



UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

DEPARTAMENT DE DRET DEL TREBALL
I DE LA SEURETAT SOCIAL

**LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES
EN LA EMPRESA EN EL MARCO DEL
MODELO SOCIAL EUROPEO**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

MARÍA PONS CARMENA

Dirigida por:

Dr. JUAN M. RAMÍREZ MARTÍNEZ

Dra. REMEDIOS ROQUETA BUJ

VALENCIA 2014

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO.- CONFIGURACIÓN, EVOLUCIÓN Y BALANCE DEL MODELO SOCIAL EUROPEO

I.- PRIMERA ETAPA: LA REALIZACIÓN DEL MERCADO COMÚN

1.- La creación de la Comunidad Económica Europea en 1957: objetivos económicos y geopolíticos e ideas sociales de los padres de Europa (1951-1956)	21
2.- El contenido social del Tratado de Roma de 1957 y la problemática delimitación de las bases jurídicas de actuación en materia social	24
2.1.- El Preámbulo y los artículos iniciales	25
2.2.- La Libre circulación de trabajadores	26
2.3.- La Política social	27
2.4.- La Participación institucional en el Comité Económico y Social Europeo	29
2.5.- Vías de actuación en materia social previstas en el Tratado de Roma	29
3.- El primer Programa de acción social de la Comisión de 1974	33
4.- Las Directivas de mercado o de crisis de 1975 y 1977	37

II.- SEGUNDA ETAPA: LA DEFINICIÓN DE LA EUROPA SOCIAL

1.- La dimensión social del mercado interior a partir del Acta Única Europea de 1987	39
1.1.- Veto a la regla de la mayoría cualificada para actuar en materia social	43
1.2.- El reconocimiento puramente formal del diálogo social europeo	46
2.- Primer intento de constitucionalización de los derechos sociales: la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989	48
3.- El diseño de la Europa social en el Acuerdo sobre política social, anejo al Tratado de Maastricht de 1992	52
3.1.- Modificaciones de carácter general en el Derecho originario a partir del Tratado de Maastricht	54
3.2.- Nuevos objetivos y vías de actuación en materia social en el Acuerdo sobre política social	59
3.3.- La exclusión del ámbito competencial comunitario de materias sociales especialmente sensibles	62

3.4.- Disposiciones sobre diálogo social y negociación colectiva previstas en el Acuerdo sobre política social	63
3.4.1.- Acuerdos traspositivos	65
3.4.2.- Acuerdos sustitutorios	66
4.- La confirmación de la Europa social en el Tratado de Ámsterdam de 1997	69
4.1.- La Europa de los quince: el nuevo mecanismo de las cooperaciones reforzadas y otras modificaciones generales de cara a la ampliación	70
4.2.- La política social europea a partir del Tratado de Ámsterdam: la prioridad del Empleo	79
4.3.- Reconocimiento formal de las Cartas sociales: la Carta Social Europea de 1951 y la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales de los trabajadores de 1989	83
4.4.- Reunificación del Derecho social comunitario y confirmación del diálogo social europeo como fuente normativa	86

III.- TERCERA ETAPA- LAS TENTATIVAS DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

1.- Hechos que condicionaron la política europea en la década de los años 2000	89
2. - Segundo intento de constitucionalización de los derechos sociales: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.	93
2.1.- Antecedentes, finalidad y método de elaboración	94
2.2.- Contenido	97
2.3.- Primeras Explicaciones	100
2.4.- Valor jurídico	100
3.- Reformas institucionales de cara a la ampliación previstas en el Tratado de Niza de 2001	102
4.- Modificaciones de carácter social en el Derecho originario a partir del Tratado de Niza de 2001	111
4.1.- Reorganización de los objetivos sociales y mayor visibilidad de los mismos	112
4.2.- Mejor posicionamiento del método abierto de coordinación en materia social	117
5.- El fracasado Tratado Constitucional de 2004: la pretendida incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 al Derecho originario	120

IV.- CUARTA ETAPA.- LA PRECARIA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: LA REFORMA DE 2007

1.- Antecedentes y génesis de la adopción del Tratado de Lisboa de 2007	125
2.- Novedades de carácter general en el Derecho originario a partir del Tratado de Lisboa de 2007	129
2.1.- Reordenación del marco jurídico e institucional	130
2.2.- Reformas en las Instituciones comunitarias	133
2.3.- Delimitación, ejercicio y distribución de competencias en el ámbito de la Unión Europea	134
2.4.- Modificaciones en los procesos legislativos y en la técnica del método abierto de coordinación	139
3.- Novedades en materia social en el Derecho originario a partir del Tratado de Lisboa de 2007.	141
3.1.- Nuevos objetivos sociales en el Tratado de la Unión Europea.	141
3.2.- Reordenación sistemática de las disposiciones sociales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea	144
4.- Novedades que introduce el Tratado de Lisboa de 2007 en la protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea	147
4.1.- Reconocimiento de valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales de 2007	147
4.2.- Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos	160

V.- MODELO SOCIAL EUROPEO: BALANCE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

1.- El Modelo social europeo y los elementos que conforman su existencia	171
2.- Problemática que plantean el reconocimiento y la protección de derechos sociales fundamentales en el ámbito europeo	185
3.- Repercusiones de la reformas operadas por el Tratado de Lisboa de 2007 en punto a la protección de derechos sociales fundamentales	194
4.- Retos y cuestiones pendientes	201
4.1.- La adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea	201
4.2.- La protección multinivel de los derechos sociales fundamentales.	213
5.- Hacia un estándar común europeo en materia social colectiva	220

CAPÍTULO SEGUNDO.- GÉNESIS DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS EN EL ÁMBITO EUROPEO

I.- CONCEPTO DE DERECHOS PARTICIPATIVOS

1.- La definición de la participación de los trabajadores en la empresa	229
1.1.- Teorías iniciales sobre la participación de los trabajadores en la empresa	230
1.2.- Participación interna versus participación externa	232
1.3.- Participación contractual/conflictiva versus participación institucional/cooperativa	234
1.4.- Participación negociada o flexible versus participación impuesta o <i>ex lege</i>	237
2.- Concepto legal vigente sobre participación en la empresa y derechos participativos	240
2.1.- La opción por el término participación y los derechos participativos	240
2.2.- El concepto legal de implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea	244

II.- ORIGEN DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS EN EL ÁMBITO EUROPEO

1.- La necesidad de contrarrestar el poder del capital por parte de la clase trabajadora y de atenuar el conflicto social por parte de las clases empresariales y dirigentes	247
2.- La autogestión obrera como expresión máxima de la Democracia industrial	253
3.- La co- determinación alemana como paradigma de la Democracia industrial en Europa	256
3.1.- Origen y rasgos principales del modelo alemán	256
3.2.- Participación interna en el Consejo de vigilancia o <i>Aufsichtsrat</i>	261
3.3.- Participación externa vía Comité de empresa o <i>Betriebsrat</i>	262

