios para la negociación**” (art. 4), y parece claro que la constitución de tal comisión es precisa para que la misma pueda efectuarse o, al menos, intentarse. Además, la propia Ley se encarga de recalcar que la constitución de la Comisión Negociadora se efectúa “**sobre la base de la iniciativa y de las informaciones facilitadas por los órganos competentes de las sociedades participantes**” (art. 6). En definitiva, los representantes de los trabajadores deben constituir la Comisión Negociadora, pero los órganos de administración y dirección de las sociedades participantes deben asumir una responsabilidad también en ello, debiendo promover tal constitución.

8. De hecho, la Ley 31/2006 va a atribuir a los órganos competentes de las sociedades participantes una obligación adicional, no señalada en la Directiva S.E., y que consistirá en que éstos “**convocarán a dicha Comisión a una primera reunión de negociación para la celebración del acuerdo (...) e informarán de ello a las direcciones de sus centros de trabajo y empresas filiales en los Estados miembros**” (art. 6.3), precisando además la Ley española que dicha reunión “**podrá coincidir con la fecha de constitución de la Comisión Negociadora**” (art. 6.3). Y es que, como ya sabemos, la responsabilidad de los órganos competentes en el proceso negociador no sólo va a estar presente en la fase preparatoria o inicial del mismo, sino que se debe hacer efectiva, en mayor o menor medida, también durante el desarrollo de las negociaciones propiamente dichas.

Pero, la Comisión Negociadora tampoco está exenta de responsabilidades: ya desde el primer momento éstas también se hacen visibles para ella, pues según la Ley española, la Comisión Negociadora deberá informar “**del inicio de la negociación a todas las organizaciones sindicales que hayan participado en su elección o designación**” (art. 6.2). Asimismo, también según la propia Ley española, posteriormente continuará tal responsabilidad informativa, pues “**la Comisión Negociadora informará del proceso y de los resultados de la negociación a las organizaciones sindicales que, en cada Estado miembro, hayan participado en su elección o designación**” (art. 9.6).

9. Respecto al tema de la composición de la Comisión Negociadora, la legislación española procede a efectuar el cierre del régimen jurídico contenido en la Directiva sobre este punto, con las siguientes aportaciones:

a) Recuérdese que la Directiva S.E. dejaba abierta la posibilidad de que los Estados miembros pudieran prever en sus normas de transposición la incorporación en la Comisión Negociadora de representantes sindicales, fuesen o no trabajadores de las sociedades participantes³⁹. Pues bien, en el concreto caso español, la Ley 31/2006 recoge dicha posibilidad y la admite para las Sociedades Europeas domiciliadas en España: **“podrán ser designados como representantes de los trabajadores en la comisión negociadora representantes sindicales, sean o no trabajadores de una de las sociedades participantes o de sus centros de trabajo o empresas filiales afectadas...”** (art. 7.2). Con dicha afirmación, un representante sindical externo podría también ser miembro de la Comisión Negociadora, de acuerdo con la legislación española⁴⁰.

b) En el caso de constitución de una SE “por fusión”, la Directiva S.E. contempla la incorporación a la Comisión Negociadora de “*miembros adicionales*” en representación de cada Estado miembro, con la finalidad de garantizar que haya, al menos, un representante en la Comisión Negociadora por cada sociedad que, estando registrada y empleando trabajadores en dicho Estado miembro, vaya a dejar de existir como entidad jurídica diferenciada. Así lo reconoce también la Ley española, pero establece, a estos efectos de incorporación de posibles miembros adicionales en el caso de SE por fusión, dos consideraciones a tener en cuenta en el caso de SE domiciliadas en nuestro país:

1. **“Se entenderá que una sociedad participante registrada y que emplea a trabajadores en un Estado miembro estará representada en la Comisión Negociadora cuando forme parte de ella un trabajador de dicha sociedad elegido o designado en un Estado miembro”** (art. 7. 2, párrf. tercero).

2. **“En el caso de que entre los miembros elegidos o designados en dicho Estado miembro figure un representante que no sea trabajador de ninguna de las sociedades participantes, se presumirá que todas las sociedades participantes que emplean trabajadores en dicho Estado miembro están representadas, salvo que el acta de constitución o designación dispusiera otra cosa”** (art. 7. 2, párrf. tercero).

c) La propia Ley española de implicación precisa también los supuestos en los cuales la composición de la Comisión Negociadora deberá modificarse y llevarse a cabo una nueva elección o designación de todos o de una parte de sus miembros, en los términos que en cada caso procedan (art. 7.5)⁴¹.

d) Recuérdese también que la Comisión Negociadora, de acuerdo con la Directiva S.E., podía solicitar estar asistida por expertos a su elección, si bien, en el apartado de gastos, la propia Directiva permitía que los Estados miembros pudiesen limitar la

³⁹ Art. 3.2. b), segundo párrf. de la Directiva 2001/86.

⁴⁰ Téngase en cuenta además que en el art. 7.2, párrf. segundo, de la Ley 31/2006, donde se determinan las reglas de representación mínima de todas las sociedades partícipes, se establece cómo se presume que esos sindicalistas externos, que no son trabajadores de ninguna de aquellas, representan a todas las sociedades que empleen trabajadores en el Estado de que se trate.

⁴¹ Vid. art. 7.5 de la Ley 31/2006.

financiación a un solo experto. La Ley también prevé expresamente el que la Comisión Negociadora, cuando así lo considere adecuado para el correcto desempeño de sus funciones, **“podrá estar asistida por expertos de su elección, incluidos representantes de las organizaciones sindicales europeas correspondientes”** (art. 9.5), que actuarán como asesores en las reuniones con los órganos competentes de las sociedades participantes, y ello, **“en particular para facilitar que las disposiciones que se negocien sean coherentes con el ámbito comunitario en que se desenvuelven las actividades de la sociedad”** (art. 9.5). De acuerdo con la posibilidad limitadora instituida por la Directiva en materia de financiación, las sociedades participantes deberán sufragar, de acuerdo con la norma española, los gastos **“derivados de, al menos, un experto designado por la comisión negociadora para asistirle en sus funciones”** (art. 9.7, letra c).

10. Respecto a las funciones de la Comisión Negociadora, la Ley 31/2006, con mayor precisión y exigencia que la Directiva S.E., le atribuye a la misma el **“deber de negociar de buena fe, con vistas a la obtención de un acuerdo”**, negociación que deberá efectuar con los órganos competentes de las sociedades participantes (art. 8.1).

11. La regulación contenida en la Ley española sobre el funcionamiento de la Comisión Negociadora también es más precisa que lo contemplado en la Directiva S.E. La Ley española señala de manera expresa como la Comisión, durante el desarrollo del proceso negociador, no sólo se reunirá con los órganos competentes de las sociedades participantes sino que también tendrá derecho a **“reunirse con carácter previo a cualquier reunión que deba mantener con los órganos competentes de las sociedades participantes”** (art. 9.4).

Además, con el fin de que dicho funcionamiento se realice de la forma más adecuada y eficaz posible, la Ley precisa que la Comisión **“podrá elegir a un presidente de entre sus miembros y establecer un reglamento interno de funcionamiento”** (art. 9.3).

12. La Ley procede a dar un tratamiento más amplio y detallado de la regulación ya contemplada en la Directiva sobre el tema de la financiación de la Comisión Negociadora: como sabemos, es a las sociedades participantes a las que corresponde, tanto conforme a la Directiva como a la Ley, dicha financiación. Pero la norma española precisa que las sociedades participantes **“deberán proporcionarle los recursos financieros y materiales suficientes”**. En particular, la misma detalla los siguientes gastos (art. 9.7):

- **“los derivados de la elección o composición de los miembros de la comisión negociadora”**.
- **“los de organización de las reuniones de la comisión negociadora, incluidos los gastos de interpretación, manutención, alojamiento y viaje de sus miembros”**.
- **“Los (ya citados) derivados de, al menos, un experto designado por la comisión negociadora para asistirle en sus funciones”**.

13. También se contienen en la norma española aportaciones interesantes en lo que concierne al “proceso negociador” propiamente dicho:

a) Por lo pronto, la Ley ya nos indica que **“la comisión negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes decidirán, de común acuerdo, las reglas precisas sobre la presidencia o, en su caso, otros procedimientos para el desarrollo de las sesiones de sus reuniones conjuntas”**, precisando además que **“las actas de las reuniones entre los órganos competentes de las sociedades participantes y la comisión negociadora serán firmadas por un representante en nombre de cada una de las partes”** (art. 8.4), precisión que no se contenía en la norma comunitaria.

b) Respecto a la duración del proceso negociador, el plazo señalado por la Ley es el mismo que el dispuesto por la Directiva (seis meses, ampliables a un año, a contar desde la constitución de la Comisión Negociadora). Pero la Ley sí que contiene una precisión a considerar en este punto: si la Comisión Negociadora no se hubiese constituido por causa atribuible a los representantes de los propios trabajadores **“el plazo de seis meses (...) comenzará a contar desde la fecha en que la comisión negociadora hubiera podido quedar validamente constituida”** (art. 10.2).

14. En cuanto al “*acuerdo de implicación*”, las aportaciones que la Ley española de implicación realiza se centran en la realización de las siguientes precisiones:

a) A la necesidad establecida de formalizar el acuerdo por escrito, ya contenida en la Directiva S.E., la Ley de implicación la va a configurar como una exigencia “*ad solemnitatem*”, pues **“el acuerdo deberá formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad”** (art. 12.2).

Aunque la Ley no contempla ninguna otra exigencia formal, sí que la misma detalla, a continuación, el recorrido posterior del acuerdo de implicación una vez concluido: **“Se presentará ante la autoridad laboral competente (la que corresponda en función del ámbito del acuerdo dentro del territorio español), para su registro, depósito y publicación oficial, conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 90 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”**.

b) También la Ley de implicación procede a determinar la eficacia jurídica que tendrá el acuerdo de implicación de los trabajadores en la SE, tratándose de Sociedades Europeas domiciliadas en nuestro país, atribuyendo a dicho acuerdo una “*eficacia erga omnes*”. De este modo, el legislador español ha decidido equiparar la fuerza vinculante de tales acuerdos a los convenios colectivos regulados en el Título III del E.T., atribuyéndole a los mismos los atributos propios de “vinculabilidad normativa” y de “eficacia personal general” que poseen éstos: **“el acuerdo (...) obliga a todos los centros de trabajo de la SE y de sus filiales incluidos en su ámbito de aplicación, así como a todos sus trabajadores respectivos, durante todo el tiempo de su vigencia”**.

c) En cuanto al “contenido” del acuerdo de implicación propiamente dicho, la Ley añade algunas exigencias que el mismo debería contener⁴² (y ello, también se entenderá

⁴² La Ley indica, en el art. 11.1 a), que el acuerdo deberá contener “la identificación de las partes que lo conciertan”. Una precisión relativa a un contenido que entendemos que es lógico que recoja cualquier acuerdo, pero que no era recogida de manera expresa en el texto del artículo 4 de la Directiva S.E.

“*sin perjuicio de la autonomía de la voluntad de las partes*”), concentrándose las aportaciones que la misma establece en una de las posibles soluciones que para la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea el acuerdo puede recoger: la del “establecimiento de un órgano de representación”. A los contenidos ya establecidos por la Directiva S.E. en este punto, la Ley añade otras menciones que deberán figurar en el acuerdo de implicación en el caso de que se trate de SE domiciliadas en España. En este caso, el acuerdo deberá recoger también **“la duración de su mandato (el de los miembros del “órgano de representación”) y los efectos que sobre ello se pudieran derivar de las modificaciones en la dimensión, composición o estructura de la SE y de sus empresas filiales o en la composición de los órganos nacionales de representación de los trabajadores”** (art. 11.1 c).

d) Otra de las principales aportaciones de la Ley española en lo referido al “acuerdo de implicación”, ha sido la de fijar una serie de **“normas supletorias sobre vigencia, prórroga, denuncia o renegociación del acuerdo”**. Se trata de una serie de normas ya citadas con anterioridad en esta Tesis⁴³, y que serán de aplicación, por tanto, **“en defecto de pacto en el acuerdo sobre su vigencia, prórroga, denuncia o renegociación”** (art. 13). Destacar, respecto a la “renegociación del acuerdo”, cómo la Ley atribuye la legitimación para renegociar por el lado de los trabajadores a una nueva Comisión Negociadora que deberá constituirse para ello (art. 13, letra e), *in fine*, o al propio órgano de representación de los trabajadores en el caso de que éste se hubiera constituido, al ser la modalidad acordada para la implicación de dichos trabajadores (art. 13, letra e), párrf. primero).

B) Respecto a las denominadas **“disposiciones subsidiarias”** según terminología expresa de la Ley española de implicación, contenidas en el **Capítulo II** de su título I, podemos indicar que la norma española ha procedido adecuadamente a dar cumplimiento del mandato instituido por la Directiva S.E., y que obligaba a establecer disposiciones de referencia sobre la implicación de los trabajadores, las cuales han de cumplir las disposiciones previstas en el Anexo de la misma.

Así lo ha hecho la Ley española en dicho Capítulo II (artículos 14 al 20), pudiendo destacar en la labor realizada por ella los siguientes aspectos:

1. Introduce algunas precisiones sobre las reglas especiales que, de acuerdo con la Directiva, rigen en materia de “participación”:

a) Como puede darse la circunstancia de que las formas de participación existentes previamente en las diversas sociedades participantes fuesen distintas, la Ley 31/2006 deja claro en estos casos que **“se tomarán en consideración todos los sistemas de participación (...) con independencia de su origen legal o convencional”** (art. 14.3). Esta explicitación, efectuada por la Ley española, debe valorarse positivamente, contribuyendo a una mayor precisión y seguridad jurídica, y ello en aras de una adecuada realización del conocido principio *“antes-después”*.

b) Tanto la Directiva como la Ley atribuían a la Comisión Negociadora la decisión de cuál de los sistemas de participación deberá de aplicarse en el caso de que, como comentamos, en el seno de las sociedades participantes hubiesen existido diferentes

⁴³ *Vid. infra.*

sistemas de participación. Pero, además, la Directiva S.E. establecía la posibilidad de que los Estados miembros pudieran establecer normas aplicables en ausencia de decisión sobre esta cuestión por parte de la Comisión para una Sociedad Europea registrada en su territorio. Pues bien, a ello ha procedido también de manera expresa la Ley española, determinando que **“si en la fecha de inscripción de la SE la comisión negociadora no ha informado al órgano competente de las sociedades participantes sobre la existencia de una decisión adoptada (...), se aplicará a la SE el sistema de participación que hubiera afectado con anterioridad al mayor número de trabajadores de las sociedades participantes”** (art. 14.3, *in fine*).

2. En relación a la constitución del órgano de representación, la Ley española de implicación señala, en el caso de SE domiciliadas en nuestro territorio, el procedimiento concreto que habrá de seguirse en dicha constitución: **“el órgano competente de la SE se dirigirá a los de sus centros de trabajo y empresas filiales en los Estados miembros, para que éstos pongan en marcha, de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales, el procedimiento de elección o designación de los miembros del órgano”** (art. 15.2).

Si el órgano de representación, transcurridos cuatro años desde su constitución, desease entablar negociaciones para la conclusión de un acuerdo de implicación, **“lo comunicará al órgano competente de la SE”** (art. 15.3, párrf. primero); se trata ésta de una obligación que la Ley impone al órgano de representación y que no era contemplada en el Anexo de la Directiva S.E. Pero, aún más, y de conformidad con la norma española, ni siquiera será necesario esperar que se produzca el transcurso del plazo señalado de 4 años para llevar a cabo tal decisión de negociar un “acuerdo de implicación”, pues **“el órgano de representación de los trabajadores y el órgano competente de la SE podrán decidir de común acuerdo, en cualquier momento, la apertura de negociaciones”** (art. 15.4), lo cual constituye, a nuestro entender, una importante matización introducida por la Ley de implicación respecto a la Directiva S.E.

3. En cuanto a lo referido a las competencias del “órgano de representación” de los trabajadores, podemos destacar las siguientes precisiones contenidas en la Ley española:

a) La convocatoria de la reunión anual que, como mínimo, tiene derecho el órgano de representación a mantener con el órgano competente de la SE, junto con la documentación correspondiente **“deberá ser remitida por el órgano competente de la SE al órgano de representación con una antelación mínima de un mes”**. Así lo ha venido a establecer la Ley de implicación (art. 17.2, párrf. segundo).

b) Por otro lado, respecto a la celebración de reuniones adicionales a dicha reunión anual cuando concurren circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores, la Ley 31/2006 introduce también dos precisiones: primero, que las mismas **“se efectuarán con la antelación necesaria para que el criterio del órgano de representación pueda ser tenido en cuenta a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones, sobre la base de un informe elaborado por el órgano competente o por cualquier otro nivel de dirección adecuado de la SE”** (art. 17.3, párrf. segundo); segundo, la Ley confirma que tales reuniones son adicionales a la reunión anual antes indicada, **“salvo que, en función de los plazos existentes, puedan incorporarse al**

contenido de la citada reunión sin poner en peligro la efectividad de la consulta” (art. 17.3, párrf. primero).

c) Recogiendo la posibilidad prevista en el Anexo de la Directiva S.E., que atribuye a los Estados miembros el poder establecer normas sobre la presidencia de las reuniones de información y consulta, la Ley, en desarrollo de esta previsión, dispone lo siguiente: **“el órgano competente de la SE y el órgano de representación de los trabajadores decidirán de común acuerdo las reglas precisas sobre la presidencia, o en su caso, otros procedimientos acordados para el desarrollo de las sesiones de sus reuniones conjuntas”** (art. 17.4, párrf. primero). Además, la Ley de implicación española establece una obligación ulterior, no contemplada en el texto de la Directiva S.E.: **“las actas de las reuniones entre el órgano competente de la SE y el órgano de representación de los trabajadores serán firmadas por un representante en nombre de cada una de las partes”** (art. 17.4, párrf. segundo).

d) En cuanto a los deberes de información, la Ley 31/2006 también viene a precisar cómo **“el órgano competente de la SE deberá informar a las direcciones de sus centros de trabajo o empresas filiales en los Estados miembros de la convocatoria de las reuniones que vaya a mantener con el órgano de representación”** (art. 17.5), pues la Directiva sólo recogía en este punto el deber de información del órgano de representación para con los representantes de los trabajadores de la SE, extremo que también reproduce la Ley española posteriormente (art. 18.7).