III.- PRIMERA GENERACIÓN DE PROPUESTAS COMUNITARIAS SOBRE DERECHOS PARTICIPATIVOS

1.- Propuestas normativas pertenecientes al ámbito del derecho societario	264
1.1.- Las propuestas de Reglamento sobre la Sociedad Anónima Europea de 1970 y 1975	266
1.2.- La propuesta de 5ª Directiva de 1972	273
1.3.- Debates en torno a la imposición de la participación interna	274
2.- Propuestas normativas pertenecientes al ámbito del derecho social	280
2.1.- La necesidad de atender al fenómeno de las empresas multinacionales	280
2.2.- Notas principales de las propuestas de Directiva Vredeling	

y Vredeling-Richards de 1980 y 1983, respectivamente	285
3.- Cambio de enfoque en materia participativa: el origen de la participación negociada versus la participación impuesta	287
IV.- SEGUNDA GENERACIÓN DE PROPUESTAS COMUNITARIAS SOBRE DERECHOS PARTICIPATIVOS	
1.- La participación negociada y flexible en el marco de la nueva empresa europea	294
2.- Propuestas normativas sobre participación negociada equivalente	299
2.1.- Notas principales de las propuestas de Reglamento sobre la Sociedad Anónima Europea de 1989 y 1991	301
2.2.- Notas principales de las propuestas de Directiva sobre la posición de los trabajadores en la Sociedad anónima europea de 1989 y 1991	302
3.- Propuestas normativas sobre participación negociada externa	307
3.1.- Diferencias entre la propuesta Vredeling Richards de 1983 y la propuesta de Directiva sobre el Comité de empresa europeo de 1991	308
3.2.- Notas sobre el contenido de la propuesta de Directiva sobre el Comité de empresa europeo de 1991	309
3.3.- Razones sobre el rechazo a la propuesta de Directiva sobre el Comité de empresa europeo de 1991	312
4.- El triunfo de la participación negociada externa y de la no institucional o informal: la aprobación de la Directiva sobre Comités de empresa de 1994, actualmente derogada	316
V.- REGULACIÓN ACTUAL DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO	
1.- Presentación de las tres Directivas participativas en vigor	322
1.1.- La Directiva marco 2002: marco mínimo sobre información y consulta	323
1.2.- La Directiva CEU 2009: participación externa negociada y no institucional o informal	329
1.3.- La Directiva SE 2001: implicación negociada	332
2.- Notas principales de las normas participativas	338
2.1.- La difícil clasificación de las normas participativas	338
2.2.- Los diferentes ámbitos de aplicación, finalidades y fundamentos jurídicos de las normas participativas	342
2.3.- La extensa dilación temporal en la aprobación de las normas	345
2.4.- Los laboriosos procesos de transposición de las normas participativas	350
2.5.- La ambigua regulación de la articulación entre las normas participativas	351

CAPÍTULO TERCERO.- MARCO JURÍDICO ACTUAL DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS (I)

I.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS NORMAS PARTICIPATIVAS

1.- El artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales: el reconocimiento de la información y consulta como derechos fundamentales	357
1.1.- Contenido y alcance del artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales	357
1.2.- Reglas sobre su interpretación y aplicación	363
1.2.1.- La Explicación al artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales	364
1.2.2.- El artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales a la luz de las disposiciones generales previstas en los artículos 51-54 de la misma	371
1.2.3.- Reservas en su aplicación a Reino Unido, Polonia y República Checa	373
1.3.- Valor jurídico del reconocimiento de la información y consulta como derechos fundamentales	374
2.- Las bases jurídicas de actuación en materia participativa previstas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea	377
2.1.- Las bases jurídicas generales	378
2.1.1.- El artículo 115 TFUE: las Directivas de mercado interior	378
2.1.2.- El artículo 352 TFUE: la cláusula de imprevisión y flexibilidad	380
2.2.- Las bases jurídicas específicas en materia social	382
2.2.1.- La vía legislativa del artículo 153.2.b del TFUE	382
2.2.2.- La vía convencional	389
2.2.3.- El método abierto de coordinación	398

II.- ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS PARTICIPATIVAS

1.- Tipos, tamaños y estructuras de las organizaciones empresariales que determinan la aplicación de las normas participativas	404
2.- La empresa y el centro de trabajo según la Directiva marco 2002.	406
2.1.- Conceptos de empresa y de centro de trabajo	407
2.2.- Número y tipo de trabajadores incluidos en el cómputo	412
2.2.1.- Concepto de trabajador y tipo de trabajadores incluidos en el cómputo	414
2.2.2.- Modo de realizar el cómputo, período de referencia temporal y variaciones de plantilla	420
2.3.- Restricciones, disposiciones específicas, exclusiones y ausencias	424

3.- La empresa y el grupo de empresas de dimensión comunitaria según lo dispuesto en la Directiva CEU 2009	427
3.1.- El concepto de grupo de empresas de dimensión comunitaria	428
3.1.1.- Origen y alcance del concepto empresa que ejerce el control	429
3.1.2.- Preferencia por el modelo orgánico y el método presuntivo	431
3.1.3.- El juego de la presunción <i>iuris tantum</i> sobre la existencia de la empresa que ejerce el control	433
3.1.4.- Supuestos excepcionados del juego de la presunción	436
3.1.5.- Problemas que plantea la determinación de la empresa que ejerce el control	437
3.2.- La ubicación geográfica de las empresas y grupos de dimensión comunitaria	441
4.- La Sociedad anónima Europea en virtud del Reglamento y de la Directiva SE 2001	446
4.1.- Concepto y régimen jurídico de la Sociedad anónima europea	447
4.2.- Constitución de la Sociedad anónima europea	449
4.2.1.- Los conceptos de sociedad participante, filial de sociedad y filial o establecimiento afectado	449
4.2.2.- Nacionalidad comunitaria de las sociedades participantes y el principio de sede efectiva	450
4.2.3.- Modos de constitución	451
4.3.- Estructura de la Sociedad anónima europea.	454
4.3.1.- Sistema dual	455
4.3.2.- Sistema monista	456
4.3.3.- Normas comunes a ambos sistemas	456
4.4.- Inscripción y registro de la Sociedad anónima europea e implicación de los trabajadores	457
4.5.- Traslado transnacional del domicilio social	461
4.6.- Ámbito de aplicación territorial de la normativa	465

CAPITULO CUARTO.- MARCO JURÍDICO ACTUAL DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS- (II)

I.- TITULARIDAD, CONTENIDO, ALCANCE Y LÍMITES DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS

1.- Titularidad colectiva de los derechos participativos	469
2.- Contenido y alcance del derecho de información	473
2.1.- El derecho de información en la Directiva marco 2002	474
2.2.- El derecho de información en la Directiva CEU 2009	477
2.2.1.- Indicaciones generales sobre la definición y	

aplicación del derecho	479
2.2.2.- Informaciones a proporcionar con anterioridad a la apertura del procedimiento de negociación	481
2.2.3.- Contenido mínimo previsto en las disposiciones subsidiarias	484
2.3.- El derecho de información en la Directiva SE 2001	485
2.3.1.- Definición	486
2.3.2.- Las cuestiones transnacionales	487
2.3.3.- La reunión informativa <i>ab initio</i>	488
2.3.4.- El respeto de los derechos adquiridos	490
2.3.5.- Contenido mínimo previsto en las disposiciones de referencia	492
3.- Límites al derecho de información	495
3.1.- El deber de secreto con respecto a la información confidencial	496
3.1.1- Alcance del deber de secreto	497
3.1.2.- Sujetos obligados	499
3.1.3- Ámbitos geográfico y temporal del deber de secreto	500
3.2.- La dispensa empresarial en punto a la transmisión de informaciones muy sensibles	501
3.2.1- Fundamento, alcance y normativa aplicable	502
3.2.2.- Sujetos empresariales con derecho a no facilitar informaciones	506
3.3.- Disposiciones especiales en empresas de tendencia	507
3.4.- Mecanismos de tutela en favor de los representantes de los trabajadores	508
4.- Contenido y alcance del derecho de consulta	509
4.1.- El derecho de consulta en la Directiva marco 2002	510
4.1.1.- Concepto legal y finalidad	510
4.1.2.- Materias objeto de consulta	514
4.2.- El derecho de consulta en la Directiva CEU 2009	518
4.2.1.- Concepto legal e indicaciones sobre su ejercicio	518
4.2.2.- Contenido mínimo previsto en las disposiciones subsidiarias	522
4.3.- El derecho de consulta en la Directiva SE 2001.	525
4.3.1- Definición de consulta como mecanismo de implicación	525
4.3.2.- El respeto de los derechos adquiridos	527
4.3.3.- Contenido mínimo previsto en las disposiciones de referencia	528
5.- Contenido y alcance del derecho de participación interna	533
5.1.- Ausencia de regulación en la Directiva marco 2002	533
5.2.- Ausencia de mención y de regulación en la Directiva CEU 2009	535
5.3.- El derecho de participación interna en la Directiva SE 2001	537
5.3.1.- Definición legal	537

5.3.2- Régimen jurídico	539
5.3.3.- Contenido mínimo previsto en las disposiciones de referencia	544
II.- NORMAS DE PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS	
1.- Notas fundamentales de las normas de procedimiento	549
1.1.- La flexibilidad de la normativa	549
1.2.- El predominio de autonomía colectiva como fuente de regulación	551
1.3.- El deber de negociar con espíritu de colaboración o cooperación	552
2.- Normas para el ejercicio de los derechos participativos en el plano nacional previstas en la Directiva marco 2002	554
2.1.- Las modalidades prácticas de la información y consulta.	555
2.2.- Efectos y límites	559
3.- Normas para el ejercicio de los derechos participativos en el plano transnacional	560
3.1.- El procedimiento de negociación en la Directiva CEU 2009	562
3.1.1.- Objeto y legislación aplicable	562
3.1.2.- Obligaciones empresariales previas al inicio de las negociaciones	565
3.1.3.- Inicio del procedimiento	567
3.1.4.- Constitución y composición de la comisión negociadora y convocatoria de primera reunión con la dirección central	573
3.1.5.- Funcionamiento de la comisión negociadora y estatuto jurídico de sus miembros	577
3.1.6.- Desarrollo y contenido del procedimiento	583
3.1.7.- Conclusión de la negociación con acuerdo	587
3.2.- El procedimiento de negociación en la Directiva SE 2001	591
3.2.1.- Objeto del procedimiento y legislación aplicable	593
3.2.2.- Inicio del procedimiento de negociación	594
3.2.3.- Constitución y composición de la comisión negociadora	597
3.2.4.- Funcionamiento de la comisión negociadora	601
3.2.5.- Desarrollo y contenido del procedimiento	603
3.2.6.- Conclusión de la negociación con acuerdo	605
III.- TUTELA DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS.	
1.- Remisión general a las normativas internas	610
2.- Retos pendientes	615

CONCLUSIONES.- PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LA ACTUACIÓN COMUNITARIA EN MATERIA PARTICIPATIVA

1.- La participación de los trabajadores en la empresa: un debate comunitario aparentemente cerrado	623
2.- Progreso obtenido hasta la fecha en materia participativa en el ámbito comunitario	624
3.- La revaloración de la participación interna a la vista del modelo alemán de relaciones laborales	630
4.- Obstáculos, impedimentos y límites que condicionarían una reforma en profundidad del actual sistema participativo comunitario	640
5.- Procesos de revisión y de evaluación de la normativa participativa realizados por la Comisión y por los expertos hasta la fecha	662
6.- Consideraciones finales	682

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios.
AELC	Asociación Europea de Libre Comercio.
APS	Acuerdo sobre política social.
BCE	Banco Central Europeo.
AUE	Acta Única Europea.
BJIR	British Journal of Industrial Relations.
CBI	Confederation of Bristish Industry.
CCDSFT	Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.
CCOO	Comisiones Obreras.
CDF	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CE	Comunidad Europea.
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero.
CEDH	Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
CEDS	Comité Europeo de Derechos Sociales.
CEE	Comunidad Económica Europea.
CEEP	Centro Europeo de Empresas Públicas y de Servicios Públicos.
CES	Confederación Europea de Sindicatos.
CEU	Comité de Empresa Europeo.
CIG	Conferencia Intergubernamental.
COM	Comisión Europea.
COREPER	Comité de Representantes Permanentes.
CSE	Carta Social Europea.
DGB	Confederación Alemana de Sindicatos.

DO	Diario Oficial.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
EEE	Espacio Económico Europeo.
EIRR	European Industrial Relations Review.
ETT	Empresa de Trabajo Temporal.
ETUC	European Trade Unions Congress.
ETUI	European Trade Unions Institute.
EU-TCA	European Union-Transnational Agreement.
EWC	European Works Council.
EWCB	European Works Councils Bulletin.
FEDER	Fondo Europeo de Desarrollo Regional.
JAI	Cooperación Policial y Judicial en materia penal.
JO	Journal Officiel des Communautés Européennes.
MAC	Método Abierto de Coordinación.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.
OIT	Organización Internacional de Trabajo.
OMS	Organización Mundial de la Salud.
OMC	Organización Mundial de Comercio.
OMT	Organización Mundial de Turismo.
ONG	Organización No Gubernamental.
ONU	Organización de Naciones Unidas.
OPA	Oferta Pública de Adquisición.
OPEP	Organización de Países Exportadores de Petróleo.
OTAN	Organización del Tratado del Atlántico Norte.
PAC	Política Agrícola Común.
PECOS	Países de la Europa Central y Oriental.
PESC	Política Exterior y de Seguridad Común.
PIGS	Portugal, Italy, Greece and Spain.
PYMES	Pequeñas y Medianas Empresas.

SE	Sociedad anónima europea.
SSTJCE	Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STCO	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TA	Tratado de Ámsterdam.
TCE	Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas.
TCECA	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.
TCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea o Tratado de Roma.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TPI	Tribunal de Primera Instancia.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TUE	Tratado de la Unión Europea.
UE	Unión Europea.
UEAPME	Unión Europea de Pequeña y Mediana Empresa.
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia.
UNICE	Unión de Industrias de Europa.
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

INTRODUCCIÓN

OBJETO DEL TRABAJO.- El presente trabajo tiene por finalidad analizar el fenómeno de la participación de los trabajadores en la empresa en el marco del Modelo social europeo. Interesa a los efectos de este trabajo el concepto de participación en la empresa definido por la Comisión Europea en 1975, que la identifica con *“el conjunto de medios a disposición de los trabajadores para influir en las decisiones que les afectan¹”*. Así, versa este trabajo sobre la participación o influencia que los trabajadores pueden ejercer en la gestión diaria de las empresas para las que trabajan. No trata el presente estudio sobre la participación directa de los trabajadores, sino sobre la indirecta, ejercida a través de sus representantes laborales. Tampoco se refiere este trabajo a la participación de los trabajadores o de sus representantes, ni en la propiedad ni en los beneficios empresariales. La participación de los trabajadores en la gestión empresarial objeto del presente estudio se materializa principalmente en el establecimiento de determinados derechos de información, de consulta y de participación interna en los órganos societarios reconocidos por la legislación comunitaria a los representantes de los trabajadores. En este sentido, los derechos participativos que interesan son derechos de titularidad y de ejercicio colectivo y forman parte del conjunto de derechos sociales de naturaleza colectiva asimilables a los derechos de asociación y representación, de negociación colectiva, de huelga, entre otros.