4. En relación al funcionamiento del propio órgano de representación, la Ley española de implicación recoge un gran número de puntualizaciones respecto al régimen previsto por la Directiva S.E., las cuales están dentro del margen de discrecionalidad que ésta concede a los legisladores nacionales. Podemos señalar las siguientes:

a) Para la adopción de acuerdos, **“el órgano de representación de los trabajadores adoptará sus acuerdos por mayoría de sus miembros”** (art. 18.1). Ésta es la regla que regirá con carácter general, salvo para aquellos casos para los que la propia Ley 31/2006 pudiera disponer expresamente otra cosa.

b) Asimismo, la Ley dispone que el órgano de representación **“elaborará su propio reglamento interno de funcionamiento y podrá elegir en su seno un presidente”** (art. 18.1).

c) Respecto al comité restringido, la norma española de transposición destaca que éste estará **“compuesto por un máximo de tres miembros”**, y que el mismo será el encargado de recibir la información y celebrar las reuniones adicionales a la reunión general anual (art. 18.2, párrf. primero). Además, la Ley precisa que **“en las reuniones en que participe el comité restringido tendrán derecho a participar igualmente aquellos otros miembros del órgano de representación elegidos o designados en representación de los trabajadores directamente afectados por las medidas de que se trate”** (art. 18.2, párrf. segundo). Por último, la Ley atribuye al comité restringido una obligación: **“deberá informar periódicamente de sus actuaciones y del resultado de las reuniones en que participe al órgano de representación”** (art. 18.2, párrf. segundo).

d) Finalmente, haciendo uso de la facultad establecida para los Estados miembros en el Anexo de la Directiva S.E., la Ley española establece que deben ser sufragados los gastos “**derivados de, al menos, un experto designado por el órgano de representación o por el comité restringido para asistirle en sus funciones**” (art. 18.6, letra c). Por tanto, tratándose de SE domiciliadas en España, éstas podrán limitar, como vemos, su financiación en este punto a los gastos derivados de uno solo de los expertos, en caso de ser éstos varios.

5. También establece la Ley los supuestos en los cuales “**la composición del órgano de representación deberá modificarse y proceder a una nueva elección o designación de todos o parte de sus miembros, en los términos en que cada caso procedan**”. Estos supuestos vienen contemplados, de manera expresa, en el artículo 19 de la Ley 31/2006⁴⁴, siendo la cuestión que nos ocupa una cuestión sobre la que la Directiva S.E. guardaba silencio.

6. Por último, y en lo concerniente a las “disposiciones subsidiarias en materia de participación”, la Ley española le dedica a las mismas su artículo 20. Las principales aportaciones que el citado artículo contiene para las Sociedades Europeas domiciliadas en nuestro país, respecto a la regulación establecida en el Anexo de la Directiva S.E., serían las siguientes:

a) La Ley de implicación se decanta por que si uno o más Estados no cuentan con ningún representante de los trabajadores en el órgano de participación (órgano de administración o control), y en otro u otros Estados hay más de uno, “**el órgano de representación deberá proceder a una redistribución de los puestos existentes y atribuir uno de dichos puestos a uno de los Estados miembros inicialmente no representados**” (art. 20.4, penúltimo párrafo). Como consecuencia de tal “redistribución”, se detraerá un representante del número adjudicado al Estado que cuente con más representantes (y si son varios con idéntico número, al que ocupe entonces al mayor número de trabajadores) y se procederá a adjudicarlo a un Estado carente de dicha representación (en principio a aquel en el que se encuentre la sede de la SE; y, si éste ya contase con representación, a aquel que ocupe el mayor número de trabajadores dentro de los inicialmente no representados).

b) Por otro lado, una vez determinada la representación que le corresponde a cada Estado miembro en el órgano de participación, luego ya cada Estado, según dispone el Anexo de la Directiva SE, podrá determinar de manera concreta la forma de reparto interno de los puestos que le sean atribuidos en el seno del órgano de administración o control. En la Ley española de implicación esta regulación se contempla, tratándose de una SE domiciliada en España, de la siguiente forma: “**la elección o designación de los representantes de los trabajadores que deban formar parte del órgano de administración o control se realizará en la forma que determine el órgano de representación de los trabajadores, respetando, en su caso, lo que al respecto pudiera haberse establecido en la legislación nacional del Estado miembro correspondiente a cada uno de dichos representantes**” (art. 20.4, último párrafo).

⁴⁴ Vid. art. 19 de la Ley española de implicación.

C) Finalmente, el **Capítulo III** del Título I contiene una serie de “**disposiciones comunes a los capítulos anteriores**”. Entre las principales aportaciones de la Ley contenidas en este capítulo podemos destacar las siguientes:

1. Mientras que la Directiva no contemplaba ninguna regla para el cálculo del número de trabajadores empleados, al efecto de proceder a la constitución de la Comisión Negociadora, la Ley viene a señalar sobre esta cuestión que la determinación del número de trabajadores empleados “**se realizará tomando en consideración la totalidad de los trabajadores empleados (...) incluidos los trabajadores con contratos temporales o de duración determinada y a tiempo parcial**” (art. 21.1), precepto que también deberá ser tenido en cuenta a la hora de determinar la composición del “**órgano de representación**” que surge de la aplicación de las normas subsidiarias. Además, dicho cómputo “**se considerará vigente durante todo el tiempo de funcionamiento de dicha Comisión** (la Comisión Negociadora) **y hasta la conclusión del acuerdo o la finalización, sin acuerdo, del procedimiento de negociación...**” (art. 21.2). Si bien, habrá de procederse a realizar un nuevo cómputo cuando se hubiera producido una modificación en la composición de la Comisión Negociadora “**como consecuencia de cambios significativos experimentados en las plantillas de las sociedades, empresas y centros de trabajo considerados**” (art. 21.3).

2. Por su parte, por remisión de la Directiva S.E., la Ley de implicación regula el régimen de “reserva y confidencialidad” que deben observar tanto los miembros de la Comisión Negociadora como los miembros del órgano de representación. Respecto a la “obligación de confidencialidad”, el Estado español, recogiendo el mandato establecido en la norma comunitaria, reproduce de manera casi literal para las Sociedades Europeas domiciliadas en nuestro país lo dispuesto en la Directiva 2001/86, añadiendo a lo en ella previsto únicamente la consideración expresa de que “**la trasgresión de la obligación de confidencialidad podrá dar lugar a responsabilidad de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales**” (art. 22.1, párrf. tercero). Sí que introduce aportaciones significativas respecto a la “facultad de reserva” de informaciones que pudiera ejercerse por parte del órgano de administración o control de una SE o de una sociedad participante establecida en España, concretando los casos específicos en los que “**excepcionalmente**” podría operar dicha facultad: se trata de “**informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la SE o, en su caso, de la sociedad participante, o de sus respectivos centros de trabajo y empresas filiales, u ocasionar graves perjuicios en la estabilidad económica de éstos**” (art. 22.2). Añadiendo además la norma española que “**esta excepción no abarcará a aquellos datos que tengan relación con el volumen de empleo en la empresa**” (art. 22.2, *in fine*).

3. La Ley española reconoce también de manera expresa la “**capacidad de la Comisión Negociadora y del órgano de representación de los trabajadores en la SE**” (art. 24), los cuales gozarán de capacidad jurídica para el ejercicio de los derechos que les reconoce la propia Ley y, en virtud de la misma, podrán ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus propias competencias, y ello por decisión mayoritaria de sus miembros.

4. Por último, en cuanto a los “**efectos en el caso de constitución de la SE en perjuicio de los derechos de implicación de los trabajadores**”, recogiendo el mandato de la Directiva S.E., la Ley de implicación impone, si tal propósito fraudulento se declara por sentencia judicial, que “**deberá procederse a una nueva negociación**”, fijando las reglas conforme a las cuales se llevará a cabo ésta (art. 26)⁴⁵.

2.2.3. En el Título II.

El **TÍTULO II** de la Ley española se ocupa ya, de manera específica, de las “**Disposiciones aplicables a los centros de trabajo y empresas filiales situadas en España de las Sociedades Europeas**” (arts. 27 y 32).

Estas disposiciones son “**de aplicación exclusivamente a los centros de trabajo situados en nuestro país de las SE y de sus empresas filiales o, en su caso, de las sociedades participantes en la constitución de la Sociedad Europea, cuyo domicilio social se encuentre en cualquier Estado miembro de la Unión Europea**” (art. 27).

Y es que la legislación del Estado de registro de la Sociedad Europea no agota la regulación de la implicación de los trabajadores de la misma, pues es preciso también acudir a las legislaciones internas de aquellos otros países donde las sociedades partícipes o la propia SE empleen trabajadores, dadas las remisiones a las legislaciones y prácticas nacionales contenidas tanto en la propia Ley española de implicación como en las disposiciones de los Estado miembros por las que se da cumplimiento a la Directiva 2001/86. Para los centros de trabajo que estén radicados en nuestro país será preciso en este caso tener en cuenta las disposiciones de este Título II, independientemente del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social, sea en España o en otro Estado de la Unión Europea.

A este respecto, la Ley se ocupa en este Título de regular una serie de detalles relativos a los siguientes aspectos:

1. A la identificación de los representantes nacionales de los trabajadores, atribuyendo tal condición “**a las representaciones sindicales, a los comités de empresa y a los delegados de personal**” (art. 28), remitiéndose la Ley española de implicación para su concreta determinación al E.T. y a la L.O.L.S.

2. A la “**designación de los representantes de los trabajadores en la Comisión negociadora y el órgano de representación**” (art. 29), así como a la “**designación de los representantes de los trabajadores que deban formar parte del órgano de administración o control de la SE**”, siguiendo en ello unas reglas muy definidas, y que hemos tenido la oportunidad de analizar en la Parte II de la presente Tesis Doctoral⁴⁶.

⁴⁵ Vid. art. 26 de la Ley 31/2006.

⁴⁶ Vid. *infra*.

3. A la protección de los representantes de los trabajadores, pues la Directiva S.E. se remite a la legislación del país de empleo en lo referente a dicha protección, por lo que en el caso español **“gozan en el ejercicio de sus funciones de la protección y garantías establecidas en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo”** (art. 31.1), si bien, indicamos que en lo relativo al “crédito horario” se deberá tener en cuenta lo que a continuación se expondrá.

De este modo, la norma española contiene una serie de disposiciones específicas para estos representantes (miembros de la Comisión Negociadora, miembros del órgano de representación o representantes que participen en los procedimientos de información y consulta, así como los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de administración o control), entre las cuales debe destacarse, como sabemos, el hecho de que se les reconozca expresamente en la Ley española el que **“tendrán derecho a disfrutar de los permisos retribuidos necesarios para la asistencia a las reuniones (correspondientes)”** (art. 31.2), y que, asimismo, y en relación al denominado crédito horario, todos los representantes anteriores (salvo los que se limiten a participar en procedimientos alternativos de información y consulta) **“tendrán derecho a un crédito horario de 60 horas anuales retribuidas para el ejercicio de sus funciones, adicionales, en su caso, a las que pudieran disponer si tuviesen la condición de representantes nacionales de los trabajadores”** (art. 31.3).

4. Por último, también se contempla de manera expresa por parte de la Ley 31/2006 la cuestión relativa a la eficacia jurídica en España de las disposiciones de otros Estados miembros. A tenor de este artículo, **“los acuerdos entre la comisión negociadora y el órgano competente de las sociedades participantes (...) obligan a todos los centros de trabajo de la SE y de sus empresas filiales incluidos dentro de su ámbito de aplicación y situados en territorio español, así como a sus trabajadores respectivos, durante todo el tiempo de su vigencia”**, eso sí, siempre que tales acuerdos hayan sido **“concluidos conforme a las disposiciones de los Estados miembros”**. En defecto de tales acuerdos, obligarán en las mismas condiciones **“las disposiciones subsidiarias de tales disposiciones”** (art.32, párrf. primero).

Pero, la Ley española de transposición establece un límite importante: **“la validez y eficacia de dichos acuerdos en ningún caso podrá menoscabar ni alterar las competencias de negociación, información y consulta que la legislación española otorga a los comités de empresa, delegados de personal y organizaciones sindicales, así como a cualquier otra instancia representativa creada por la negociación colectiva”** (art. 32, párrf. segundo).

2.2.4. En el Título III.

En lo que respecta al **TÍTULO III** de la Ley 31/2006, bajo el título **“Procedimientos judiciales”**, el mismo se ocupa de los procedimientos judiciales de

solución de conflictos derivados de la aplicación de la propia Ley de implicación (artículos 33 al 38), fijando el régimen jurídico aplicable, y alude además a la posibilidad de acudir a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos. De la regulación contenida en dicho Título podemos destacar lo siguiente:

1. En todo aquello no previsto por la propia Ley 31/2006 sobre cuestiones procesales **“regirá el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril”** (art. 37). De este modo, la Ley española de implicación adopta el criterio más adecuado con el fin de evitar posibles problemas que pudieran derivarse de lagunas legales y de inseguridad jurídica.

2. La ordenación que de los procedimientos judiciales hace la Ley de implicación se articula sobre la base de la atribución de jurisdicción al orden social y de competencia a la Jurisdicción española, arbitrando las correspondientes reglas de conflicto.

Así, de este modo, el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde a **“los órganos jurisdiccionales del orden social”**, los cuales **“conocerán de cuantas cuestiones litigiosas se susciten en aplicación de esta ley”** (la Ley española de implicación), exceptuándose de dicha jurisdicción social solamente **“las pretensiones que versen sobre la impugnación de las sanciones administrativas y las atribuidas al orden jurisdiccional civil en relación con la posición y actuación de los trabajadores que participen en el órgano de administración y control de la SE”** (art. 33). Y, en cuanto a la competencia, la Ley 31/2006 precisa que **“los órganos jurisdiccionales españoles del orden social serán competentes para conocer de los litigios a los que se refiere el artículo anterior (artículo 33) cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos o, en su defecto, cuando el demandado tenga su domicilio en España o cuando la obligación que sirviese de base a la demanda hubiese sido o debiese ser cumplida en España”** (art. 34.1), precisándose además que la determinación concreta de tal competencia se efectuará **“de acuerdo con las reglas contenidas en los artículos 6 a 11 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral”** (art. 34. 2, párrf. primero)⁴⁷.

Merece también la pena destacar cómo la Ley española introduce aquí una puntualización concreta en lo que afecta a la determinación del domicilio de la Comisión Negociadora y del órgano de representación: así, la Ley especifica que **“a los efectos previstos en los apartados anteriores, y en ausencia de acuerdo o determinación expresa al respecto, se entenderá que el domicilio de la comisión negociadora y del órgano de representación es el de registro de la SE”** (art. 34.3).

3. Dado que el legislador comunitario no ha delimitado de manera precisa los sujetos legitimados para iniciar los procedimientos judiciales de tutela de los derechos reconocidos por la Directiva 2001/86, conteniendo esta norma comunitaria sólo una referencia directa a los titulares de la capacidad para entablar procedimientos judiciales en su artículo 8.4, artículo que legitima a los representantes de los trabajadores para plantear los recursos correspondientes (administrativos o judiciales) para el caso de que el órgano de

⁴⁷ Por su parte, el art. 34.2, párrf. segundo, dispone expresamente lo siguiente: **“En su aplicación, en los procesos de conflictos colectivos, sobre impugnación de convenios colectivos y sobre tutela de los derechos de libertad sindical se atenderá a la extensión de sus efectos en territorio español”**.

control o de administración de la SE o de una sociedad participante exija confidencialidad o no facilite la información, la norma española de transposición introduce significativas novedades en este punto. De acuerdo con la misma, estarán legitimados para promover todos aquellos litigios a que se refiere la propia Ley los siguientes sujetos: **“los empresarios, los representantes de los trabajadores, la comisión negociadora y el órgano de representación de los trabajadores de la SE...”** (art. 35, párrf. primero). Asimismo, también dispone que **“los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales tendrán legitimación para la defensa de sus derechos e intereses legítimos”** (art. 35, párrf. segundo).

4. En cuanto a la resolución de los conflictos que puedan surgir a la hora de determinar la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea, éstos son reconducidos en la Ley 31/2006 a varias de las modalidades procesales que regula la Ley de Procedimiento Laboral:

a) Si se trata de litigios que sean **“relativos a la negociación sobre la implicación de los trabajadores en la SE, incluidos los relativos a la constitución y funcionamiento de la comisión negociadora, así como los relativos a la constitución y funcionamiento del órgano de representación de los trabajadores o de los procedimientos de información y consulta y los relacionados con los derechos y garantías de los miembros de la comisión negociadora, de los miembros del órgano de representación, de los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta y de los representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de control o de administración de una SE”**, la norma española de transposición dispone para ellos que **“se tramitarán conforme al proceso de conflictos colectivos...”** (art. 36.1).

b) También **“conforme al proceso de conflicto colectivo”** será tramitada **“la impugnación de la decisión del órgano competente de atribuir el carácter confidencial o de no comunicar determinadas informaciones a los miembros de la comisión negociadora, del órgano de representación de los trabajadores y, en su caso, a los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta”** (art. 36.3, párrf. primero)⁴⁸. Igualmente, también la Ley española establece que deben tramitarse conforme al proceso de “conflictos colectivos” aquellos litigios **“relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y por los expertos que les asistan de su obligación de confidencialidad”** (art. 36.3, párrf. segundo).

c) Por otro lado, la impugnación se llevará conforme al **“proceso de impugnación de convenios colectivos”**, cuando se trate de litigios que se susciten en relación a **“los acuerdos de la comisión negociadora** (por los que ésta decida no iniciar negociaciones con los órganos de las sociedades participantes o dar por terminadas las negociaciones en curso) **y al acuerdo** (de implicación), **así como a los demás acuerdos que con el órgano de competente puedan celebrar la comisión negociadora, el órgano de representación de los trabajadores y, en su caso, los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta”** (art. 36. 2).