¹ Libro verde sobre La participación de los trabajadores y la estructura de las sociedades de la Comunidad europea de 12 de noviembre de 1975, COM (75) 570, p. 37. Puede verse una versión en castellano publicada por el Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1976.

En el ámbito de la Unión Europea, los derechos de participación de los trabajadores en la gestión empresarial, o derechos participativos, se reconocen legalmente en diversas Directivas comunitarias. En concreto, este trabajo analizará en profundidad tres Directivas comunitarias, denominada por la doctrina como las tres hermanas², que constituyen el marco jurídico actual de los derechos participativos. Es significativo a primera vista que no exista una regulación conjunta de una misma materia, sino una regulación dispersa en varias normas jurídicas. Las Directivas participativas son las siguientes: 1.- la Directiva marco 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, en adelante, Directiva marco 2002; 2.- la Directiva 38/2009/CE del Parlamento y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un Comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que viene a sustituir y derogar la anterior Directiva 94/45/CE sobre la misma materia, en adelante, Directiva CEU 2009; y 3.- 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, en adelante, Directiva SE 2001. Cada una de ellas tiene un ámbito de aplicación diferente, es decir, el cumplimiento de la normativa es exigible en un determinado tipo y/o tamaño de organización empresarial distinto: la empresa o centro de trabajo de ámbito nacional con más de 50 trabajadores en el caso de la Directiva marco 2002; la empresa o grupo de más de 1500 empleados, con al menos 100 en dos Estados miembros distintos, en el supuesto de la Directiva CEU 2009; y el nuevo ente societario denominado Sociedad anónima europea, que exige al menos dos sociedades o dos establecimientos situados en Estados miembros diferentes, según su modo de constitución, con respecto a la Directiva SE 2001.

La finalidad principal de este trabajo consiste en determinar la efectividad y la eficacia de los derechos participativos que estas normas regulan,

² “*The Three sisters*” de BLANPAIN, R., *Involvement of Employee in the European Union*, Kluwer, London, 2002, pp. 16-17. Con esta denominación se refería este autor a la derogada Directiva CEU 1994, Directiva SE 2001 y Directiva marco 2002.

profundizando especialmente en las dificultades y complejidad que presenta la normativa. La perspectiva que interesa es la relativa al estudio de los derechos participativos como elementos integrantes del Modelo social europeo y como contenido de la política legislativa social y societaria que se viene desarrollando desde hace décadas por las Instituciones de la Unión Europea. Se hará hincapié en la contribución de estas normas en punto a la formación de un estándar común europeo en materia social colectiva. En este sentido, se profundizará este trabajo sobre la multitud de significados y de contenidos que pueden acogerse bajo el término Modelo social europeo, que da cabida, no sólo a determinada normativa comunitaria de diversos ámbitos y no únicamente de la rama social del derecho, sino también a un conjunto de valores o creencias en su concepción como proyecto político o ideológico.

El objeto de esta trabajo es presentar algunas propuestas de mejora con respecto a una futura revisión de las Directivas participativas estudiadas, anunciada desde hace años por la Comisión Europea. Se pretende en este trabajo ahondar sobre las perspectivas de futuro de la actuación comunitaria en materia participativa, valorando las probabilidades de que dichas actuaciones se produzcan, e indagando sobre las dificultades, impedimentos y límites jurídicos y políticos, a los que se seguramente se enfrentarían estas actuaciones futuras. Estas actuaciones deben estudiarse desde las modificaciones que se han introducido en el Derecho originario a partir del último gran Tratado de reforma, el Tratado de Lisboa en vigor desde 2009. Lo deseable sería refundir y proponer una nueva regulación más coherente, efectiva y unitaria, de aplicación general, independiente del tamaño y tipo de organización empresarial y de la ubicación geográfica de los centros o empresas en el territorio comunitario.

METODOLOGÍA Y JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.- El fenómeno de la participación de los trabajadores en la empresa es un tema clásico de estudio y de análisis por la doctrina jurídica en los diversos Estados miembros de la Unión Europea desde hace muchas décadas, y con anterioridad a la propia creación de la Comunidad Económica Europea en 1957. Son numerosísimos los autores y las obras dedicadas a estudiar la participación de los trabajadores en la empresa en todas sus vertientes: desde aquellas teoría iniciales que la identifican con la Democracia Industrial o democratización en las

empresas, hasta estudios más recientes que asimilan la participación de los trabajadores con las más modernas técnicas de organización y gestión de recursos humanos, de círculos de calidad y/o con elaborados sistemas de colaboración de los asalariados en la gestión de las empresas para las que trabajan. No se pretende profundizar en este trabajo sobre la incorporación de la normativa participativa europea en el ordenamiento jurídico español, por cuanto que existen ya numerosos estudios que abordan las incorporaciones de las Directivas comunitarias y la problemática que éstas han planteado, así como numerosos trabajos doctrinales que abordan cuestiones puntuales del régimen jurídico de los derechos participativos en el marco de la aplicación concreta del Derecho del trabajo español.

La perspectiva que interesa es la relativa al estudio de los derechos participativos de los representantes de los trabajadores como elementos de la política legislativa de la Unión Europea, como parte integrante del denominado Modelo social europeo y, especialmente desde 2009, como derechos fundamentales de la Unión Europea. A partir de la reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, elaborada y proclamada formalmente en 2000 y de nuevo posteriormente en 2007, ha reconocido en su artículo 27 a los derechos de información y consulta a los trabajadores como derechos fundamentales de la Unión Europea. Dicho reconocimiento, junto con el hecho de la reciente aprobación de la Directiva CEU 2009 sobre la constitución de un Comité de empresa europeo en empresas y grupos de dimensión comunitaria, justifican la actualidad de este trabajo.

Este trabajo propone que se adopte una nueva regulación comunitaria en materia participativa más coherente, efectiva y unitaria. A tal efecto, como metodología de trabajo, se han abordado todas las variables posibles que afectan o condicionan las actuaciones legislativas en el ámbito comunitario, a saber, la propia historia de la construcción europea, el funcionamiento y competencias de las Instituciones de la Unión, las diversas posiciones y posturas de los Estados miembros ante la realidad europea, las sucesivas ampliaciones de la Unión y sus consecuencias, la problemática distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros, la difícil actuación comunitaria en materia

social, la interrelación entre los planos del derecho social y del derecho societario europeo, y entre éstos y los ordenamientos internos, los diversos debates y posturas que se han ido sucediendo en el ámbito de la Unión y de los propios Estados miembros en materia participativa, el papel que se asigna a los interlocutores sociales tanto en la creación como en la aplicación de derechos, las palpables alergias a lo social colectivo en el ámbito comunitario y la reticencia a la regulación del fenómeno de los grupos de empresas. La amplitud de esta investigación permite abordar el régimen jurídico actual de los derechos participativos europeos con una amplia visión histórica y desde el punto de vista de lo que pudo haberse hecho y no se hizo, resaltando las razones u obstáculos que han ido apareciendo y que condicionan que el régimen jurídico actual es el que es y no es otro. Sólo a partir de un estudio exhaustivo de los antecedentes del régimen participativo actual pueden proponerse y justificarse determinadas mejoras de futuro.

La situación económica, social e institucional actual que impera en la Unión Europea requiere una revisión en profundidad de las políticas legislativas existentes y una amplia reforma de las mismas. Es opinión de muchos que el Modelo europeo, tanto como construcción ideológica o signo de identidad europea asociado con el bienestar y la mejora de las condiciones de vida y trabajo de sus ciudadanos, y como continente del conjunto de normas jurídicas en materia socio-laboral, requiere una re-definición. El denominado Modelo social europeo es deficitario, tanto en términos económico-financieros como en términos de justicia social. La participación de los trabajadores en la empresa es parte integrante y fundamental de dicho Modelo y es además un objetivo fundamental de la política social de la Unión, junto con el pleno empleo y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, como expresamente ya se declaró en el primer Programa social de la Comisión de 21 de enero de 1974³. Y, en este sentido, 40 años después, puede afirmarse que los objetivos comunitarios no se han logrado y que se requieren acciones urgentes, con vistas al largo plazo que resuelvan los problemas estructurales. Este trabajo pretende

³ Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, DO nº C 13 de 12.02.1974, adoptada por los entonces nueve Estados miembros de la Comunidad Económica Europea: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos. El 1 de enero de 1973 se incorporarían Dinamarca, Irlanda y Reino Unido.

aportar algo de luz en cuanto a la revisión futura de la legislación comunitaria en materia participativa, entendiéndose en este sentido que una mayor democratización en los lugares de trabajo podría contribuir, sin duda, a retomar la identidad del Modelo europeo y a afianzar sus virtudes y resultados. La Directivas participativas comunitarias que se analizan en profundidad en este trabajo, Directiva marco 2002, Directiva CEU 2009 y Directiva SE 2001, se presentan de forma unitaria, al objeto de facilitar la presentación final de diversas recomendaciones conjuntas finales o de mejora.

SISTEMÁTICA Y CONTENIDO DEL TRABAJO.- El presente trabajo se articula en cuatro capítulos. El primer capítulo analiza la configuración del Modelo social europeo, desde la creación de la Comunidad Económica Europea en 1957 hasta la actualidad, haciéndose especial hincapié en las reformas que ha introducido en el Derecho originario el Tratado de Lisboa de 2007. El segundo capítulo aborda la génesis de los derechos participativos en el ámbito europeo, analizándose todas las propuestas normativas que se han ido sucediendo en el ámbito comunitario desde 1970 y que forman parte de los antecedentes de la regulación actual de los derechos participativos. Los capítulos tercero y cuarto analizan el marco jurídico actual de los derechos participativos en el ámbito europeo. Por un lado, el capítulo tercero versa principalmente sobre los fundamentos jurídicos y los ámbitos de aplicación de las normas participativas y, por otro lado, el capítulo cuarto se centra en la titularidad, los contenidos, el alcance, los límites, los procedimientos y la protección y tutela de los derechos participativos. Por último se presentan, a modo de conclusiones, determinadas consideraciones en torno a las perspectivas de futuro de la actuación comunitaria en materia participativa.

El **CAPÍTULO PRIMERO**, relativo a la **Configuración, evolución y balance del Modelo social europeo**, está dividido en cinco títulos que se corresponden, los cuatro primeros, con diferentes etapas de evolución de dicho Modelo y que pueden identificarse a su vez con determinados periodos históricos; son las siguientes: 1.- La realización del mercado común, que se corresponde básicamente con las décadas de los años cincuenta, sesenta y setenta. 2.- La definición de la Europa social, que abarca desde mediados de la década de los ochenta hasta finales de los años noventa. 3.- Las tentativas de

constitucionalización de los derechos sociales, etapa que comienza en el año 2000 y finaliza en el año 2007. 4.- La precaria constitucionalización de los derechos sociales, etapa dedicada al análisis de las novedades que introduce el Tratado de Lisboa en el Derecho originario. El último título de este capítulo primero, denominado Modelo social europeo, balance y perspectivas de futuro, ahonda sobre la problemática que plantea el reconocimiento de derechos sociales fundamentales en el ámbito europeo, profundiza sobre las repercusiones de la reforma de 2007, y analiza los retos y cuestiones pendientes en torno a la consolidación de un estándar común europeo en materia social colectiva.

Los cuatro primeros títulos del capítulo primero hacen referencia a los principales Tratados de Derecho originario, o de reforma de los mismos, así como a los principales hitos de cada uno de los distintos periodos históricos. La atención se dirige principalmente a lo acontecido en materia socio-laboral en cada una de las etapas, sin descuidar aquellos otros hechos o materias relevantes que forman parte de la historia de la construcción europea y que es necesario conocer y analizar para obtener una visión adecuada del proyecto europeo en su conjunto y desde sus inicios. Con respecto a la primera etapa relativa a la realización del mercado común, se analiza el diseño básico de la actuación legislativa comunitaria en el marco del Tratado de Roma y, principalmente, los límites de dicha actuación en materia social. La segunda etapa relativa a la definición de la Europa social viene marcada por la necesidad de ahondar en mayor medida en el proyecto comunitario, con hitos como la adopción del Acta Única Europea en 1987, la atención a los problemas presupuestarios, al funcionamiento de las Instituciones y a los procedimientos legislativos, todo ello con la intención de avanzar en la consecución del mercado interior, y muy tímidamente, se comienza a hablar de la dimensión social de la entonces Comunidad Económica Europea. Esta segunda etapa, que abarca desde mediados de los años ochenta hasta finales de los años noventa es, sin duda, trascendente, vino marcada muy significativamente por la perspectiva de la reunificación alemana, y sobre todo por sus sustanciales costes. En mayor medida que en décadas anteriores, en los inicios de los años ochenta se pusieron de manifiesto las grandes divergencias y los intereses altamente

contrapuestos que se dan entre los Estados miembros: por una parte se pretendía afianzar una marca denominada Europa pero, por otra parte, los Estados no deseaban renunciar a sus competencias internas, o lo que es peor, no tenían claro cómo debían de distribuirse estas competencias, entre los planos comunitarios, internos y regionales o locales. Con la adopción del Tratado de Maastricht de 1992 se sentaron las bases de la futura Unión Económica y Monetaria, pero sin plantearse en profundidad hasta dónde se quería llegar, ni a que precio. ¿A qué estaban, o están, dispuestos a renunciar los Estados miembros en favor de la Unión? La adopción del Acuerdo sobre política social de 1992 fue un ejemplo claro de retroceso en materia social: a cambio de reconocer mayor protagonismo a los interlocutores sociales en varios niveles, se renunciaba a una homogeneización de derechos sociales, principalmente los de carácter colectivo, que incluso pasaron a ser considerados materias especialmente sensibles, sobre la que la Comunidad renuncia a intervenir⁴. La década de los años noventa finaliza con la adopción del Tratado de Ámsterdam de 1997 que, confirmando tendencias anteriores, va a poner de manifiesto, no sólo la existencia de las importantes divergencias entre Estados miembros, sino que, además, éstas se admiten y que de alguna forma se permiten y se institucionalizan a través de mecanismos denominados de cooperación reforzada, cláusulas de flexibilidad, Europa de varias velocidades, a la carta etc. Por lo demás, los avances en materia social a finales de los años noventa siguen siendo muy limitados: ni siquiera en materia de empleo, tema estrella, se logran avances con capacidad de permanencia.