⁴⁸ A inmediata continuación, el citado precepto precisa que **“el juez o sala de deberán adoptar las medidas necesarias para salvaguardar el carácter confidencial o secreto de la información de que se trate”** (art. 36.3, párrf. primero, *in fine*).

d) Finalmente, la Ley 31/2006 contiene una cláusula de cierre: **“las demás cuestiones litigiosas que se susciten en aplicación de ésta Ley se tramitarán, según su naturaleza, por las disposiciones establecidas para el procedimiento ordinario o por la modalidad procesal que corresponda, de conformidad con lo establecido en (...) la Ley de Procedimiento Laboral...”** (art. 37.4).

5. Para terminar con la regulación contenida en el Título III, la Ley contempla como hemos señalado la posibilidad de acudir a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos. De este modo, **“lo dispuesto en este título se entiende sin perjuicio del derecho que asiste a las partes a acudir a los procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos”** (art. 38).

2.2.5. En la Disposición Adicional Primera.

La **DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA** de la Ley 31/1996 lleva por título **“No afectación de legislaciones y prácticas nacionales”**, y la misma sigue claramente, en su punto primero, la estela de lo dispuesto en la Directiva S.E. en su artículo 13, determinando así, al igual que hacía ésta, las relaciones de la propia Ley 31/2006 con las legislaciones relativas al C.E.U. (**“cuando la SE sea una empresa de dimensión comunitaria o una empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria (...) no se le aplicarán, ni a ella ni a sus filiales, las disposiciones de dichas legislaciones, salvo en el caso de que la comisión negociadora haya adoptado (...) el acuerdo de no iniciar negociaciones o poner fin a las negociaciones ya iniciadas”**), y con otras disposiciones (**“no se aplicarán a las SE incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley las disposiciones en materia de participación de los trabajadores en los órganos sociales previstas en las legislaciones o prácticas nacionales distintas de aquellas adoptadas para dar aplicación a lo dispuesto en la Directiva 2001/86/CE...”**) (Disp. Adic. Primera, punto 1 y punto 2).

Siguiendo también lo ya antes marcado por la Directiva S.E., aunque con una redacción distinta, también establece, de manera expresa que la Ley no afectará ni **“a los actuales derechos de implicación de los trabajadores distintos de los de participación en los órganos de la SE que gocen los trabajadores de la SE y de sus centros de trabajo y empresas filiales de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales de los Estados miembros”**, ni tampoco **“a los derechos en materia de participación en los órganos que gocen los trabajadores de las filiales de la SE de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales”** (Disp. Adic. Primera, punto 3).

Por último, en cumplimiento de la potestad atribuida a los Estados miembros por la Directiva 2001/86 para adoptar las medidas necesarias para garantizar, después de la inscripción de la Sociedad Europea, el mantenimiento de las estructuras de representación de los trabajadores en las sociedades que dejen de existir como entidades jurídicas diferenciadas, la norma española de transposición dispone también expresamente que **“el registro de la SE no extinguirá por si mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores de las sociedades participantes que dejen de existir como entidades**

jurídicas diferenciadas, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad” (Disp. Adic. Primera, punto 4).

2.2.6. En la Disposición Final Primera

Finalmente, entre las aportaciones más destacadas contenidas en la Ley española de implicación se encuentran las contenidas en la **DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA**, disposición que lleva por título “*Modificación del Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el Orden Social*”.

Esta disposición final, como hemos analizado con anterioridad en esta Tesis doctoral, procede a efectuar una modificación sobre el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, en varios aspectos. En este sentido, la Ley española de implicación, en lugar de incluir en su contenido el régimen sancionador, ha optado por añadir directamente en esta disposición final primera los cambios precisos en el texto de la LISOS. Estos son los siguientes:

1. El primero de ellos se traduce en la adición al artículo 2 de la LISOS de un nuevo apartado 12, que viene a identificar a los posibles sujetos responsables de las infracciones, esto es, de las conductas tipificadas como tales en la propia Ley y a los que, por tanto, puede imputarse la correspondiente responsabilidad administrativa. De esta forma, serán sujetos responsables de las infracciones “**las sociedades europeas (...) con domicilio social en España, las sociedades, entidades jurídicas y, en su caso, las personas físicas domiciliadas en España que participen directamente en la constitución de una sociedad europea (...), así como las personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes titulares de los centros de trabajo situados en España de las sociedades europeas (...) y de sus empresas filiales y de las sociedades y entidades jurídicas participantes, cualquiera que sea el Estado miembro en que se encuentren domiciliadas, respecto de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en los términos establecidos en su legislación específica**” (Disp. Final Primera, Uno).

2. El segundo de ellos, consiste en añadir un apartado 3 al artículo 5 de la LISOS, con la finalidad de completar, o si se prefiere, ampliar, la definición de infracciones laborales, incluyendo como infracciones laborales, en este caso en materia de implicación de los trabajadores en las SE, a “**las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables (los ya citados en el punto 1 anterior) contrarias a la Ley sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas (...) europeas, o a sus normas reglamentarias de desarrollo, a las disposiciones de otros Estados miembros con eficacia en España, a los acuerdos celebrados conforme a la Ley o a las disposiciones citadas, y a las cláusulas normativas de los convenios colectivos que complementan los derechos reconocidos en las mismas, tipificadas y sancionadas de conformidad con esta ley**” (Disp. Final Primera, Dos).

3. Por último, el tercero de ellos consiste en añadir una subsección 4ª, titulada **“Infracciones en materia de derechos de información, consulta y participación de los trabajadores de las sociedades anónimas (...) europeas”** y un artículo 10 bis, titulado **“Infracciones graves y muy graves”**, a la sección 1ª del Capítulo II de la LISOS.

Se trata éste último, el artículo 10 bis, de un artículo que, como bien indica su título, determina por un lado, una serie de infracciones calificadas como “graves” (art. 10 bis, 1., letras a, b, c, d, y e) y, por otro lado, determina otra serie infracciones calificadas como muy graves (art. 10 bis, 2., letras a, b, c, d, y e), calificándose de forma residual las primeras, pues la calificación como graves de las infracciones contenidas en dicho apartado procede **“salvo que proceda su calificación como muy graves de conformidad con el apartado siguiente”**⁴⁹ (Disp. Final Primera, Tres).

⁴⁹ Vid. art. 10 bis.

2.3. EL PRINCIPIO “ANTES-DESPUÉS” EN LA LEY ESPAÑOLA DE IMPLICACIÓN.

Conviene también analizar hasta qué punto la legislación española ha sido respetuosa con la Directiva S.E. en cuanto a lo referido a la protección de los derechos adquiridos por los trabajadores en materia de implicación, y por tanto, si recoge debidamente el consabido principio “*antes-después*”.

Ya hemos comentado cómo una de las notas características de la norma española de implicación es su gran fidelidad a la Directiva 2001/86, pues incluso aquella reproduce, a veces incluso literalmente, sustanciales contenidos de ésta, llegando a afirmar en su Exposición de Motivos que la norma comunitaria se articula “*sobre el principio de conservación de los derechos adquiridos*”, al que se refiere de manera expresa como un principio que “*garantiza el mantenimiento de los derechos de participación de los trabajadores adquiridos antes de la constitución de la sociedad europea, y que dispone el deber de sus fundadores de establecer después, tras su constitución, sistemas de participación de los trabajadores que, al menos, respeten los anteriores*”.

La verdad es que si bien la Ley española es respetuosa con el “principio antes-después”, no parece que el legislador español haya ido tampoco muy lejos en la consagración de este principio; y eso que debe señalarse que la cuestión tiene más trascendencia de lo que parece, ya que se suscitaban algunas dudas acerca de la posición española en todo este tema, pues recuérdese cómo el Estado español había sido uno de los que más reticencias había adoptado casi hasta el final con el proyecto de Directiva de implicación de los trabajadores en la SE, así como las dificultades existentes para que la patronal española pudiera admitir “la idea de que una sociedad europea se matricule en España y permita una participación importante en los órganos de decisión”⁵⁰. En conclusión, respeto sí, pero sin apenas novedades en su tratamiento.

Estas novedades, básicamente, pueden sintetizarse en las dos siguientes:

⁵⁰ Cfr. MOREAU: “L’implication des travailleurs dans la société européenne”, *DS*, núm. 11, 2001, p. 975. El Consejo Económico y Social reconoció expresamente que “las organizaciones sindicales y empresariales mantienen discrepancias en relación a determinados aspectos del Anteproyecto sometido a Dictamen, que reflejan las distintas concepciones y posicionamientos que sobre la implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea han venido expresando las organizaciones europeas de trabajadores y de empresarios a lo largo de tres décadas (...)”. Cfr. Dictamen 3/2005, sobre el Anteproyecto de Ley de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea, del Consejo Económico y Social, aprobado en sesión ordinaria del 18 de mayo de 2005, pp. 5-6.

1. Una de menor importancia, consistente en precisar que a efectos de determinar si cabe la aplicación de las llamadas disposiciones subsidiarias serán tomados en consideración “todos los sistemas de participación (...) con independencia de origen legal o convencional”⁵¹, lo cual contribuye, como hemos destacado recientemente, a proporcionar una mayor precisión y a contribuir a la seguridad jurídica.

2. Otra de mayor importancia, también señalada anteriormente⁵², en virtud de la cual la constitución de una SE o los cambios sustanciales acaecidos con la finalidad de perjudicar los derechos de implicación de los trabajadores (y así se declare por sentencia judicial) generan la obligación legal de llevar a cabo una nueva negociación⁵³, calificándose además como una “infracción administrativa muy grave” el recurso indebido a la constitución de una Sociedad Europea con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de información, consulta y participación que tuviesen, o de hacerlos ineficaces⁵⁴.

⁵¹ Art. 14.3 de la Ley española de implicación.

⁵² Vid. “*Uso indebido de los procedimientos*”. Parte II, Capítulo 5.4, de esta Tesis doctoral.

⁵³ Art. 26 de la Ley 31/2006: “Efectos en el caso de constitución de la SE en perjuicio de los derechos de implicación de los trabajadores”. Recuérdese que este precepto tiene su origen en el art. 11 de la Directiva S.E., en relación, precisamente, con el “uso indebido de los procedimientos”.

⁵⁴ Disp. Final Primera.Tres, por la que se modifica la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

2.4. ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES.

La Ley 31/2006 viene a aparecer a la realidad jurídica como un texto normativo complejo, completo y ajustado a los imperativos marcados en la directiva comunitaria correspondiente, la Directiva S.E. Al igual que ocurre con ésta, la Ley española de implicación aparece como garantía del respeto de los derechos de los trabajadores implicados en el proceso de constitución de una Sociedad Europea.

Asimismo, la Ley española se configura con una estructura acertada, justificada por la dualidad de objeto y alcance puesta de manifiesto en los Títulos I y II de la misma.

Respecto a la cuestión de si la Ley española de implicación cumple satisfactoriamente con la imprescindible labor de transposición al ordenamiento jurídico español de los mandatos contenidos en la Directiva 2001/86/CE, la respuesta a este aspecto capital debe ser positiva, debiendo reconocerse el buen hacer del legislador español⁵⁵: la norma española, en parte, viene a reproducir el contenido de la Directiva y, en parte, hace un uso adecuado de la autorización de la norma comunitaria concretando y precisando determinados aspectos de la misma.

En este sentido, otra de las notas que también va a caracterizar a la norma española es su significativa fidelidad a la Directiva 2001/86. La transposición de la Directiva S.E. a nuestro ordenamiento jurídico, realizada por la Ley 31/2006, acaba resultando no sólo bastante completa sino que se ajusta adecuadamente al papel otorgado por la norma comunitaria a los legisladores internos, pues evita caer en una excesiva nacionalización del sistema de implicación de los trabajadores en la SE, uno de los principales temores que, a priori, existían: a diferencia de la amplia libertad negocial concedida a la negociación colectiva, los Estados, en su correspondiente labor de transposición no podían caer en la tentación de nacionalizar excesivamente el sistema de implicación que rige para las Sociedades Europeas domiciliadas en su territorio, so pena de que, al hacerlo, se perdiera de vista significativamente el objetivo perseguido por la norma comunitaria; eso sí, son diversos los aspectos que han sido de algún modo moldeados, precisados o concretados en el texto de la norma española de transposición por parte del legislador español, en su correspondiente labor consistente en completar y aclarar la norma comunitaria, tal y como hemos podido apreciar en páginas anteriores, pero ello no ha supuesto, en nuestra opinión, la pérdida del sentido y de la esencia comunitaria de la propia figura de la *Societas Europaea*.

⁵⁵ Igual valoración se hace por Pérez Campos en la obra: A. I. PÉREZ CAMPOS, Y. CANO GALÁN, C. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, R. Y. QUINTANILLA NAVARRO: *La implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Colección Estudios de Derechos Laboral, Thomson-Civitas, 2007, p. 54.

Por otro lado, la Ley española de implicación se manifiesta también respetuosa con la arquitectura diseñada por la Directiva S.E., asentada sobre los dos conocidos grandes pilares: la potenciación de la negociación colectiva y el respeto al denominado “principio antes-después”, si bien no parece que el legislador español haya ido muy lejos en la consagración de este principio. Como hemos indicado en el apartado anterior de este Capítulo, podemos afirmar que, en conclusión, respecto al citado principio sí, pero sin apenas novedades en su tratamiento por la Ley española, salvo las novedades ya anteriormente comentadas⁵⁶.

Pero, la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2001/86 supone también una novedad legal de cierta trascendencia; puede constituir un primer paso, un acicate para una posible y futura implantación de sistemas de cogestión societaria en nuestro derecho. Sin embargo, como tradicionalmente ni la legislación española ni la práctica negocial propia de nuestro país ha contemplado fórmulas de participación en el sentido aludido por la Directiva S.E. (una participación orgánica entendida como involucración de los trabajadores en los órganos societarios) en principio no parece muy previsible que en las Sociedades Europeas finalmente domiciliadas en nuestro territorio vayan a implantarse tales sistemas salvo que, como señala MONEREO PÉREZ, tales sistemas “vengan impuestos por la aplicabilidad de las normas subsidiarias”⁵⁷.

En cualquier caso, tampoco parece excesivamente probable que sean muchas las Sociedades Europeas finalmente domiciliadas en nuestro país. De las alrededor de 103 SE que se habían constituido en Europa a fecha de enero de 2008 ninguna era española, siendo la mayoría alemanas (42 de ellas), existiendo también en número importante en Austria, Países Bajos y los países nórdicos⁵⁸. Hay, pues, un predominio mayoritario de constitución y registro de SE en los países del área de la “participación”, siendo menos frecuente en aquellos otros que tradicionalmente no han contemplado la presencia de representantes de los trabajadores en los órganos internos de las sociedades.

⁵⁶ *Vid. infra.*

⁵⁷ Cfr. J. L. MONEREO PÉREZ et al.: *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas...*, op. cit. 152.

⁵⁸ Cfr. www.worker-participation.eu/european-company. Hay que destacar que el Instituto Sindical Europeo, con la ayuda de la fundación sindical alemana Hans-Böckler, ha creado un grupo de expertos con el nombre de *SEEurope* que se ha encargado de vigilar el adecuado proceso de transposición nacional de la Directiva S.E. y de velar por su correcta aplicación (www.seeurope-network/homepages/seeurope/europeancompany/html.org). Entre las compañías registradas ya como SE se han indicado una variedad de razones a la hora de proceder a asumir la forma jurídica de SE: por ejemplo, simplificar su estructura legal u organizativa, adecuar la forma jurídica de la empresa a su realidad económica, o asumir una fuerte identidad europea en el resto del mundo. Obviamente, la cuestión de la posible representación de los trabajadores en los órganos internos de la SE no les ha disuadido de tal constitución. Ninguno de los casos de las primeras SE surgidas en Europa evidencian que la abolición de los derechos de participación existentes para los trabajadores existiese en su agenda oculta. Esto es, en ninguna de las compañías donde existían derechos de participación previos para los trabajadores el porcentaje de representantes de los trabajadores en los órganos de la compañía ha sido reducido. Así, los trabajadores están representados en los Consejos de Vigilancia de Allianz SE (50% de asientos), MAN Diesel SE (50%), Fresenius (50%), BASF (50%), Porsche Holding SE (50%), Suiteco SE (1/3), SCOR SE (2 asientos), Strabag SE (1/3) etc... En el caso de Plansee SE, el cambio hacia un sistema monístico en su estructura ha llevado incluso a incrementar el porcentaje de representación para los trabajadores (2/5 en lugar de 1/3).