El primer capítulo dedica un gran apartado, el título tercero denominado las tentativas de constitucionalización de los derechos sociales, a la década de los años 2000 que podría denominarse la década de la desilusión o desencanto comunitarios. A grandes ambiciones, la ampliación hacia el este y centro de Europa con vistas a lograr un gran mercado común, grandes planes. Sin duda, los esfuerzos de la década fueron dirigidos a permitir afianzar las dos

⁴ Como se verá (*Infra, cap. 1º, apartado II.3.3*), en virtud del artículo 2.6 del Acuerdo sobre política social de 1992, determinadas materias especialmente sensibles como las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el cierre patronal, quedan expresamente excluidas del ámbito competencia de la Comunidad Europea. Esta exclusión permanece en el vigente artículo 153.5 TFUE.

ampliaciones de la Unión de 2004 y 2007⁵. Con esta finalidad, se adoptó el Tratado de Niza en 2001, que vino a introducir las reformas necesarias para hacer posibles y viables dichas ampliaciones. Por lo demás, la década de los años 2000 se caracteriza por ser una década de gran actividad política en el ámbito comunitario, dedicándose grandes esfuerzos por lograr consensos entre los Estados miembros en torno al desarrollo futuro de la Unión, como entidad política tanto con respecto a sus ciudadanos, como con respecto a su posición y papel en el mundo. Se dedica este título, por un lado, a analizar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión redactada en 2000, que no adquiere valor jurídico hasta 2009; y, por otro, a los debates que se originaron en torno a la elaboración del fracasado Tratado Constitucional de 2004. Finaliza la década de los años 2000 con la aprobación del Tratado de Lisboa en 2007. El cuarto título del capítulo primero se dedica a desmenuzar las novedades que se introducen en el Derecho originario desde una triple perspectiva: En primer lugar, se presentan las diversas novedades de carácter general, en especial, la reordenación del marco jurídico, la reforma de las Instituciones de la Unión, la delimitación, ejercicio y distribución de competencias y la modificación de los procesos legislativos. En segundo lugar, se analizan las muy ligeras modificaciones que se producen en materia social. En tercer lugar, se profundiza sobre las novedades relativas a la protección de los derechos fundamentales, en concreto, por un lado, el ya mencionado reconocimiento de valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea redactada en 2000 que se revisa en 2007 y a la que se le añaden determinadas Explicaciones de dudoso valor jurídico⁶; y por otro lado, el anuncio de una futura adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que a fecha de hoy aún está pendiente.

⁵ En mayo de 2004 se incorporarían Hungría, Polonia, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Letonia, Lituania, Estonia, Malta y Chipre. En enero de 2007, Rumania y Bulgaria.

⁶ Como se verá (*Infra, cap. 1º, apartados III.2.3 y IV.4.1*), la Carta de Derechos Fundamentales fue elaborada en 2000 por una Convención, la Convención-I de composición cuatripartita formada por representantes del Parlamento Europeo de la Comisión, de los gobiernos de los Estados miembros y de los Parlamentos de los mismos. Esta Convención-I elaboró unas primeras Explicaciones relativas a la interpretación y aplicación de la Carta. Posteriormente en 2003 (*Infra, cap. 1º, apartado IV.4.1*), las primeras Explicaciones fueron revisadas y modificadas en una Convención II. Estas segundas Explicaciones, como se argumentará, deben utilizarse en la actualidad en la interpretación del contenido y alcance de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta. Sobre el valor jurídico de las mismas existen diversas posturas.

En el título quinto del primer capítulo hace un balance sobre el Modelo social europeo, definiendo sus principales elementos y profundizando en las diferentes estrategias o instrumentos de intervención que han ido contribuyendo a la formación del Derecho europeo de trabajo, elemento fundamental de este Modelo. A continuación, se presentan en mayor detalle las dificultades que plantea el reconocimiento y la protección de los derechos sociales fundamentales en el ámbito comunitario, con especial atención a los de titularidad y ejercicio colectivo, ello con la finalidad principal de resolver si las reformas introducidas en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa han contribuido o no, y en qué manera, en aras de la plena efectividad y tutela de estos derechos. Los resultados son profundamente pesimistas en materia social colectiva por cuanto que, como se argumentará, no sólo no se han producido avances, sino que puede hablarse incluso de retrocesos con respecto a la situación anterior, la existente antes de la aprobación del Tratado de Lisboa. Se presentarán en este sentido dos retos o cuestiones pendientes que debieran contribuir a una mejora de la situación actual: por un lado, se planteará la viabilidad de una adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea y al sistema de protección del Consejo de Europa y, por otro, se contribuirá al debate sobre la problemática protección multinivel -internacional, comunitario y nacional- de los derechos sociales fundamentales. Por último, se presentarán determinadas indicaciones en torno a lo que podría denominarse el estándar común europeo en materia social colectiva, concluyéndose que estamos aún muy lejos de alcanzar dicho estándar, y que el futuro en torno a la tutela y protección de los derechos sociales fundamentales de carácter colectivo en el ámbito comunitario es cuanto menos incierto y ambiguo.

El **CAPÍTULO SEGUNDO** de este trabajo analiza la **Génesis de los derechos participativos en el ámbito europeo**. El primer título de este capítulo aborda el concepto de participación en la empresa, presentando las principales clasificaciones doctrinales en torno a este concepto. En concreto, participación interna en los órganos societarios versus participación externa o que tiene lugar fuera de dichos órganos; participación contractual o conflictiva versus participación institucional o cooperativa; y participación negociada o flexible, fruto de la autonomía colectiva de las partes social y empresarial, versus participación

impuesta o *ex lege*. El primer título profundiza asimismo sobre el concepto legal vigente de la implicación de los trabajadores en la empresa, concepto que se prevé en la Directiva sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea de 2001, aclarándose que, en este trabajo, se opta por seguir utilizando el tradicional concepto participación y el de derechos participativos, relegando el término implicación para el ámbito limitado de la Sociedad anónima europea. Así, a los efectos de este trabajo se hace referencia al término derechos participativos que comprende a su vez determinados derechos de información, de consulta y de participación interna.

El segundo título del capítulo segundo versa sobre los orígenes de los derechos participativos en Europa, desde las primeras iniciativas que surgirían a finales del siglo XIX hasta finales de los años cincuenta del siglo XX. En este sentido, se hará referencia tanto a la autogestión obrera como expresión máxima de la democracia industrial en Europa, como al modelo alemán en tanto paradigma de la misma. Con respecto a este último, se analizarán con mayor detenimiento los orígenes y los rasgos principales de la cogestión o co-determinación alemana, formalmente instaurada en 1951, en el marco del sistema de relaciones laborales de este país. Sin duda este modelo alemán sirvió de fuente de inspiración a las primeras propuestas normativas que se fueron sucediendo en el ámbito comunitario desde finales de los años sesenta. Se aclara en este punto que el sistema denominado de cogestión alemana comprende tanto elementos de participación interna como externa, así como el derecho a la negociación colectiva reconocido a los sindicatos externos a las empresas.