Como también señala MONEREO, tratándose de Sociedades Europeas domiciliadas en España lo usual será que se implanten derechos de información y consulta para los representantes de los trabajadores (representación que podrá canalizarse bien de manera informal o bien de manera institucionalizada a través del correspondiente “órgano de representación”), pues el modelo español de relaciones laborales es tradicionalmente ajeno a las formas colaborativas de gobierno corporativo en las compañías, así como al necesario acuerdo consensuado de las partes sociales en la empresa que requeriría el establecimiento de sistemas de participación orgánica, caso en el que sería conveniente la adopción recíproca de actitudes dirigidas a intentar “suavizar” las conflictos de intereses que se pudieran suscitar en el seno de la misma.

En definitiva, la aplicación de normas de participación para las SE domiciliadas en España será a priori difícil e infrecuente en cualquier caso, y aunque hipotéticamente podría producirse como consecuencia de la aplicación de dos supuestos diferentes, el primero de ellos parece aún menos probable que ocurra que el segundo, que ya de por sí lo consideramos poco probable.

Estos dos supuestos son los siguientes:

1. Participación como consecuencia de su negociación en el correspondiente “acuerdo de implicación”.

Parece casi seguro que en nuestro país los acuerdos de implicación negociados entre la Comisión Negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes se limitarán a conferir derechos de información y consulta a los representantes de los trabajadores, pues incluso por el lado de los trabajadores es difícil que los representantes de los mismos apoyen un modelo participativo, dada la tradicional pervivencia en nuestro país, todavía en nuestros días (aunque quizás ya con menos virulencia que en el pasado), de un modelo conflictual de relaciones laborales.

En estos casos, la participación será muy poco probable, dejando a salvo el caso de que se trate de una SE por transformación en el que la sociedad anónima transformada contase con experiencias de participación anteriores a dicha transformación (en las otras modalidades de constitución de una SE, dándose determinados requisitos previstos tanto en la Directiva S.E. como en la Ley de implicación es posible, como sabemos, que las partes puedan acordar reducir la participación preexistente en las sociedades participantes), caso que, por otra parte es muy difícil que se haya producido en las Sociedades Anónimas Españolas que se pretenden transformar en Sociedades Europeas, dada la tradicional imposición en la legislación española histórica de fórmulas de información y consulta de los trabajadores en las empresas pero no de participación (orgánica), por lo que prácticamente se desconocen en nuestro país experiencias negociadoras en las que se acuerde la involucración de los trabajadores en los órganos de gobierno de las sociedades. Sería muy difícil, por tanto, que una sociedad anónima española que se transformase en Sociedad Europea hubiera desarrollado antes en su seno experiencias “participativas” que hubieran después de ser respetadas en la futura SE constituida, de acuerdo con el juego del principio “antes después”.

Fuera de este caso, poco probable, podríamos decir que sería casi inaudito que los acuerdos de implicación que se decanten por crear un órgano de representación en la SE (órgano que quizás será la fórmula más frecuentemente contemplada en los acuerdos para garantizar la implicación del personal en la SE), le atribuyan al mismo derechos de participación en el doble sentido consistente en o bien decidir sobre los miembros que formen parte del órgano de administración o control, o bien formar parte de los mismos.

2. Como consecuencia de la aplicación de las disposiciones subsidiarias.

Respecto a la posibilidad de que la participación pudiera venir de la mano en las Sociedades Europeas domiciliadas en España, no de la negociación del acuerdo de implicación, sino de la aplicación de las normas subsidiarias, primero deben darse los supuestos contemplados en la Ley que determinan la puesta en juego de las mismas (art. 14.1 de la Ley de implicación). Pero además, en lo que respecta a las disposiciones subsidiarias en materia de participación, éstas sólo son de aplicación cuando concurren una serie de circunstancias:

1. La primera de ellas es difícil y también poco probable que ocurra, pues vendría determinada por el caso de que una Sociedad Anónima Española que pretende transformarse en SE contase previamente con un sistema de participación, y antes hemos puesto de manifiesto como esta situación es muy improbable que se produjera, dada la casi inexistencia de experiencias “participativas” (en el aludido sentido de participación orgánica, insistimos) en el ámbito empresarial español.

2. La segunda de ellas, más probable pero tampoco demasiado, alude al caso de una SE por fusión en la que previamente a la inscripción de la misma se aplicase a alguna de las sociedades constituyentes un sistema de participación de los trabajadores en el órgano de administración o control que afectase al menos al 25% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades que se fusionan, o bien a porcentaje inferior si la Comisión Negociadora así lo decide.

Es obvio que, en un proceso de fusión, sociedades españolas pueden coincidir en el mismo con sociedades extranjeras que sí que cuenten con experiencias participativas previas a la hora de constituir la Sociedad Europea, pero si esa participación no afecta, como mínimo, al aludido porcentaje del 25% es difícil que al menos por lo que respecta a los representantes españoles integrados en la Comisión Negociadora éstos se decanten por el establecimiento de tales fórmulas de participación.

En cualquier caso, será más fácil y probable que en este segundo caso (SE por fusión) pueda prosperar la aplicación de las disposiciones subsidiarias en materia de participación que en el caso de una Sociedad Anónima Española que decide transformarse en SE; será más fácil y probable que ocurra, eso sí, en tanto en cuanto entre las sociedades participantes en la fusión haya empresas con sistemas significativos de participación (o sea, que afecten al menos al 25% del conjunto de trabajadores afectados) o estén presentes en la Comisión Negociadora representantes de los trabajadores procedentes de países con participación orgánica (y recuérdese que la decisión de la Comisión Negociadora de rebajar el aludido porcentaje requerirá para su adopción el voto favorable de la mayoría absoluta de

sus miembros, que a su vez represente a una mayoría absoluta de los trabajadores, disponiendo cada miembro de un voto⁵⁹).

3. La tercera de las posibilidades es de aplicación a los casos de SE por constitución de una filial común o por creación de un holding: el porcentaje señalado en el supuesto anterior (25%) se incrementa en estos casos al 50%, si bien también se prevé que, al igual que ocurre en el caso de una SE por fusión, siendo inferior dicho porcentaje la Comisión Negociadora pudiera decidir expresamente que esos sistemas de participación de los trabajadores fuesen de aplicación a la Sociedad Europea.

Las posibilidades de que se produzca este tercer supuesto para el caso de una SE domiciliada en nuestro país son similares a las del supuesto anterior (sin obviar la relevancia que puede tener el hecho que se exija un porcentaje significativamente mayor en estas dos últimas modalidades constitutivas) y pasan por las mismas premisas antes indicadas.

Estas últimas dos posibilidades (las señaladas en los números 2 y 3 anteriores), que podrían suponer una vía a través de la cual la aplicación de las normas de participación podría tener cierta entrada en las Sociedades Europeas domiciliadas en nuestro país no puede hacernos olvidar que, dada la preferencia del legislador tanto comunitario como nacional por la negociación y por la autonomía de las partes interesadas, lo más usual será que, en términos generales, en la Sociedades Europeas “*españolas*” la implicación de los trabajadores sea el resultado de unas negociaciones efectuadas entre la Comisión Negociadora y el órgano competente de las sociedades participantes, que tal implicación se regule en un acuerdo concreto (el “*acuerdo de implicación*”), y que la misma se articule por medio de un órgano de representación de los trabajadores al que solamente se le atribuyan derechos de información y consulta.

Se trataría de una implicación que se canalizaría, por tanto, a través de un órgano ad-hoc, de carácter externo, resultante de un proceso negociador, y que es más cercano a la propia realidad y tradición española en materia de participación y representación de los trabajadores que la otra posibilidad alternativa consistente en el establecimiento de procedimientos no institucionalizados de información y consulta, los cuales, por otra parte, sí que podrían ser bien acogidos en otros sistemas jurídicos europeos como el británico, en los que la participación y representación de los trabajadores se ha solido llevar a cabo a través instancias y procedimientos mucho más informales.

En conclusión, un órgano de representación de los trabajadores limitado al ejercicio de funciones de información y consulta y, en definitiva, habitualmente privado de derechos participativos en el sentido expuesto en la normativa S.E., será la opción más frecuente y habitual a través de la cual se garantizará la implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas domiciliadas en España. En este sentido, y como señala GARCÍA ROMERO, la posibilidad de implicación a través de la participación orgánica constituye un reto claro para los protagonistas del sistema español de representación del personal a la hora de contemplar esta vía como un normalizado cauce de expresión del propio

⁵⁹ En aplicación de lo dispuesto en el art. 9 de la Ley 31/2006, que prevé que esa sea la mayoría requerida para adopción de acuerdos en el seno de la Comisión Negociadora salvo en aquellos casos expresos en los que la propia Ley establezca una mayoría específica diferente.

mecanismo representativo, ya sea de forma conjunta o alternativa a la existencia de órganos específicos de representación de los trabajadores en estructuras complejas y transnacionales⁶⁰.

⁶⁰ Cfr. B. GARCÍA ROMERO: *Modelos de sociedades europeas y disfunciones entre el ordenamiento...*, p. 156.

-ANEXO-

TABLA 1: ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN EN LOS PAÍSES EUROPEOS

NOMBRE DEL ÓRGANO		LÍMITES	Miembros	Presidente
ALEMANIA	<i>Betriebstrat</i> Comité de empresa	5	Electos	Electo
REINO UNIDO	<i>Shop stewards</i>	-	Electos	Electo
IRLANDA	<i>Shop stewards</i>		Electos	Electo
BÉLGICA	<i>Conseil d'entreprise</i> Comité de empresa	100	Electo+dirección	Empresario
LUXEMBURGO	<i>Comité mixte d'entreprise</i> Consejo de Empresa mixto	150 (DP 15)	½ electos ½ dirección	Empresario
HOLANDA	<i>Ondermeningsraad</i> Comité de Empresa	35	Electos	Electo
DINAMARCA	<i>Samarbejdsudvaig</i>	35	½ electos ½ dirección	Empresario
ITALIA	<i>RSU</i>	15	2/3 electos	Electo o Designado
ESPAÑA	<i>Comité de empresa</i>	50 (DP 6)	Electos	Electo
PORTUGAL	<i>Comissao de trabalhadores</i>	-	Electos	Electo
GRECIA	Comité de empresa o delegados sindicales	50 (DS 20)	Electos	Electo
FRANCIA	<i>Comité d'entreprise</i>	50 (DP 11)	Repres. Electos + Dirección	Empresario
SUECIA	<i>Förtroedeman</i> Delegados sindicales	-	Designados	Designado
FINLANDIA	<i>Luottamusmies</i> Delegados sindicales	-	Designados	Designado
NORUEGA	<i>Bedriftsvalg</i> Comité de empresa	100 (DS -)	½ Electos ½ Dirección	Alternando
ISLANDIA	Delegados sindicales	5	Designados	Designado
AUSTRIA	<i>Betriebstrat</i> Comité de empresa	5	Electos	Electo
LIECHTENSTEIN	<i>Betriebskommission</i> Comité de empresa	50	Electos	Electo

DP: Delegados de Personal; DS: Delegados Sindicales

TABLA 2: LA PARTICIPACIÓN ORGÁNICA EN LA UNIÓN EUROPEA.

ESTADO	ORGANO		Sector		Representantes del Trabajador
	CD	CV	Público	Privado	
ALEMANIA		X	+500 Trabajadores Incluyendo grupos		1/3 puestos, si hay 500-2000 trabajadores. 1/2 puestos si hay + de 2000 trabajadores. Presidente, designado por accionistas, tiene voto de calidad. 1/2 puestos en industria minas-acero si hay + 1000 trabajadores. Director de Trabajo, con acuerdo de los trabajadores.
LUXEMBURGO	X		Semi-público	Respons. limitada Co. + 1000 trabaj.	1/3 puestos
HOLANDA		X	+ 100 trabajadores		Derecho de recomendación y veto en la designación de miembros CD y CV. Reuniones conjuntas de la empresa y CV.
DINAMARCA	X		+ 50 trabajadores Grupos		De dos miembros a 1/3 de puestos. 1/3 de puestos para Repres. de Sucursales, + 2 miembros para compañía matriz si hay + 50 trabajadores; max. total 1/2 puestos.
FRANCIA	X	(X)	Compañías con CD o CV		De 2 a 4 miembros del comité de empresa asisten a reuniones con capacidad de asesoramiento. Posibilidad de dejar constancia de sus quejas, con derecho a obtener una respuesta razonada.
			+ 200 trabajadores		2 miembros, si 200-1000 trabajadores; 1/3 miembros, si + 1000 trabajadores
SUECIA	X	(X)	+ 25 trabajadores a nivel de grupo		minoría: 2 miembros (y 2 suplentes); 3 miembros (y tres suplentes), si + 1000 trabajadores en Suecia.
FINLANDIA	X		+ 150 trabajadores		Depende del acuerdo, de lo contrario: 1 a 4 miembros, representando 1/4 puestos.
			grupos + 500 trabajadores en Finlandia		
NORUEGA	X		+ 30 trabajadores		De 2 miembros a 1/3 puestos (+ 1 o 2 Observadores, si más de 2000 trabajadores y no hay una asamblea conjunta)
			posible para grupos		o, si + 200 trabajadores con asamblea conjunta, un 1/3 puestos. Ésta escoge el CD y tiene poder de toma de decisión para inversiones y cambios mayores.
AUSTRIA		X	incluyendo grupos		1/3 puestos.

CD: Consejo de Dirección. CV: Consejo de Vigilancia.

-ÍNDICE POR MATERIAS-

- *Acuerdo de implicación (SE)*: Parte II, Cap. 3, 3.3.2.

- *Acuerdo (y Protocolo) sobre Política Social europea*: Parte I, Cap. 4, 4.1.1.

- *Aspectos procesales (implicación S.E.)*: Parte II, Cap. 5., 5.5.
 - Competencia: Parte II, Cap. 5., 5.5.2.
 - Capacidad Jurídica: Parte II, Cap. 5., 5.5.1.
 - Jurisdicción: Parte II, Cap. 5., 5.5.2.
 - Legislación: Parte II, Cap. 5., 5.5.4.
 - Legitimación procesal: Parte II, Cap. 5., 5.5.3.
 - Modalidades procesales: Parte II, Cap. 5., 5.5.4.
 - Solución extrajudicial de conflictos: Parte II, Cap. 5., 5.5.4.

- *Betriebsrat*: Parte I, Cap. 1, 1.2.3; Parte I, Cap. 1, 1.3.2.

- *Carta Comunitaria sobre Derechos Sociales Fundamentales*: Parte I, Cap. 4, 4.1.1.

- Cláusula “*opting-out*”: Parte II, Cap.4, 4.3.

- *Codecisión*: Parte I, Cap.1, 1.2.; Parte I, Cap.1, 1.2.3.

- *Codeterminación*: Parte I, Cap.1, 1.2.; Parte I, Cap.1, 1.2.4.

- *Cogestión*: Parte I, Cap.1, 1.2.; Parte I, Cap.1, 1.2.4.; Parte I, Cap. 1, 1.3.2.

- *Comisión Negociadora (implicación SE)*: Parte II, Cap. 3, 3.2.1; Parte II, Cap. 3, 3.2.2.; Parte 2, Cap. 3, 3.3.
 - Composición: Parte II, Cap. 3, 3.2.2.1.
 - Financiación: Parte II, Cap. 3, 3.2.2.2.
 - Funcionamiento: Parte II, Cap. 3, 3.2.2.2.
 - Funciones: Parte II, Cap. 3, 3.2.2.2.

- *Comissione interna*: Parte I, Cap. 1, 1.2.3; Parte I, Cap. 1, 1.3.4.

- *Comités de Empresa*: Parte 1, Cap.1, 1.2.3.; Parte I, Cap. 1, 1.4.2.

- *Comité de Empresa Europeo (C.E.U.)*: Parte I, Cap. 2, 2.4.; Parte I, Cap. 4.
Directiva 94/45/CEE: Parte I, Cap. 4, 4.2.
Ley 10/1997, de 24 de abril: Parte I, Cap. 4, 4.3.
Propuesta de Directiva de 1991: Parte I, Cap. 4, 4.1.1.; Parte I, Cap. 4, 4.1.2.

- *Comité d'entreprise* (Francia): Parte I, Cap. 1, 1.2.3; Parte I, Cap. 1, 1.3.5.

- *Comité de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail* (Bélgica): Parte I, Cap. 1, 1.3.6.

- *Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail* (Francia): Parte I, Cap. 1, 1.3.5.

- *Confidencialidad y reserva* (implicación SE): Parte II, Cap. 5, 5.1.

- *Consiglio di Fabbrica*: Parte I, Cap. 1, 1.2.3; Parte I, Cap. 1, 1.3.4.

- *Consulta*: Parte 1, Cap.1., 1.2.; Parte 1, Cap.1, 1.2.2.; Parte II, Cap. 2, 2.1.
Concepto de consulta (S.E.): Parte II, Cap. 2, 2.1.
Consulta-negociación: Parte 1, Cap.1, 1.2.2.
Consulta-veto relativo: Parte 1, Cap.1, 1.2.2.

- *Cooperación entre las partes* (implicación S.E.): Parte II, Cap. 5, 5.2.

- *Délégués du personnel* (Francia): Parte I, Cap. 1, 1.2.3; Parte 1, Cap. 1, 1.3.5.

- *Délégations syndicales du personnel des entreprises* (Bélgica): Parte I, Cap. 1, 1.3.6.

- *Délégués syndicaux* (Francia): Parte I, Cap. 1, 1.3.5.

- *Democracia industrial*: Parte I, Cap. 1, 1.1.1.; Parte I, Cap. 1, 1.1.2.

- *Directiva 2002/14/CE*: Parte II, Cap. 2, 2.1

- *Directiva C.E.U. 94/45/CEE*: Parte I, Cap. 4, 4.1, Parte I, Cap. 4, 4.2.; Parte II, Cap. 2., 2.2.2.

Acuerdo de constitución CEU: Parte I, Cap. 4, 4.2.; Parte I, Cap. 4, 4.3.

Ámbito de aplicación: Parte I, Cap. 4, 4.2.

Aplicación territorial: Parte I, Cap. 4, 4.2.

Comisión Negociadora (Grupo especial de negociación): Parte I, Cap. 4, 4.2.; Parte I, Cap. 4, 4.3.

Contenido: Parte I, Cap. 4, 4.2.

Deber de confidencialidad: Parte I, Cap. 4, 4.2.; Parte I, Cap. 4, 4.3.

Disposiciones subsidiarias: Parte I, Cap. 4, 4.2.; Parte I, Cap. 4, 4.3.

Esfera competencial del Comité de Empresa Europeo: Parte I, Cap. 4, 4.2.

Procedimiento Negociador: Parte I, Cap. 4, 4.2.; Parte I, Cap. 4, 4.3.

Proceso de elaboración: Parte I, Cap. 4, 4.2.

Transposición: Parte I, Cap. 4, 4.2., Parte I, Cap. 4, 4.3.

- *Directiva S.E. 2001/86/CEE*: Parte II, Cap. 2; Parte II, Cap. 3; Parte II, Cap. 4; Parte II, Cap.5; Parte III, Cap. 1.

Acuerdo de implicación: Parte II, Cap. 3, 3.3.

Ámbito de aplicación: Parte II, Cap. 2, 2.2.1.

Cláusula “opting-out”: Parte II, Cap.4, 4.3.

Concepto de consulta: Parte II, Cap. 2, 2.1.

Concepto de “cualquier otro mecanismo”: Parte II, Cap. 2, 2.1.

Concepto de implicación: Parte II, Cap. 2, 2.1.

Concepto de información: Parte II, Cap. 2, 2.1.

Concepto de participación: Parte II, Cap. 2, 2.1.

Comisión Negociadora: Parte II, Cap. 3, 3.2.1; Parte II, Cap. 3, 3.2.2.

Coordinación con otras normas: Parte II, Cap. 2., 2.2.2.

Cooperación entre las partes: Parte II, Cap. 5, 5.2.

Cumplimiento: Parte II, Cap. 5, 5.5.

Disposiciones de referencia: Parte II, Cap. 3, 3.3.3.; Parte II, Cap. 3, 3.3.4. Parte II, Cap.4.

Facultad de reserva: Parte II, Cap. 5, 5.1.

Obligación de confidencialidad: Parte II, Cap. 5, 5.1.

Principio “antes-después”: Parte II, Cap. 2, 2.3.2.

Principios de “subsidiariedad” y de “proporcionalidad”: Parte II, Cap. 2, 2.3.1.

Proceso Negociador: Parte II, Cap. 3.

Protección representantes trabajadores: Parte II, Cap. 5, 5.3.

Síntesis y conclusiones: Parte III, Cap. 1.

Uso indebido de los procedimientos: Parte II, Cap. 5, 5.4.

- *Disposiciones subsidiarias o de referencia (implicación SE)*: Parte II, Cap. 3, 3.3.3.; Parte II, Cap. 3, 3.3.4; Parte II, Cap.4.

Aplicación: Parte II, Cap.4, 4.1.

Disposiciones subsidiarias en materia de participación: Parte II, Cap.4, 4.4.

Órgano de representación: Parte II, Cap.4., 4.3.

- *Estatuto de la Sociedad Europea*: Parte II, Cap. 1, 1.1., Parte 2, Cap. 1, 1.2.
 - Base jurídica: Parte II, Cap. 1, 1.2.2.
 - Consideraciones generales: Parte II, Cap. 1, 1.1.
 - Técnica jurídica: Parte II, Cap. 1, 1.2.1.

- *Health & Safety Committee* (Reino Unido): Parte I, Cap. 1, 1.3.7.

- *Implicación* (de los trabajadores en la empresa): Parte I, Cap. 1, 1.1.3; Parte II, Cap. 2, 2.1.
 - Concepto de implicación (S.E.): Parte II, Cap. 2, 2.1.

- *Información*: Parte I, Cap.1, 1.2.; Parte I, Cap.1, 1.2.1; Parte II, Cap. 2, 2.1.
 - Concepto de información (S.E.): Parte II, Cap. 2, 2.1.

- *Joint consultation committees* (Reino Unido): Parte I, Cap. 1, 1.2.3; Parte I, Cap. 1, 1.3.7.

- *Ley 41/1962, de 21 de julio, por la que se establecía la participación del personal en la administración de las empresas que adoptasen la forma jurídica de Sociedad*: Parte I, Cap.1.4.1.

- *Ley 10/1997, de 24 de abril*: Parte I, Cap. 4, 4.3.; Parte II, Cap. 2., 2.2.2.

- *Ley 31/2006, de 18 de octubre*: Parte II, Cap. 2, 2.1.; Parte II, Cap. 2., 2.2.2.; Parte II, Cap. 2, 2.3.2; Parte II, Cap. 3; Parte II, Cap. 4; Parte II, Cap. 5; Parte III, Cap.2.
 - Acuerdo de implicación: Parte II, Cap. 3, 3.3.
 - Aspectos procesales: Parte II, Cap. 5, 5.5.
 - Aportaciones: Parte III, Cap.2, 2.2.
 - Comisión Negociadora: Parte II, Cap. 3, 3.2.1; Parte II, Cap. 3, 3.2.2.
 - Conceptos de implicación, información, consulta y participación: Parte II, Cap. 2, 2.1.
 - Conclusiones finales: Parte III, Cap. 2, 2.4.
 - Coordinación con otras normas: Parte II, Cap. 2., 2.2.2.
 - Cooperación entre las partes: Parte II, Cap. 5, 5.2.
 - Cumplimiento: Parte II, Cap. 5, 5.4.
 - Disposiciones subsidiarias: Parte II, Cap. 3, 3.3.3.; Parte II, Cap. 3, 3.3.4. Parte II, Cap.4.
 - Efectos en el caso de constitución de la SE en perjuicio de los derechos de implicación de los trabajadores: Parte II, Cap. 5, 5.4.
 - Estructura: Parte III, Cap.2, 2.1.
 - Facultad de reserva: Parte II, Cap. 5, 5.1.
 - Infracciones Laborales: Parte II, Cap. 5., 5.5.5.

- Obligación de confidencialidad: Parte II, Cap. 5, 5.1.
Principio “antes-después”: Parte II, Cap. 2, 2.3.2; Parte III, Cap.2, 2.3.
Proceso de elaboración: Parte III, Cap. 2, 2.1.
Proceso Negociador: Parte II, Cap. 3.
Protección representantes trabajadores: Parte II, Cap. 5, 5.3.
Síntesis y conclusiones: Parte III, Cap. 2.
- *Ley 38/2007, de 16 de noviembre*: Parte II, Cap. 2, 2.1.
- *Negociación colectiva*: Parte I, Cap.1, 1.2.; Parte 1, Cap.1, 1.2.3.
- *Ondernemingsraad* (Holanda): Parte 1, Cap. 1, 1.3.3.
- *Ondernemingsraad/Conseil d'entreprise* (Bélgica): Parte I, Cap. 1, 1.3.6.
- *Órgano de representación* (disposiciones subsidiarias SE): Parte II, Cap. 4, 4.3.
Competencias: Parte II, Cap. 4, 4.3.2.
Composición: Parte II, Cap. 4, 4.3.1.
Constitución: Parte II, Cap. 4, 4.3.1.
Funcionamiento: Parte II, Cap. 4, 4.3.3.
Renovación: Parte II, Cap. 4, 4.3.1.
- *Participación de los trabajadores en la empresa*: Parte I, Cap. 1, 1.1.1.; Parte I, Cap. 1, 1.1.2.; Parte I, Cap. 1, 1.1.3., Parte I, Cap. 1, 1.3.1; Parte II, Cap. 2, 2.1.
Concepto de participación (S.E.): Parte II, Cap. 2, 2.1.
Formas de participación (en función de su intensidad): Parte I, Cap.1, 1.2.
Participación conflictual: Parte I, Cap. 1, 1.1.3.
Participación directa: Parte I, Cap. 1, 1.1.3.; Parte I, Cap. 1, 1.3.1.
Participación externa: Parte I, Cap. 1, 1.1.3.
Participación indirecta: Parte I, Cap. 1, 1.1.3.; Parte I, Cap. 1, 1.3.1.
Participación institucional: Parte I, Cap. 1, 1.1.3.
Participación interna: Parte I, Cap. 1, 1.1.3.
- *Participación y representación de los trabajadores en diferentes países de la Unión Europea*: Parte I, Cap. 1, 1.3.
- Participación y representación en Alemania: Parte I, Cap. 1, 1.2.3; Parte I, Cap. 1, 1.2.4.; Parte I, Cap. 1, 1.3.2.
Participación y representación en Bélgica: Parte I, Cap. 1, 1.3.6.
Participación y representación en España: Parte I, Cap. 1, 1.2.3, Parte I, Cap. 1, 1.4.
Participación y representación en Francia: Parte I, Cap. 1, 1.2.3; Parte I, Cap. 1, 1.3.5.

- Participación y representación en Holanda: Parte I, Cap. 1, 1.2.4. ; Parte I, Cap. 1, 1.3.3.
- Participación y representación en Italia: Parte I, Cap. 1, 1.2.3; Parte I, Cap. 1, 1.3.4.
- Participación y representación en el Reino Unido: Parte I, Cap. 1, 1.2.3; Parte I, Cap. 1, 1.3.7.
- Participación y representación en Suecia: Parte I, Cap. 1, 1.2.4.
- Principio “*antes-después*”: Parte I, Cap. 2, 2.4.; Parte II, Cap. 2, 2.3.2.; Parte III, Cap.2, 2.3.
- Principio de “*proporcionalidad*”: Parte II, Cap.2, 2.3.1.
- Principio de “*subsidiariedad*”: Parte I, Cap. 4, 4.1.1.; Parte I, Cap. 4, 4.2., Parte II, Cap. 2, 2.3.1.
- *Proceso negociador* (implicación S.E.) Parte II, Cap. 3.
Desarrollo del proceso negociador: Parte II, Cap.3, 3.3.1.
Inicio proceso negociador: Parte II, Cap. 3, 3.2.1.
Partes negociadoras: Parte II, Cap.3, 3.2.1; Parte II, Cap.3, 3.2.2; Parte II, Cap.3, 3.2.3.
Terminación del proceso: Parte II, Cap.3, 3.3.2.; Parte II, Cap.3, 3.3.3.; Parte II, Cap.3, 3.3.4.
- *Propuesta de Vª Directiva*: Parte I, Cap. 3.
Propuesta de Vª Directiva de 1972: Parte I, Cap. 3, 3.2.
Propuesta modificada de 1983: Parte I, Cap. 3, 3.3.
- *Propuesta Vredeling*: Parte I, Cap. 4, 4.1.1.
- *Propuesta Vredeling-Richard*: Parte I, Cap. 4, 4.1.1.
- *Protección representantes trabajadores* (S.E.): Parte II, Cap. 5, 5.3.
- *Rappresentanza sindacale unitaria* (R.S.U.): Parte I, Cap. 1, 1.2.3; Parte I, Cap. 1, 1.3.4.
- *Reglamento S.E.*: Parte II, Cap. 1, 1.3.
Características generales: Parte II, Cap. 1, 1.3.1.
Constitución de la SE: Parte II, Cap. 1, 1.3.3.
Domicilio social: Parte II, Cap. 1, 1.3.2.

Funcionamiento de la SE: Parte II, Cap. 1, 1.3.4.

Objeto: Parte II, Cap. 1, 1.3.1.

Publicidad registral: Parte II, Cap. 1, 1.3.2.

- *Representación de los trabajadores en la empresa*: Parte I, Cap. 1, 1.1.3.

Representación participativa: Parte I, Cap. 1, 1.1.3.

Sistemas de “canal doble de representación”: Parte I, Cap.1, 1.2.3.; Parte I, Cap. 1., 1.4.2.

Sistemas de “canal único de representación”: Parte I, Cap.1, 1.2.3.

- *Représentant syndical* (Francia): Parte I, Cap. 1, 1.3.5.

- *Responsabilidad social corporativa*: Parte I, Cap. 1, 1.1.3.

- *Sections syndicales* (Francia): Parte I, Cap. 1, 1.3.5.

- *Shop stewards* (Reino Unido): Parte I, Cap. 1, 1.2.3; Parte I, Cap. 1, 1.3.7.

- *Sociedad Anónima Europea* (Antecedentes S.E.): Parte I, Cap. 2.

Consejo Europeo de Niza: Parte I, Cap. 2., 2.4.

Informe Davignon: Parte I, Cap. 2, 2.4.

Primeros Antecedentes: Parte I, Cap. 2, 2.1.; Parte I, Cap. 2, 2.2.

Propuestas de Primera Generación (1970/1975): Parte I, Cap. 2, 2.1.; Parte I, Cap. 2, 2.3.

Proyecto Sanders: Parte I, Cap. 2, 2.2.

Segunda Generación de Propuestas (1989/1991): Parte I, Cap. 2, 2.1.; Parte I, Cap. 2,2.4.

-BIBLIOGRAFÍA-

Bibliografía

AA.VV.: *Diecisiete Lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e intercambio. Seminario de Derecho del Trabajo, Madrid, 1967.

- AA.VV.: *Revista de Trabajo*, Ministerio de Trabajo, Secretaria General Técnica, nº. 1, 1970.

- AA.VV.: <<*Fabbrica e società*>>. *Autogestione e partecipazione operaia in Europa*, Bologna, Il Mulino, 1972.

- AA.VV.: *Diálogos sobre la empresa*, Publicaciones de la Universidad, Santiago de Compostela, 1972.

- AA.VV.: *Análisis de la participación: un balance de los estudios de la Fundación en materia de participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa*, Fundación Europea sobre la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo, 1988.

- AA.VV.: *Implication du lieu de travail dans l'innovation technologique dans la Communauté européenne*, The European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Vol. I y II, 1993

- AA.VV. (Bordogna y Guariello eds.): *Aver voce in capitolo. Società Europea e partecipazione dei lavoratori nell'impresa*, Edizione Lavoro, Roma, 2003.

- AA.VV. (coord. Sempere Navarro): *Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003

- AA.VV. (coord. Esteban Velasco y Fernández del Pozo): *La Sociedad Anónima Europea. Régimen jurídico societario, laboral y fiscal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

- AA.VV. (dir. Boquera Matarredona): *La Sociedad Anónima Europea Domiciliada en España*, Thomson-Aranzadi, 2006.

- AA.VV. (dir. García Murcia): *La transposición del Derecho Social Europeo al Ordenamiento español*, MTAS, 2005.

-AA.VV.: *Gobierno de la Empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Salamanca, 2006.

Bibliografía

-AA.VV.: (dir. Sala Franco): El sistema de la negociación colectiva en la Europa Comunitaria, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

ADDISON y SIEBERT: “The Social Charter if the European Community: evolution and controversias”, *I.L.R.R.*, 1991.

ADINOLFI: “The implementation of social policy directives through collective agreement”, *C.M.L.R.*, 1988.

AGUILÓ PIÑA: “La sociedad anónima europea: constitución, órganos y otros aspectos”, *R.D.M.*, núm 246, 2002.

ALESSI: *La disciplina dei gruppi multinazionali nel sistema societario italiano*, Giufré, Milano, 1988.

ALMANSA PASTOR: *La participación del trabajador en la administración de la empresa*, Editorial Tecnos, Madrid, 1965.

ALONSO OLEA: “Instituciones de participación de los trabajadores en la empresa”, en AA.VV.: <<*Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*”, vol. II, Tecnos, Madrid, 1971.

ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2000.

ALONSO SOTO: *Estudios de Derecho Social Comunitario*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1990.

ÁLVAREZ GIMENO: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea y la transposición de la Directiva 2001/86/CE al ordenamiento español”, *Relaciones Laborales*, nº 14, 2007.

ÁLVAREZ PÉREZ. “En torno a la Ley sobre implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas”, *Estudios de la Fundación*, Fundación Sindical de Estudios, Noviembre de 2006.

ALZAGA RUIZ: “La reforma de la Ley Alemana sobre Comités de Empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 43, 2003.

Bibliografía

AMATO: “Potere e responsabilità del sindacato”, *Mondoperario*, 1979, nº 1.

AMBROSINI: “La partecipazione dei lavoratori nell’impresa: una ricerca comparativa”, *GDLRI*, nº. 65, 1995.

-*L’impresa della partecipazione. La ricerca della collaborazione dei lavoratori tra politiche aziendali e istituzioni sociali*, Franco Angeli, Milano, 1996.

ANSÓN PEIRONCELY y GUTÉRRIZ DORRONSORO: *La Sociedad Anónima Europea*, Bosch, Barcelona, 2004.

ARRIGO: “La partecipazione dei lavoratori nell’impresa Europea”, *Rivista Giuridica del Lavoro y della Previdenza Sociale*, núms. 1-2 (1990).

-“Politica sociale e sussidiarietà: <<Una sola moltitudine>> di diritti?”, *Riv.Giur.Lav.Prev. Soc.*, 1992.

- *Il diritto del lavoro dell’Unione europea*, Ed. Giufre, 1998

-“Coinvolgimento dei lavoratori e Direttiva sulla <<Società Europea>>”, *DLM*, nº 3, 2003.

-“La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *RMTAS*, nº. 52, 2004.

AUNÓS: *La Organización Corporativa del Trabajo*, Madrid, 1928.

BAILET: “les représentants du personnel dans l’entreprise, mission et moyens d’action”, *Jurisprudence général Dalloz*, Paris, 1986.

BAGLIONI: *Democrazia impossibile? (I modelli collaborativi nell’impresa: il difficile cammino della partecipazione tra democrazia ed efficienza)*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1995.

- “Tendenza e interrogativi in tema di partecipazione”, *I.S.*, 1996.