Los títulos tercero y cuarto del capítulo segundo analizan una primera y una segunda generación de propuestas normativas comunitarias sobre derechos participativos tanto del ámbito social como del societario. La primera generación comprende un conjunto de propuestas normativas que tienen como nota común la utilización de la técnica de la armonización de legislaciones internas con el objeto de imponer sistemas de participación interna y externa. Pertenecen a la primera generación las siguientes propuestas normativas: la propuesta de 5^o Directiva de 1972, las propuestas de Reglamento sobre la Sociedad anónima europea de 1970 y 1975 y las propuestas de Directiva Vredeling y Vredeling-

Richards de 1980 y 1983, dirigidas estas últimas a regular la participación de los trabajadores en las empresas multinacionales y especialmente en los grupos de empresas, entonces denominados empresas de estructura compleja. Ninguna de las propuestas de primera generación obtuvo el voto unánime de los miembros del Consejo necesario para su aprobación. Todas ellas presentan interesantes puntos de partida y de debate que, sin duda, afectaron a la evolución posterior de los derechos participativos en el ámbito europeo.

La denominada segunda generación de propuestas presenta como principal nota definitoria el abandono de la unificación o armonización de las legislaciones y, asimismo, el abandono de la imposición de mecanismos de participación interna o externa, abriéndose el camino hacia la participación negociada y la participación *ex lege* o de aplicación de unas disposiciones subsidiarias en determinados supuestos de fracaso o de abandono de las negociaciones. Con respecto a la segunda generación de propuestas, se analizan las siguientes: 1.- las propuestas de Directiva sobre la Sociedad anónima europea de 1989 y 1991 que son los antecedentes directos de la actual regulación en vigor y que constituyen un claro ejemplo de participación negociada equivalente, al establecerse que pudiera optarse por sistemas de participación interna o externa, u otro modelo, siempre que fuera equivalente a alguno de los dos primeros y se respetará el régimen jurídico previsto para ellos en la normativa; 2.- las propuestas de Directiva sobre la constitución de un Comité de empresa europeo en empresas y grupos de dimensión comunitaria de 1990 y 1991, sucesoras de las Directivas Vredeling y Vredeling-Richards, y claros exponentes de participación externa negociada; y 3.- la Directiva sobre la constitución de un Comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en empresas y grupos de dimensión comunitaria de 1994, en adelante Directiva CEU 1994, que ha sido sustituida por la vigente Directiva CEU de 2009. Por razones de claridad, se analiza la Directiva CEU 1994 en el conjunto de propuestas de segunda generación a pesar de no ser formalmente una propuesta normativa, sino una norma derogada y sustituida. Las normas pertenecientes a la segunda generación reflejan la evolución sufrida por la política legislativa comunitaria en materia participativa: el paulatino abandono del objetivo de armonizar las legislaciones internas fue sustituido por

una muy cuestionable vía negociada, que prevalece sobre la normativa, en un sistema jurídico como el comunitario que, como se verá, carece de unos estándares comunes comunitarios en materia social colectiva, necesarios para asegurar la tutela efectiva de los derechos que reconoce. En este sentido, las Directivas CEU, la derogada de 1994 y la vigente de 2009, presentan un tipo de participación que se podría denominar informal o no institucionalizada; ello en atención a las importantes vías de escape previstas en su aplicación pues se posibilita que se validen o legitimen acuerdos sobre participación suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la norma y hasta la fecha límite de incorporación de la misma a los ordenamientos internos; una suerte de periodo de carencia diseñado en la derogada Directiva CEU de 1994 para el periodo 22 de septiembre de 1994 a 22 de septiembre de 1996 y que se repite, salvo que se presenten relevantes modificaciones en la estructura de la empresa o del grupo⁷, en la Directiva CEU 2009 para el periodo temporal comprendido entre el 5 de junio de 2009 y el 5 de junio de 2011⁸.

El último título del capítulo segundo se dedica a la presentación de las tres Directivas participativas actualmente en vigor, la Directiva marco 2002, la Directiva CEU 2009 y la Directiva SE 2001, en los términos siguientes: por un lado, en un apartado independiente para cada una de ellas, se señalan los rasgos básicos de su régimen jurídico, con referencia a las propuestas normativas a las que sucedieron e indicando las modificaciones más relevantes que se produjeron con respecto a lo dispuesto en las propuestas anteriores y, por otro lado, se aborda de forma conjunta con respecto a las tres Directivas, la complejidad de la normativa participativa, analizándose en este sentido las siguientes cuestiones: las dificultades en la clasificación de las normas, sus

⁷ Como se verá, el artículo 13 de la Directiva CEU 2009 prevé el inicio de un nuevo procedimiento de negociación (*Infra, cap. 4º, apartado, II.3.1*), con el objeto de mejorar la información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria, “cuando se produzcan modificaciones significativas en la estructura de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria y no existan disposiciones previstas por los acuerdos vigentes o se produzcan conflictos entre disposiciones de dos o más acuerdos”.

⁸ A su vez este cuestionable periodo de carencia o de no aplicación de la Directiva podría extenderse durante tres años más en determinados supuestos en los que las partes laboral y empresarial no hayan podido, o no hayan querido, llegar a un acuerdo.

distintos ámbitos de aplicación, finalidades y fundamentos jurídicos, la extensa dilación temporal en la aprobación de las normas, los laboriosos procesos de transposición y, principalmente, la compleja o ambigua articulación entre las normas participativas, estableciéndose, como se verá, las dificultades de interpretar cuándo una materia es o no de ámbito transnacional.

El **CAPÍTULO TERCERO** de este trabajo analiza una **primera parte** del **Marco jurídico actual de los derechos participativos en el ámbito europeo** y consta de dos títulos. El primer título profundiza sobre los fundamentos jurídicos de las normas participativas y el segundo sobre los ámbitos de aplicación de las mismas. Con respecto a los fundamentos jurídicos, es significativo que las tres normas participativas objeto de estudio fueron aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009. El hecho de que este Tratado de reforma del Derecho originario haya dotado de valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales, cuyo artículo 27 reconoce los derechos de información y consulta a los trabajadores como derechos fundamentales de la Unión, es objeto de un detenido análisis en el primer apartado del primer título. A su vez, se analiza el hecho de que el derecho de participación interna, en ocasiones erróneamente denominado cogestión, no se mencione en la Carta de Derechos Fundamentales. El segundo apartado del primer título analiza las actuales bases jurídicas, generales y específicas, previstas en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En términos generales puede afirmarse que las bases específicas en materia social no han experimentado modificaciones significativas con respecto a la situación anterior al Tratado de Lisboa, pero no puede decirse lo mismo con respecto a las bases generales, previstas en los vigentes artículos 115 y 352 TFUE, sobre las que sí se han producido algunos cambios que implican mayores límites en la utilización de las mismas. En cuanto a las bases jurídicas específicas del ámbito social, se hará referencia, en la medida que afecta a la materia participativa, a: la vía legislativa del artículo 153.2.g TFUE en relación con la información y consulta (art. 153.1.e TFUE) y con la cogestión (art. 153.1.f TFUE); la vía del diálogo social y la negociación colectiva prevista en los artículos 152, 153.3, 154.5 TFUE; y la vía del método abierto de coordinación o producción de *soft*

law reconocida en los artículos 153.2.a y 156 TFUE. Se profundiza en estas vías o mecanismos que fundamentan la actuación comunitaria en materia participativa al objeto de estudiar la viabilidad de una futura actuación sobre derechos de participación interna, indagando sobre la rama del derecho, social y/o societario, en la que podría encajarse esta actuación. A su vez, este estudio sobre las bases jurídicas que determinan las actuaciones comunitarias es necesario, no sólo para apoyar propuestas o mejoras de futuro, sino también para explicar el origen y fundamento de la normativa participativa en vigor.