-“Employee Involvement in the European Company Directive”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, núm. 2, 2003.

-“La nozione di partecipazione dei lavoratori sulla società europea”, *Giornali di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, núm. 98, 2003.

Bibliografía

BAGLIONI y CROUCH: *European Industrial Relations: the Challenge of Flexibility*, Sage, London, 1990.

BARNARD: *E.C. Employment Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2000.

BAYLOS y APARICIO (coords.): *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992.

BAZ RODRÍGUEZ: “El sistema europeo de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria: reflexiones en torno a la Ley 10/1997, de 24 de abril”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1998.

-“Participación y negociación colectiva en las empresas de grupo: balance de situación y cuestiones problemáticas”, *Revista de Derecho Social*, núm. 34, Tirant Lo Blanch, 2006.

BENAVIDES VELASCO: “Constitución de la Sociedad Anónima Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 270, 2007.

BERNDT: “The European Company Statute: Employee involvement – and beyond”, *IIRA/CIRA 4º Congreso Regional de las Américas*, University of Toronto, Junio 25-29, 2002.

BERNECKER: *Colectividades y revolución social. El anarquismo en la guerra civil española 1936-1939*, Barcelona, Crítica, 1982

BESSELINK: “Entrapped by the maximum standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiary in the European Union”, *C.M.L.R.*, 1998.

BIANCA: “La Società Europea: considerazione introduttive”, *Contr. e impr. Europa*, 2002.

BIAGI: *Representación de los trabajadores y democracia en la empresa*, traducción española, prólogo de M. RODRÍGUEZ PIÑERO, MTSS, Madrid 1992.

-“Le relazioni industriali nell’Unione Europea”, *D. R. I.*, 1997, nº 3.

-“Società Europea, partecipazione e relazioni industriale in Italia e in Europa”, en AA.VV.: <<*Aver voce in capitolo. Società Europea e partecipazione dei lavoratori nella impresa*>>, Edizioni Lavoro, Roma, 2003.

Bibliografía

BIRK: “France”, en W. KOLVENBACH y P. HANAU: <<*Handbook on European Employee Co-management*>>, Kluwer, 1997.

BLACKBURN: “The Societas Europaea: The Envolving European Corporative Statute, *61 Fordham L. Rev.*, 1993.

BLANC: “La Société Européenne: le pluralité de rattachements en question (á propos du réglament CE nº 2157/2001 du 8 octobre 2001)”, *Le Dalloz*, 2002, año 178 2º cuaderno (azul).

BLANQUET : “Enfin la société européenne, la SE” , *Rev. Droit de l’UE*, 1/2001.

-“Le règlement sur le Statut de la Société Européenne”, *Semaine Social Lamy*, Supplément núm. 1071, de 15 de abril de 2002.

-“Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft”, *ZGR*, 2002.

BLANPAIN: *La transimisión de información en la OCDE, la participación de los trabajadores*, Semanario Patronal Internacional, 1975.

-*International Encyclopaedia of Labour Law and Industrial Relations*, Kluwer, Deventer, 1980, nº 42.

-“Informazione e consultazione nell’impresa: ricognizione comparativa”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, nº. 17, 1983.

-“Workers’ Participation in the European Community. The Five Directive”, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 13-1984.

-“Introductory remarks on a comparative overview”, *Bulletin of Comparative Labour Law Relation*, nº. 23, 1992.

-“Involvement of Employees in the European Union”, *Bulletin of Comparative Labour Law Relation*, nº. 42, 2002.

-*Encyclopaedia of Labour Law and Industrial Relations*, European Labour Law, Suppl. 304 (January 2006), pp- 700-782.

-“Belgium”: <<*European Labour Law*>>, ELL- Supl. 317, (November-2006).

BLANPAIN y WINDLEY: *European Work Councils. Information and Consultation of Employees in Multinational Enterprises in Europe*, Leuven, 1994.

Bibliografía

BLAT GIMENO: *Relaciones Laborales en empresas ideológicas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Estudios, Serie Relaciones Laborales, 1986.

BLEDNIAK: *Comité d'entreprise*, Dalloz, Paris, 11.^a ed., 1999.

BÖCKLER: *Worker's participation at board level in the EU-15 countries. Reports on the national system and practices*, Hans Böckler Foundation/European Trade Union Institute, Brussels, 2004. (www.worker-participation.eu/about_wp/publications)

BOLLE DE BAL: "Participation: It's Contradictions, Paradoxes and Promises", *International Handbook of Participation in Organization*, Vol. I, Oxford University Press, 1989.

BOGUETTI: "Italy", *4 Comparative Law Yearbook*, 1980.

BONELL: La partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa nella nuova proposta di Statuto della Società Europea, *Rivista di diritto europeo*, 1991.

BONNETTON, CARLEY, HALL y KRIEGER: "Accords en matière d'information et de consultation dans les multinationales européenne", *Europe Sociale*, Suppl. 5/95, Bruxelles-Luxembourg, 1996.

BORRAJO DACRUZ: *La democratización de las estructuras productivas en la "Mater et Magistra"*, Conferencias y documentos núm. 10, Centro de formación y perfeccionamiento de funcionarios, 1964.

BRINK: "Legal Aspects of Industrial Relations in the Netherlands", *International Business Lawyer*, 1984.

CARABELLI y LECCESE: "L'interpretazione delle clausole di non regrese", *GDLRI*, núm. 103, 2004.

CARBONE: "La Corporate Governance Della <<società europea>> nel reg. N. 2157/2001: tra norme materiali uniforme e tecniche di diritto internazionale privato", *Dir. Comm. Int.*, 2002.

Bibliografía

CASAS BAAMONDE: “Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1993.

-“Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, (1993).

-“Dimensión transnacional de leyes nacionales, comités de empresa europeos y procesos y sentencias de conflictos colectivos”, *Relaciones Laborales*, nº. 18, 1997.

-“La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de aplicación convenida)”, *REDT (Civitas)*, nº. 117, mayo-junio 2003.

-“La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea” (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)” en AA.VV: <<*La Sociedad Anónima Europea: Régimen societario, laboral y fiscal*>>. Coord. G. Esteban Velasco y L. Fernández del Pozo), Marcial Pons, 2005.

CASAS BAAMONDE y ESCUDERO RODRÍGUEZ: “Representación unitaria y sindical en el sistema español de relaciones laborales”, *REDT*, nº. 17, 1984.

CASTÁN TOBEÑAS: *Conflictos y litigios de trabajo. La nueva legislación de Jurados Mixtos*, Madrid, 1936.

CASTELLS DURAN: *Les col·lectivitzacions a Barcelona 1936-1939*, Barcelona, Hacer, 1993.

CATALÀ y BONNET: *Droit Social Européen*, París, 1991.

CATTERINO: “Il regolamento sulla Società Europea”, *Giurisprudenza Commerciale*, nº. 4, 2002.

CLEGG: *A New Approach to Industrial Democracy*, Oxford, 1960.

- *The System of Industrial Relations in Great Britain*, Blackwell, Oxford, 1976.

-*Sindacato e contrattazione collettiva, una teoria basata sull'analisi comparata di sei Paesi*, Franco Angeli, Milano, 1986.

Bibliografía

COLEMAN: "The fifth Directive and The European Company Statute", *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 10/1979.

COLINA ROBLEDO, RAMÍREZ MARTÍNEZ y SALA FRANCO: "*Derecho Social Comunitario*", Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

COLOMBANI y FAVERO: "Societas europaea", en la obra <<*La Société Européene*>>, Joly, Paris, 2002.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: <<*Libro Verde Participación de los trabajadores y estructura de las empresas en la Comunidad Europea*>>, Madrid, 1976.

-*Comunicación de la Comisión sobre su programa de acción en lo relativo a la realización de la Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, COM (89) 568, Bruselas, 5 de diciembre de de 1989.

-"Le principe de subsidiarité", Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen, del 27 de octubre de 1992, *Bulletin Quotidien Europe*, n. 1804/05, Bruxelles, 30 de octubre de 1992.

-*Libro Verde <<Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas>>*, Bruselas, 18 de julio, COM (2001) 366 final.

- *Financial participation of employees in the European Union*, SEC (2001), 1308, Brussels, 26 de julio, 2001.

-*Corporate Social Responsibility: a business contribution to sustainable development*, de 2 de Julio de 2002, COM (2002), 347 final.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL: *Diritti sociali fondamentali comunitari*, Parere, 1989, Bruxelles.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Dictamen núm. 3, sobre el Anteproyecto de Ley sobre Implicación de los Trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas*, Sesión ordinaria del Pleno de 18 de mayo de 2005.

-*El Estatuto de la sociedad anónima europea y la implicación de los trabajadores*, BORI, n. 46, 2001.

CORREA CARRASCO: "Concurrencia y articulación de fuentes en la constitución del Comité de Empresa Europeo", *T.L.*, nº 53, 2000.

COVA: "L'Europe du travail: la Charte Sociale", *R.M.C.*, 1990.

Bibliografía

CRESSEY y WILLIAMS: *Partecipazione al Cambiamento. Nuove tecnologie e il ruolo del coinvilgimento dei lavoratori*, European Fundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 1992.

CRISTOBAL RONCERO: “El Comité de Empresa Europeo en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 43, 2003.

CRUZ VILLALÓN: *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo*, Trotta, Madrid, 1992.

-“La información y la consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria”, *Relaciones Laborales*, nº. 14, 1994.

CUEVAS LÓPEZ: *Estructura y función de la representación colectiva en la empresa*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1982.

DAHRENDORF: *Sociología de la industria y de la empresa*, traducción de C. Gerhard de la 2ª edición alemana, México, Edit. Uteha, 1965.

DANIEL y MILLWARD: *Workplace Industrial Relations in Britain: The DE/PSI/ESRC Survey*, Heinemann, London, 1984.

D'ANTONA: “Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese” (Il Diritto del Lavoro), vol. XXII de la <<*Enciclopedia Giuridica*>>, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1990.

-“Partecipazione, codeterminazione, contrattazione (terni per un diritto sindacale possibile)”, *RGLPS*, nº 43, 1992.

DAUBLER: “Co-determination: The German Experience”, *The Industrial Law Journal*, 1975.

-“La cogestión en los órganos de la empresa en la experiencia de la República Federal Alemana”, *R.P.S.*, núm. 111, 1976.

-“¿Participación del trabajador en la sociedad anónima europea?”, *Revista del Treball*, núm. 16, 1991.

Bibliografía

DELAMOTTE: “Workers’ participation and personal policies in France”, *International Labour Review*, 1988.

DE LA VILLA: “La Codecisión y la Cogestión en las esferas privada y pública (Un estudio descriptivo del sistema alemán)”, *Cuaderno de Política social*, nº. 41, 1959.

-“El Derecho del Trabajo durante la Guerra Civil”, en AA.VV.: <<Actas del II Simposio de Historia de la Administración>>, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1971.

- *La participación de los trabajadores en la empresa*, Institutos de Estudios Económicos, 1980.

DE LA VILLA y PALOMEQUE: *Introducción a la economía del trabajo*, Debate, 1980.

DE MIGUEL LORENZO: “La aplicación de los derechos de información y consulta a los trabajadores en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 73, 1995.

DERSCH: “La Cogestione e la codecisione dei prestatori di lavoro nell diritto tedesco”, *Revista di Diritto di Lavoro*, I, 1952.

DESPAX y ROJOT: “France”, en R. BLANPAIN: <<European Labour Law>>, ELL- Supl. 77, (May-1987).

DE VENDEUIL y FRÉDÉRIC: “La Société Européenne: Risque de tempête procédurale”, *La Semaine Juridique entreprise et affaires*, nº 41, 11, Octubre, 2001.

DI GIOIA: “Análisi delle esperienze in Italia e negli altri Paesi. Intervención en el Seminario Sindicato e Società”, *Quad. di Rass. Sind.*, núm. 62-63, 1977.

DINE: “The European Economic Interest Grouping and The European Company Statute: New models for Company Law Harmonisation”, en M. ANDENAS y S KENYON-SLADE (eds): <<EC Financial Market Regulation and Company Law>>, Sweet & Maxwell, 1993.

DOSSERMOT, STORCK, MEYER y PICHOT: “La société européenne”, *Les Petites affiches: La Loi*, 2002 V. 391 nº 76, 16 de abril.

Bibliografía

DOWLING Jr.: “EC Employment Law After MAASTRICHT: <<Continental Social Europe >>”?, *Int. Lawyer*, 1993.

DRAETTA y POCAR: *La società europea. Problema di diritto societario comunitario*, Egea, 2002.

DUTHEILLET DE LAMOTHE: Du traité de Rome au traité de Maastricht: la longue marche de l'Europe sociale, *Dr. s.*, 1993.

DURÁN LÓPEZ: “La participación de los trabajadores”, *RMTAS*, núm. 13, 1998.

DURÁN LÓPEZ y SÁEZ LARA: *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Civitas, 1997.

DURAND y JAUSSAUD: *Traité de Droit de Travail*, vol. I, Dalloz, Paris, 1947.

ELORZA GUERRERO: *La protección de los derechos adquiridos en la implicación de los trabajadores en una sociedad anónima europea*, Comunicación presentada al XVII Congreso de la Asociación Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, Mayo de 2006.

ENRIQUES: “Capitale, azioni e finanziamento della Società europea: quando meno é meglio”, *Riv. delle Società*, marzo-junio 2003.

ESTEBAN VELASCO: *Participación de los trabajadores en la Empresa y la reforma de las Sociedades Anónimas*, Institutos de Estudios Sociales, 1980.

-“El compromiso de Niza: por fin la Sociedad Europea”, *RS*, nº. 16, 2001.

-“Una aproximación a la estructura orgánica de la sociedad europea”, *Revista de Estudios Europeos*, Instituto de Estudios Europeos (Universidad de Valladolid), nº 29, sep-dic 2001.

-“Participación de los trabajadores en la sociedad europea”, ¿Más cerca de un compromiso político”?, en AA.VV.:<<*Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*>>, vol. II, McGraw-Hill, Madrid, 2002.

-“La Sociedad Europea: un instrumento jurídico al servicio de la reestructuración empresarial”, *Fundet*, Fundación Educación y trabajo, enero 2003.

Bibliografía

ETUI: *Workers' Representation and Rights in the Workplace in Western Europe*, ETUI, Brussels, 1990.

FARHAM: *Employee relations in context*, 2nd Edition, CIPD, London, UK, 2000,

FERNANDEZ DOCAMPO: *La participación de los trabajadores en el Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch (Colección Laboral), nº 169, Valencia, 2006.

FERNER y HYMAN: *Industrial Relations in the new Europe*, Blackwell, Oxford, 1998.

FERRANDO GARCIA: "Aproximación al Derecho británico en materia de representación colectiva y participación de los trabajadores en la empresa", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 43, 2003.

FIMMANÓ: "Società Europea: ultimo atto", *Riv. soc.*, 5-6, 1994.

FITZPATRICK: "Community Social Law after Maastricht", *Int. Law. Jour.*, 1992.

FOUASSIER: "Le Statut de la Société Européenne: Un nouvel instrument juridique au service des entreprises", *Revue du Marché Común et de l'Union Européenne*, nº 445, 2001.

FRÖHLICH: *Direct Participation and Organisational Change Fashionable but Misunderstood? An analysis of recent research in Europe, Japan, and the USA*, The European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 1996.

FRÖHLICH, FUCHS y KRIEGER: *New information technology and participation in Europe: the potential for social dialogue*, The European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 1989.

GALIANA MORENO y GARCÍA ROMERO: "La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español", *RMTAS*, núm. 43, 2003.

GAMILLSCHEG: "La cogestion des travailleurs en droit allemand, bilan à la lumière du jugement du Travail constitutionnel fédéral du 1.ers Mars 1979", *Revue International de droit comparé*, 1980.

Bibliografía

GARCÍA BECEDAS: *Democracia y Relaciones Laborales*, Akal/Universidad, Madrid, 1982.

GARCIA COSO: “La sociedad anónima europea: Transformación de domicilio y problemas de conflicto de Leyes”, *Noticias de la Unión Europea*, 2004.

GARCÍA FERNÁNDEZ: *La participación del trabajador en la gestión de la empresa*, Editorial Prensa Española y Editorial Magisterio Español, Madrid, 1976.

GARCÍA RUESTRA: “La Sociedad Anónima Europea”, *Serie de Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Superiores*, Universidad San Pablo- CEU, nº. 4, 2002.

GARCIA RODULFO y DE FARAMIÑAN FERNÁNDEZ-FIGARES: “Societas Europaea”, *Aranzadi, Sentencias de TSJ, AP y otros Tribunales*, núm. 2, 2004.

GARCÍA ROMERO: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, *REDT*, nº. 113, sept.-oct., 2002.

GARCIA VIÑA: *La buena fe en el contrato de trabajo. Especial referencia a la figura del trabajador*, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, 2001.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ: “El traslado de domicilio social: una visión facilitadora”, *RdS*, 2001-1, pp. 107 y ss.

-“La Sentencia Centros: el status quaestionis un año después”, *Noticias de la Unión Europea*, CISS Praxis, nº 195 (abril 2001).

-“El reglamento de la sociedad europea: una primera lectura”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº. 217, 2002.

GARCIN: *Cogestión y participación en las empresas de los países del Mercado Común* (Legislación y estudios comparados), Madrid, Ediciones ICE, 1970.

GARRIDO PÉREZ: “Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *RDS*, nº. 17, 2002.

-“Modelos de Sociedades Europeas y disfunciones entre el ordenamiento español y comunitario en materia de participación en la empresa”, en AA.VV. (coord. Falaguera Baró y Moralo Gallego): <<*Derecho Social Comunitario*>>, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, XXIII, 2006.

Bibliografía

GAVALDA: “La société anonyme européenne selon le projet de règlement du 25 août 1989, *ALD*, 1991.

GIARDINA: “Il mercato interno alla luce dell’Atto unico”, *Riv. dir. eur.*, 1991.

GIUGNI: “Ancora una nota sulla democrazia industriale”, *Politica del Diritto*, 1976.

-“Il sindacato nella gestione della trasformazione economica: interventi legislativi e controllo sociale”, *Quaderni di Rass. Sind.*, 1977, núm. 62-63.

GLADSTONE, LANSBURY, STIEBER, TREU y WEISS: *Current Issues in Labour Relations: An International Perspective*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1989.

GLAESNER: “L’acte unique européen”, *R.M.C.*, 1986.

GLENDON y BOOTH: “Worker Participation in occupational health and safety in Britain”, *International Labour Review*, 121, 4, 1982.

GOLD y HALL: *Legal regulation and the practice of employee participation in the European Community*, Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y trabajo, Dublín, 1991.

GÓMEZ GORDILLO: *El comité de Empresa Europeo. Un estudio jurídico*, Consejo Económico y Social (CES), Colección Estudios, 2003.

GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ: *La regulación legal de los representantes de los trabajadores*, Fundación Confemetal, Madrid, 2000.

GONZÁLEZ MARTÍN: *Representación y acción sindical de los trabajadores en la empresa*, CISS, 1998.

GORDILLO ALHAMBRA: “Los Comités de Empresa Europeos y otros procedimientos de información y consulta análogos”, *RMTAS*, núm. 2, 1997.

Bibliografía

GRECHENIG y MORILLAS: “La administración de la Sociedad Anónima Europea en el Reglamento (CE) de 8 de octubre de 2001. El sistema dualista austriaco y alemán y la adaptación del Derecho Español”, *Derecho de los Negocios* (145/13), 2002.

GRUPE D'EXPERTS: *European Systems of Workers Involvement (with regards to the European Company Stature and the other pending proposals). Rapport final*, Commission Européenne, Luxembourg, 1997.

GUARRIELLO: “Accordi di gruppo e strutture di rappresentanza europee”, *D.L.R.I.*, 1992.

-“La partecipazione dei lavoratori nella società europea”, *GDLRI*, núm. 97, 2003.

- *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo Blanch, núm. 169, 2006.

GUEST y FATCHETT: *Worker Participation-Individual Control and Performance*, London, 1977.

GULOTTA: *Le relazioni industriali nelle imprese multinazionali. I diritti di informazione e di consultazione dei lavoratori nell'Unione Europea e nel Diritto Internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 2002.

GUSTAFSSON: “L'esperienza svedese della cogestione e dei fondi dei lavoratori”, en A. BALDASSARRE: << *I limiti della democrazia* >>, Laterza, Bari, 1985.

HALL: “Behind The European Works Councils Directive: The European Commission's Legislative Strategy”, *British Journ. Ind. Rel.*, diciembre 1992.

-“Assasing the Information and Consultation of Employees”, *ILJ* 34, 2005.

HALL, CARLEY, GOLD, MARGINSON y SISSON: “European Works Councils: Planning for the Directive”, *I.R.S.*, 1995.

HAMMER, CURRAL y STERN: “Worker Representation on boards directors: a study of competing roles”, *Industrial and Labour Relations Review*, vol. 44, nº 4, 1991.

HANAU: “Federal Republic of Germany”, en W. KOLBENBACH y P. HANAU : << *Handbook of European Employee Co-management* >>, Kluwer, 1997.

Bibliografía

HARDY: “Great Britain”, en R. BLANPAIN: <<*European Labour Law*>>, ELL-Supl. 320, (Febrero-2007).

HARDY y ADNETT: “Breaking the ICE and democracy at work”, *International Journal of Human Resources Management*, 17 (2006).

HARTMANN: “Codetermination in West Germany”, *9 International Business Lawyer*, 1970.

HASSEL y KLUGE: “La Codétermination dans les établissements et l’avenir du modèle allemand des relations professionnelles”, *Chronique internationale de l’IRES*, n°. 69, mars 2001.

HEGE: “Vive la Mitbestimmung! Employeurs et syndicats plébiscitent le système de codetermination”, *Chronique internationale de l’IRES*, n°. 53, juillet 1998.

-“Représentation des salaires dans l’établissement bilan d’étape de fin de siècle”, *Chronique internationale de l’IRES*, n°. 62, janvier 2000.

-“La réforme conflictuelle des conseils d’établissement”, *Chronique internationale de l’IRES*, n°. 70, mai 2000.

HEIJMANN: *Gids Europese medezeggenschap*, Amsterdam, 1993.

HEINZE: “Europäischen Aktiengesellschaft”, *ZGR*, 2002.

HELLMAN: *Kontrolle der Multinationalen Unternehmen*, Baden-Baden, 1974.

HEPPLE (Comp.), *La formación del Derecho del Trabajo en Europa*. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986.

HERRANZ BENIGNO: “Una aproximación a la Sociedad Anónima Europea. Aspectos mercantiles, fiscales y de implicación de los trabajadores”, *AFDUA*, 2006.

HERSEY y BLANCHARD: *Management of Organizational Behavior-Utilizing Human Resources*, Prentice- Hall, New York, 1972.

Bibliografía

HYMAN: *Industrial Relations: a Marxist Introduction*, Macmillan, London, 1975

-*Relaciones industriales*, Madrid, Blume, 1981.

HUERTAS BARTOLOMÉ: “Nuevas normas sobre el diálogo social europeo: la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 20, núm. 1, 2002.

ISRAEL: “The European Company Statute”, en E. WYMEERSCH (ed.): <<*Further Perspectives in Financial Integration in Europe*>>, De Gruyter, 1994.

JACQUÉ: “L’acte unique européen”, *Rev. trim. dr. eur.*, 1986.

JACQUET: *La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international*, Clunet, 1985.

JACQUIER: “Le Comité européen d’entreprise: instance en devenir”, *Journées d’évolution et de prospectives des comités d’entreprise européens*, Paris, 1er et 2 juin 1994.

JACOBS: “The Netherlands”, en R. BLANPAIN: <<*European Labour Law*>>, ELL- Supl. 276, (January-2004).

JHAN/HERFS-ROTTGEN: “Die Europäische Aktiengesellschaft-Societas Europea”, *DB*, 2001.

JEPPESEN y LIND: *Changes in Labour Market and Industrial Relations in Europe*, Yearbook 1991, Centre for Labour Market Research, University of Aalborg, 1991.

KAHN-FREUND: “Industrial Democracy”, *Industrial Law Journal*, vol. 6, 1977

-*Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, 1987.

KELLER: “Rapporteur’s Report: Emerging Models of Worker Participations and Representation”, *British J. Ind. Rel.*, nº 33, 1995.

-“The European Company Statute; employee involvement- and the beyond”, *Industrial Relations Journal*, vol. 33, nº. 5, 2002.

Bibliografía

KLUGE y STOLT: *The European Company- Prospects for worker board-level participation in the enlarged EU*, Social Development Agency ASBL (SDA) and European Trade Union Institute for Research, Education and Safety (ETUI-REHS), Brussels, 2006 (www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/europeancompany/publications.html).

KOENE y SLOMP: *Medezeggenschap van werknemers op ondernemingsniveau*, La Haya, 1991.

KOLVENBACH: “Belgium”, en W. KOLVENBACH y P. HANAU : <<*Handbook of European Employee Co-management*>>, Kluwer, 1997.

-“Italy”, en W. KOLVENBACH y P. HANAU: <<*Handbook on European Employee Co-management*>>, Kluwer, 1997.

-“The Netherlands”, en W. KOLVENBACH y P. HANAU: <<*Handbook on European Employee Co-management*>>, Kluwer, 1997.

KOLVENBACH y HANAU: <<*Handbook on European Employee Co-management*>>, Kluwer, 1997.

KÖSTLER y BÜGGEL: *The European company and Company Law and existing legislative provisions for employee participation in the EU Member States*, ETUI, Brussels, 2003.

LACOMBA PÉREZ y SALIDO BANÚS: “Derechos colectivos, información y consulta, negociación y acción colectiva en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, 2005.

LAHERA SÁNCHEZ: *La participación de los trabajadores en la democracia industrial*, Catarata, Madrid, 2004.

LAMMERS: “Power and Participation in Decision Making in Formal Organizations”, *American Journal of Sociology*, 73 (2), 1967.

LANDA ZAPIRAÍN (coord.): *Nuevas formas de participación de los trabajadores en el gobierno de la empresa*, Bomarzo, 2004.

-“Las nuevas formas de participación en la empresa”, en AA.VV.: <<*Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*>>, XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Salamanca, 2006.

Bibliografía

LANGLOIS: *Europe sociale et principe de subsidiarité*, *Dr.s.*, 1993.

LASAOSA IRIGOYEN: “La representación de los trabajadores en la empresa en Francia”, *RMTAS*, NÚM. 43, 2003.

LECHER: *Trade Unionism in the European Union*, Lawrence & Wishart, London, 1994.

LIKERT: *The Human Organization*, McGraw-Hill, New York, 1967.

LOVERIDGE: “What’s participation? A review of the literatura and some methodological problems”, *British Journal of Industrial Relations*, 1980.

LUJÁN ALCARAZ: “La Directiva 2001/86/CE, del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores”, *AS*, nº. 1, abril 2002.

- *La acción sindical en la empresa*, CES, Madrid, 2003.

LYON-CAEN: *European Employment and Industrial Relations Glossary: France*, Sweet & Maxwell, London, 1993.

-Le rôle des partenaires sociaux dans le mise en ouvre du droit communautaire, *Dr. s.*, 1997.

MALLET: *La nouvelle classe ouvrière*, Seuil, Paris, 1969.

MANRIQUE LÓPEZ: “La participación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, *Boletín de Estudios Económicos*, Vol. LVII, nº.177, Diciembre 2002.

MANTECA VELDELANDE: “Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, nº. 251, diciembre de 2005.

MARLETTA: *La cogestione delle imprese nelle C.E.E. La partecipazione dei lavoratori nelle proposte di Società Europea e di V direttiva sulle società per azioni*, Padova, Editoriale Scientifica, 1981.

MARCHINGTON y ARMSTRONG: “The Nature of the new joint consultation”, *Industrial Relations Journal*, vol. 17, nº 2, 1983.

Bibliografía

MAROÑO GARGAÑO y GARCÍA VIDAL: “Constitución por fusión de una Sociedad Anónima Europea: notas a propósito de la Ley 19/1995”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 229, 2004.

MARSCH: *Concise Encyclopaedia of Industrial Relations*, Gower Press, Oxford, 1979.

MARTÍN VALVERDE: “Reforma y acción sindical en la empresa”, en AA.VV.: <<Acción sindical y sindicalismo en técnicos y cuadros>>, Ayuso, Madrid, 1976.

- “El proyecto de intervención obrera de la Segunda República española” en <<Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón>>, Madrid, Tecnos, 1980.

MARTÍN VALVERDE, VALDÉS DAL-RÉ, PALOMEQUE LÓPEZ, CASAS BAAMONDE, PÉREZ ESPINOSA y GARCÍA MURCIA: *La legislación social en la Historia de España. De la revolución liberal a 1936*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

MATEOS LÓPEZ: Comunistas, socialistas y sindicalistas ante las elecciones del «Sindicato Vertical», 1944-1967, *Revista de la Facultad de Geografía e Historia*, UNED, núm. 1, 1987

MATORRAS DÍAZ-CANEJA: “Las formulas de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, nº. 229, 2004.

McPHERSON: “Labour Relations in postwar Germany”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1957.

MENJUCQ: “La société européenne, enfin l’aboutissement”, *Dalloz*, 2001, nº 13.

-“La société européenne”, *Rev. Sociétés*, avr-juin 2002.

MERCADER UGUINA: “Derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1997.

-“Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo”, *RMTAS*, nº. 57, 2005.

Bibliografía

MERRIFIARD: “La participación de los trabajadores en las decisiones de las empresas”, *REDT*, núm. 12, 1982.

MEYER: “La société européenne”, *Les Petites affiches: La Loi*, 2002 V. 391 n° 76, 16 de abril.

MILLWARD, BRYSON y FORTH: *All changes at Work? British Employment Relations 1980-1998 as portrait by the Workplace Industrial Relations Survey series*, Routledge, London, 2000.

MILLWARD y STEVENS: *British Workplace Industrial Relations: The DE/PSI/ESRC Surveys*, Gower, Aldershot, 1986.

MIOLA: “Lo Statuto di Società europea nel diritto societario comunitario: dalla armonizzazione alla concorrenza tra ordinamenti”, *Riv. Soc.* 2003, marzo-junio.

MOLERO MANGLANO: *La representación laboral en la empresa*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1987.

MONEREO PÉREZ: *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Civitas, 1992.

-“Por un nuevo modelo de regulación jurídica de los grupos de empresas en el derecho comunitario y en el ordenamiento español: Problema, Sistema y método”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Derecho Social Internacional y Comunitario*, n° 7, 1998.

MONEREO PÉREZ, FERNÁNDEZ AVILÉS, GARCÍA VALVERDE, y MALDONADO MOLINA: *La participación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas*, Thomson-Aranzadi, 2007.

MONTOR COBLES: “La Sociedad Anónima Europea”, *Revista de Derecho VLex*, núm. 34, 2006.

MONTOYA MELGAR: “Modelos de participación de los trabajadores en la empresa”, *RMTAS*, 2003.

MOREAU: “A propos de l’affaire Renault”, *Droit Social*, n° 5, mayo de 1997.

Bibliografía

-“*L’implication des travailleurs dans la société européenne*”, *Droit Social*, nº. 11, noviembre 2001.

MORILLA JARAMILLO y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ: “Sistemas y formas de administración de la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España. Régimen de representación”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 270, 2007.

NATULLIO: “I Comitati Aziendali Europei e le procedure di informazione e consultazione nelle imprese europee: La Direttiva 94/45 CE e la sua attuazione in Italia”, en L. ZOPPOLI (Coord.): <<*L’attuazione della Direttiva sui Comitati aziendali europei un’analisi comparata*>>, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 1998.

NAPHTALI: *Democracia económica* (Wirtschaftsdemokratie), Frankfurt/M., Europäische Verlagsanstalt, 1966 (Neuaufgabe).

NICOLINI: *Il nuovo ordinamento introaziendale en la Repubblica Federale Tedesca*, Padova, 1973.

NORES TORRES: “La representación de los trabajadores en la empresa en Italia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 43, 2003.

NORTHRUP, CAMPBELL y SLOWINSKI: “Multinational union-management consultation in Europe: Resurgence in the the 1980s?”, *International Labour Review*, vol. 127-5/1998.

NUTZINGER y BACHAUS: *Codetermination. A Discuss of Different Approaches*, Berlin, Springer-Verlag, 1989

NUTI: “Democrazia economica: mercato, politica e partecipazione”, en AA.VV.: *Il progetto <<Democrazia Economica>>*, Roma, Cespe Papers, 1991.

O.I.T.: *International Labour Code*, 1952, Ginebra.

- *La participación de los trabajadores en las decisiones que se adoptan en las empresas*, Ginebra, 1969.

- Oficina Internacional del Trabajo: *La situación laboral y sindical en España*. Ginebra, 1969.

- *La participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa*, Ginebra, 1981.

Bibliografía

OJEDA AVILÉS: *La Cogestión de las grandes empresas en Europa*, Publicaciones Universidad de Sevilla, 1978.

-“La representación unitaria en el derecho comparado y en España”, *RMTAS*, nº. 58, 2005.

OJEDA AVILÉS y MAEZTU GREGORIO DE TEJADA: “*Elecciones a representantes del personal y promoción de los sindicatos más representativos en la Ley 80/1980*”, R.P.S., 137/1983.

OJEDA AVILÉS y RODRÍGUEZ SAÑUDO: “Estructura de la empresa”, en AAVV: << *Los trabajadores y la Constitución*>>, Sociedad de Estudios Laborales, 1980.

OKADA: *Toward Industrial Democracy-Management Workers in Modern Japan*, Harvard University Press, Cambridge, 1975.

ORGANIZACIÓN SINDICAL. Asesoría jurídica: *Legislación social española*. Madrid Edic. y Pub. Populares, 1975.

ORTIZ LALLANA: “La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario”, en AA.VV.: << *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*>>, XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Salamanca, 2006.

PACIELLO: “La Societá Europea”, *Rev. di diritto dell'impresa*, 2001.

PALOMEQUE LÓPEZ: *Derecho Sindical Español*, Tecnos, 1996

-“La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)”, en AA.VV.: *Gobierno de la Empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Salamanca, 2006.

PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO: “Comentarios urgentes a la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas”, 2006, ref. TOL1.001.521, www.tirantonline.com.

-“Comentarios a la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas”, 2006, ref. TOL1.001.360, www.tirantonline.com.

Bibliografía

PEDRAZZOLLI: *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giufre Editore, 1985.

-“Alternative italiane sulla partecipazione nel quadro europeo: la cogestione”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, nº. 49, 1991.

PERAL: “Le Principe de subsidiarité: progrès ou statu quo après le traité d’Amsterdam?”, *R.M.U.E.*, 1/1998.

PÉREZ BOTIJA y BORRAJO DACRUZ: “La colaboración de los trabajadores en el ámbito de la empresa en España”, en *Revista Internacional del Trabajo*, 1960.

PÉREZ CAMPOS, CANO GALÁN, MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, SAN MARTÍN MAZZUCONI y QUINTANILLA NAVARRO: *La implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*, Colección Estudios de Derecho Laboral, Thomson-Civitas, 2007.

PÉREZ-PÉREZ: “Estructura orgánica en la Sociedad Anónima Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 229, 2004.

PERISSICH: “Le principe de subsidiarité, fil conducteur de la politique de la Communauté dans les années à venir”, *R.M.U.E.*, 1992.

PICHOT: *Preliminary draft report in the Group of Experts on European System of Workers Involvement (with regards to the European Company Statute and the other pending proposals)*, 15 de abril de 1997.

-“Les différentes formes de représentation des salariés”, *Liaisons Sociales Europe*, (36) 5-8, 2001.

PIZZOFERRATO: “La fine annunciata del modello partecipativo nello statuto della società europea”, *RIDL*, nº 1, 1994.

POCAR (a cura di): *Commentario breve ai trattati della Comunità Europea e dell’Unione Europea*, Padova, Cedam, 2001.

POCHET: *Le premier rapport sur l’application de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs*, *Dr.s.*, 1993.

Bibliografía

POLO: “Empresa y sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues”, en <<Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues>>, T.I., Madrid, 1971.

PORKET: “Industrial Relations and Participation in Management in the Soviet-type Communist System”, *British Journal of Industrial Relations*, 1978.

POOLE: “Managers, Industrial Democracy and Control”, en M. POOLE y R. MANSFIELD (eds.): <<Managerial Roles in Industrial Relations>>, Hampshire, 1980.

- *Towards a new industrial democracy Workers’ Participation in Industry*, Routledge & Kegan Paul, 1986.

PRADOS DE REYES: “Representación unitaria y representación sindical en la empresa. Evolución de sistemas”, *Relaciones Laborales*, nº. 7, 1991.

PRADOS DE REYES y VIDA SORIA: “La participación social en el texto de la Constitución”, en AA.VV. (dir. Alzaga Villamil): <<Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978>>, T. X., Edersa, Madrid, 1985.

-“Comentarios al art. 129 C.E.”, AA.VV. (dir. Alzaga Villamil): <<Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978>>, T. V, Edersa, Madrid, 1985.

QUIJANO: “Sociedad Anónima Europea”, en << Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero>>, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2002.

RADBRUCH: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Traducción de W. Roces, 3ª edición, Fondo de Cultura Económica, México 1965.

RAMÍREZ MARTÍNEZ: *Curso de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Banch, Séptima Edición, 1998.

-“La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (SE)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, XVI-2005.

- “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea domiciliada en España”, en AA.VV.: <<La Sociedad Anónima Europea domiciliada en España>>, Thomson Aranzadi, 2006.

Bibliografía

- *Curso básico de Derecho del Trabajo*, Segunda Edición, Tirant lo Blanch, 2006.

RAMONDT: “Netherlands”, en H. A. BLUM: <<*International Handbook of Industrial Relations*>>, Greenwood Press, Westport, 1981.

REBOLLO ÁLVAREZ: “Intentos de superación de la armonización de la armonización legislativa en materia de derecho de sociedades: La sociedad europea”, *Boletín asturiano sobre la Unión Europea*, nº 37, 2002.

REHFELD: “Lente avancée de la Société européenne”, *Chronique internationale de l'IRES*, nº. 101, juillet 2006.

-“Un rapport d'experts préconise une <<modernisation>> du système de codétermination”, *Chronique internationale de l'IRES*, nº. 106, mai 2007.

REHN y VIKLUNG: “Svezia: le molteplici novità di una consolidata tradizione di politica sindacale”, en G. BAGLIONI: <<*Le relazioni industriali in Italia e in Europa negli anni '80*>>, Roma, Edizioni Lavoro, 1989.

REQUENA GALLEGO y MENDOZA NAVA: “El proyecto de Ley de Largo Caballero sobre la intervención obrera en la gestión de las industrias”, en *Mercado y organización de trabajo en España*, I Jornadas de Historia Económica de las Relaciones Laborales, Sevilla, Grupo Editorial Atril 97, 1998.

RIVERO LAMAS: *Estructura de la empresa y participación obrera (Estudio sobre el jurado de empresa)*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1969.

-*Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Lección inaugural de apertura del nuevo curso académico, Zaragoza, 1986.

-“Participación y representación de los trabajadores en la empresa”, *REDT*, nº. 84, 1997.

-“La Sociedad Europea y la experiencia española sobre los derechos de información y participación de los trabajadores”, en *Convengo Società Europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, Viterbo, 2005.

ROCCELLA y TREU: *Diritto del Lavoro nella Comunità Europea*, Terza Edizione, Cedam, 2002.

RODIERE: “Droit social de L'Union Européenne”, *LGDJ*, Paris, 2002.

Bibliografía

RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER: “Un modelo democrático de relaciones laborales”, en AA.VV: <<Ideologías jurídicas y relación de trabajo>>, Sevilla, 1978.

- “La representación de los trabajadores en la empresa”, en AA.VV.: <<Las relaciones laborales en la España de los 80>>, ACARL, Madrid, 1981.

-“El lugar de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1990.

-“La participación de los trabajadores en las empresas con estructura compleja”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1990.

-“Los derechos de información y consulta de los trabajadores y la dimensión comunitaria de la empresa”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1990.

RODRIGUEZ SAÑUDO: “La participación de los trabajadores en la empresa”, *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979.

ROMAGNOLI: “Autoridad y democracia en la empresa: Teorías jurídico-políticas”, *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, 1-2, (1975-1976).

ROMAGNOLI y DELLA ROCCA: “Il Sindacato”, en G. P. CELLA y T. TREU (coords): <<Relazioni Industriali>>, Il Mulino, Bologna, 1989.

ROMERO FERNÁNDEZ: “La convocatoria de la Junta General de la Sociedad Anónima Europea”, *DN*, julio-agosto 2002.

ROY: *Droit de Travail 2002*, Dunod, Paris, 2002.

RUDOLPH y WASSERMANN: “Les Conseils d'établissements à la reconquête d'une meilleure représentativité?”, *Chronique internationale de l'IRE*, n°. 79, novembre 2002.

SADOWSKI, BACKES-GELLNER y FRICK: “Works Councils: Barriers or Boosts for the Competitiveness for German Firms?”, *BJIR*, 493. 1995 (33)

SÁEZ LARA: *Representación y Acción Sindical en la empresa*, Colección Tesis Doctorales, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992.

Bibliografía

SAGASTI AURREKOETXEA: “La constitución de la Societas Europaea”, *RdS*, 2002.

SÁNCHEZ LORENZO: “El derecho europeo de Sociedades y la Sentencia Centros: la relevancia de la “sede real” en el ámbito comunitario, Euroforum, *Anuario de Derecho Internacional Privado*, año 2000.

SALAFIA: “Il sistema monástico nell’amministrazione e controllo Della società per azioni”, *La società*, julio 2003.

SALA FRANCO: “La representación de los trabajadores en la empresa”, *Relaciones Laborales*, 1990-I.

SALA FRANCO y ALBIOL MONTESINOS: *Derecho Sindical*, 2ª Edición, Valencia, 1992.

SANDERS: “The Reform of Dutch Company Law”, *Journal of Business Law*, 1973.

SANTA MARIA: El regolamento comunitario n. 4064/89 sul controllo delle concentrazioni, *Dir. Comm. Int.*, 1990.

SAMPER JUAN: “Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores”, en AA.VV.: *Gobierno de la Empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Salamanca, 2006.

SEQUIERA MARTÍN: *La constitución mediante fusión de la sociedad anónima europea*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

SCHULZ y KLAUS: “The European Company Statute-The German view”, *Intertax*, V. 29 n° 10, *Kluwer Law International* (2001).

SCHMIDT: “Autonomous Work Groups”, *Concise Encyclopaedia of the Social Science*, Walter de Gruyter, 1992.

SCHMITTHOFF: “The Harmonisation of European Company Law”, *United Kingdom Comparative Law Series*, London, 1973.

Bibliografía

-“European Company Law Texts”, *The British Institute of International and Comparative Law*, nº. 7, 1974.

SCHREGLE: “La codécision en République fédérale d’Allemagne”, *Revue International du Travail*, 1978.

-“Comparative Industrial Relations-Pitfall and Potentials”, *International Labor Review*, 120 (1), 1981.

SCHWARZ: “Zum Statut der Europäische Aktiengesellschaft”, *ZIP*, 2001.

SCIARRA: Social Values and the Multiple Source of European Labour Law, *Eur. Law. Journ.*, 1995.

SCOTT: “Consultation and Communication”, *Employment Gazette*, 99, 9, 1991.

SECHÉ: L’Europe sociale après Maastricht, *Cah. dr. eur.*, 1993.

SEMPERE NAVARRO y MARTÍN JIMÉNEZ: “Comentarios al artículo 2”, en AA.VV. (coord. Sempere Navarro): <<*Comentarios a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*>>, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.

SIEBERT: “The Social Charter if the European Community: evolution and controversias”, *I.L.R.R.*, 1991.

SIMITIS: “Worker’s participation in the enterprise- transcending Company Law?”, *The Modern Law Review*, vol. 38, núm. 1, 1975.

SILVIA: “The Social Charter of the European Community: a defeat for European Labour”, *I.L.R.R.*, 1991.

STREECK: “Industrial Relations in West Germany, 1970-1987”, *Labour*, nº 3, 1988.

-“La cogestion in Germania: problemi aperti”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 74, 1997.

STROZZI: “Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell’Unione Europea”, *R.I.D.P.C.*, 1993.

Bibliografía

SOLÁ MINELLS: “La participación de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, en <<*Sociedad Mercantil y relación laboral* (S. del Rey, dir.)>>, La Ley, 2007.

SUET: *Comité d'entreprise, délégués du personnel et délégués syndicaux. Désignation et pratique*, 6th edn, Librairies Techniques, Paris, 1986.

SUPLIEJ: “Il diritto sindacale nell'impresa: Bilancio e prospettive”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1991-1.

SYNVET: “Enfin la société européenne?”, *RTDE*, 1990.

TAYLOR: “Debate on industrial democracy: the trade unions and Bullock”, *Socialist Commentary*, 5-7 March., 1977.

TANNEMBAUM y SCHMIDT: “How to Choose a Leadership Pattern”, *Harvard Business Review*, Marzo-Abril 1958.

TEICHMANN: “Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE”, *ZGR*, 2003.

TERRADILLOS ORMAETEXEA: “La participación de los trabajadores en la transposición de la Directiva sobre la Sociedad Anónima Europea y sus repercusiones en la normativa mercantil”, *Relaciones Laborales*, n.º. 22, 2006.

TIZZANO: “L'atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno”, *Foro it.*, 1989, IV

TRIANGLE: “Worker's involvement in the European Company- The SE Guidelines of the European Metalworkers Federation”, *Transfer European Review of Labour and Research*, n.º. 2, 2005.

TREU: “Fifty Years of Italian Labour Law”, *FN*, 6, 1980.

-“L'Europa sociale dall'Atto Unico a Maastricht”, *Q.D.L.R..I.*, 1991.

-“Italy”, en R. BLANPAIN: <<*European Labour Law*>>, ELL- Supl. 318, (December-2006).

Bibliografía

TOSSI: “Informazione, consultazione, e partecipazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi d’imprese delle CEE”, *Notiziario Giurisprudenza Lavoro*, Suplemento núm. 9, 1993.

VAN DE VEEN: “Corporate Developments in the Netherlands”, *The Business Lawyer*, 1972.

VAN HAREN: *Holland Comparative Law Yearbook*, 1980.

VALDÉS DAL-RÉ: “Democracia industrial en Europa. Balance de un debate”, en AA.VV.: <<*Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*>>, Tecnos, Madrid, 1980.

-“El Modelo Legal de los Derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea”, *Relaciones Laborales*, n.º. 2, 2003.

-“El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea a través de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, n.º. 13, julio 2003.

-“La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea”, *Fundet*, Fundación Educación y Trabajo, enero 2003.

-“La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea: treinta años después”, *Relaciones Laborales*, n.º. 6, 2003.

-“La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: un paradigma del nuevo derecho comunitario”, en AA.VV. (coord. García Murcia): <<*Derecho Social Comunitario y Derecho del Trabajo*>>, Gobierno Principado de Asturias, Consejería de Industria y Empleo, 2004.

-“La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)” en AA.VV.: <<*La Sociedad Anónima Europea: Régimen societario, laboral y fiscal*>>. Coord. G. Esteban Velasco y L. Fernández del Pozo). Marcial Pons, 2005.

VALLEBONA: “Conflito e Partecipazione”, *RIDL*, 2005.

VASQUEZ: “La Directive sur l’implication des travailleurs dans la Société européenne”, *Semaine Social Lamy*, Supplément núm. 1071, de 15 de abril de 2002.

-“La participación de los trabajadores: la dimensión comunitaria y los principios que inspiran la directiva” en AA.VV.: <<*La Sociedad Anónima Europea*.

Bibliografía

Régimen Jurídico Societario, Laboral y Fiscal>>, Esteban Velasco y Fernández del Pozo (coord.), Marcial Pons, 2004.

VÁZQUEZ RUANO: “El traslado del domicilio social de la sociedad europea a otro Estado miembro de la UE: la necesaria tutela de los intereses y derechos colectivos afectados”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 270, 2007.

VEIGA COPO: “La Sociedad Europea y la fusión transnacional”, *Noticias de la Unión Europea*, 2004, nº 229.

VELASCO SAN PEDRO: “La nueva sociedad anónima europea. Último hito del derecho de sociedades de la UE”, *Derecho Comercial y de las Obligaciones*, núm. 199, 2002.

VELASCO SANPEDRO y SÁNCHEZ FELIPE: “La libertad de establecimiento de las sociedades en la Unión Europea. El estado de la cuestión después de la SE”, *RdS*, 2002.

VENEZIANI: “Industrial Democracy in Italy”, *17 International Studies of Management and Organization*, 1987.

VERDIER: “Syndicats et droit syndical”, Vol II, <<*Le droit Syndical dans l'entreprise*>>, 2nd edn., Dalloz, Paris, 1984.

VERRILLI: *Diritto dell'Unione Europea, Istituzioni e Politiche Comuni*, XI Edizione, Giuridiche Simone, 1998.

VIDA SORIA: “La acción sindical en la empresa”, en AA.VV.: <<*Diálogos sobre la empresa*>>, Universidad de Santiago de Compostela, 1972.

VITOLS: “European Works Councils -an Overview-”, *E.P.M.*, nº 6, 1993.

VILLIERS: *European Company Law-Towards Democracy?*, Ashgate, 1998.

-“The Directive on Employee Involvement in the European Company: Its Role in European Corporate Governance and Industrial Relations”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 22/2, 183-211, 2006.

Bibliografía

VOGEL-POLSKY: “L’ acte unique, ouvre-t-il l’espace social européen?”, *Dr. s.*, 1989.

WADDINGTON: “Douze ans après la directive, quelle est l’efficacité réelle des comités d’entreprise européens?”, *Chronique internationale de l’IRES*, n°. 104, janvier 2007.

WEDDERBURN: *Employment Rights in Britain and Europe: Selected Papers in Labour Law*, Lawrence & Wishart, London, 1991.

-“Participación obrera, negociación colectiva y sociedad europea” (traducción de J. M. Ramírez Martínez), *Revista Treball*, núm 16, 1991.

WEISS: “The Significance of Maastricht for European Community Social Policy”, *I.J.C.L.L.I.R.*, 1992.

-“Worker’s Involvement in European Company”, en AA.VV. (ed. Biagi): <<Quality of Work and Employee Involvement in Europe>>, Kluwer, The Hague, 2002.

-“La partecipazione dei lavoratori nella società europea”, *DRI*, n°. 1, 2003.

-“La partecipazione dei lavoratori nella Comunità europea”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n°. 1/XVI, 2004.

-“The future of Workers’ Participation in the EU”, en AA.VV: <<*The future of Labour Law*>>, Hart Publishing, Oxford, 2004.

WEISS y SCHMIDT: “Federal Republic Germany”, en R. BLANPAIN: <<*European Labour Law*>>, ELL- Supl. 230 (May-2000).

WHELAU: “The Societas Europaea: A critique of Commission’s 1991 Amended Proposals”, *Common Market Law Review*, 1992.

WIEDEMANN: “Codetermination by Workers in German Experience”, 28 *The American Journal of Comparative Law*, 1980.

WYMEERSCH: *Company Law in Europe and European Company Law*, Working Paper 2001-06, Financial Law Institute, Universiteit Gent, Abril 2001.

ZANGARI: “La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese nel diritto comparato e comunitario”, *Rivista de diritto del lavoro*, 1977.

-PRINCIPALES PÁGINAS WEB CONSULTADAS-

Principales páginas web consultadas

<http://www.boeckler.de/>

<http://www.cecl.nl/>

<http://www.ccip.fr/etudes/>

<http://www.csmb.unimo.it>

http://www.ec.europa.eu/internal_market/company/se/index_en/htm

<http://www.era.int/web/en/html/index/.htm>

<http://www.etuc.org/>

<http://www.etui-rehs.org/>

<http://www.eurofound.europa.eu/>

<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/>

<http://www.europarl.eu.int/>

<http://www.ires.fr/>

<http://www.kluwerlawonline.com/toc.php?pubcode=EUCL>

<http://www.kluwerlawonline.com/toc.php?pubcode=EULR>

<http://www.kluwerlawonline.com/toc.php?pubcode=BULA>

<http://www.laborstandards.org/>

Principales páginas web consultadas

<http://www.laborstandars.org.links.asp>

<http://www.labourline.org/>

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/>

<http://www.lex.unict.it./eurolabor/en/>

<http://www.polwiss.fu-berlin.de/tu/english>

<http://www.seeeurope-network/homepages/seeurope/europeancompany/html>

<http://www.tirantonline.com>

<http://www.vie-publique.fr/>

<http://www.worker-participation.eu/european-company>

http://www.worker-participation.eu/national_industrial_relations

<http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/wbs/research/irru>