El segundo título del capítulo tercero se refiere a los ámbitos de aplicación de las Directivas participativas que, ya se ha dicho, viene determinado principalmente por el tipo, tamaño y estructura de las organizaciones empresariales a las que van dirigidas estas normas comunitarias. Se dedica un primer apartado a la definición de la empresa y el centro de trabajo según lo dispuesto en la Directiva marco 2002. Un segundo apartado se refiere a la determinación del concepto grupo de empresas en virtud de la regulación contenida en la Directiva CEU 2009. Un tercer apartado, analiza la definición, régimen jurídico, modos de constitución, estructura, inscripción y registro, entre otros aspectos, de la Sociedad anónima europea en aplicación de lo dispuesto en el Reglamento (CE) 2157/2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad anónima europea, en adelante Reglamento SE. Con respecto al ámbito de aplicación de las normas participativas, las cuestiones que se plantean giran en torno a la adecuación de los criterios -número de trabajadores, ubicación geográfica, u otros- que se tienen en cuenta para determinar cuando una concreta entidad u organización empresarial es o no sujeto pasivo de los derechos de participación reconocidos por la normativa. El estudio concreto de los ámbitos de aplicación de cada una de las normas participativas lleva a plantearse la viabilidad de unificar determinados criterios de aplicación, al objeto de que éstos pudieran ser de aplicación general, con independencia del tipo, tamaño u ubicación en el ámbito de la Unión de dichas entidades empresariales.

El **CAPÍTULO CUARTO** comprende una **segunda parte** del análisis del **Marco jurídico actual de los derechos participativos** y está compuesto por

tres títulos relativos a: el primero, a la titularidad, contenido, alcance y límites de los derechos participativos; el segundo, a las normas de procedimiento para el ejercicio de los mismos; y el tercero, a la previsiones contenidas en las normas con respecto a la protección y tutela de los derechos participativos. El primer título analiza de forma separada con respecto a cada una de las tres Directivas participativas, el contenido y alcance de los derechos de información, de consulta y de participación interna, y dedica otro apartado a los límites al derecho de información. Así, en cuanto al alcance y contenido del derecho de información, es altamente llamativo que existan distintos conceptos, contenidos y alcances del mismo en las citadas Directivas y es por ello que se analiza el régimen jurídico de forma separada en cada una de ellas. Como nota común, sin embargo, destaca la gran flexibilidad o laxitud que se aprecia tanto en cuanto al alcance, como al contenido, disponible en gran medida para las partes sociales y empresariales y, en determinados casos, para los legisladores internos. A continuación, se analizan de forma conjunta los límites a los derechos de información previstos en la normativa participativa, materia en la que las normas comunitarias se remiten, en términos idénticos en las tres Directivas, a lo que al respecto se disponga en las normas nacionales de transposición de las mismas. Las Directivas, no obstante, prevén dos formas de proteger la información empresarial que deben ser acogidas en las legislaciones internas: por un lado, se impone un auténtico deber de secreto a los representantes de los trabajadores con respecto a informaciones o datos que hayan sido transmitidos con carácter confidencial y, por otro, se prevé la dispensa a las direcciones empresariales de la obligación de transmitir determinadas informaciones muy sensibles bajo un cierto control: que la transmisión de dichos datos o informaciones *“puedan causar graves perjuicios al funcionamiento de las empresas o perjudicarles⁹”*. La interpretación y aplicación de las disposiciones relativas a los límites al derecho de información plantean numerosos e interesantes interrogantes. Por lo demás, se analizan también los contenidos y alcances de los derechos de consulta y de participación interna, de forma individualizada en las tres Directivas participativas objeto de estudio. En cuanto al derecho de consulta, de nuevo, tampoco se ha establecido un concepto

⁹ En este sentido, el artículo 6.2 de la Directiva marco 2002, el artículo 8.2 de la Directiva CEU 2009 y el artículo 8.2 de la Directiva SE 2001.

unitario o común en las normas participativas. Sí se aprecia, no obstante, que no se pretende que la consulta sea vinculante para la empresa, ni siquiera que exista obligación de llegar a un acuerdo. En cuanto al derecho de participación interna, únicamente aparece regulado en la Directiva SE 2001, que lo define como modalidad de implicación de los trabajadores y que recoge su régimen jurídico de aplicación exclusiva en este nuevo tipo de entidad empresarial europea, la Sociedad anónima europea. Sí se menciona el derecho de participación interna en la Directiva marco 2002, pero no se regula.

El segundo título del capítulo cuarto profundiza sobre los procedimientos previstos en las Directivas comunitarias para el ejercicio de los derechos participativos. De nuevo procede en este punto un análisis separado de cada uno de las normas, dadas las peculiaridades propias que presentan los ámbitos de aplicación de las mismas. Como notas comunes a los mismos destaca la flexibilidad de la normativa, que se traduce en el amplio margen de actuación o disponibilidad en manos, tanto de los Estados miembros a la hora de incorporar la normativa a sus ordenamientos internos, como a favor de las partes sociales a la hora de ejercer los derechos, y ser sujetos de las obligaciones, previstos en la normativa. Puede afirmarse que dicha libertad o disponibilidad es mayor en el régimen participativo previsto en la Directiva marco 2002, que en los previstos en las otras dos normas. Así, tanto en la Directiva CEU 2009, como en la Directiva SE 2001, normas básicamente procedimentales, se regulan detallados procedimientos de negociación -que son similares salvo en algunos puntos de importancia-, con la finalidad, en el caso de la primera, de constituir un Comité de empresa europeo en empresas y grupos de dimensión comunitaria y, con respecto a la Directiva SE, con el objeto de alcanzar un acuerdo sobre la modalidad de implicación de los trabajadores en una determinada Sociedad anónima europea. El tercer título del capítulo cuarto versa sobre la tutela y protección de los derechos participativos en las Directivas objeto de estudio. También en estas materias, el legislador comunitario delega en los legisladores internos la tarea de establecer los mecanismos adecuados para asegurar el cumplimiento de los derechos y obligaciones participativas que se establecen en las mismas. Los Estados miembros han de garantizar que existan procedimientos administrativos o judiciales, pero no se establecen en las

Directivas pautas concretas o indicaciones sobre los mismos. El último apartado del tercer título señala los retos pendientes más importantes en torno a la protección y tutela de los derechos participativos en el ámbito europeo, argumentándose que de la regulación actual, no pueden esperarse avances significativos.

Para finalizar se presentan unas **CONCLUSIONES** relativas a las **Perspectivas de futuro de la actuación comunitaria en materia participativa**. En términos generales puede afirmarse que una vez adoptadas las tres Directivas objeto de estudio, el debate sobre la participación en la empresa en el ámbito comunitario parece ser un debate cerrado o finalizado. A pesar de que la propia revisión de las normas participativas está prevista en las mismas, se aprecia que dichas revisiones, de llegar a producirse, no van a significar un cambio trascendente en la normativa en vigor. En esta última parte del trabajo se analizan los progresos obtenidos hasta la fecha, prestando especial atención a los puntos positivos y negativos de las normas participativas. Se plantea, a su vez, una posible revalorización de la participación interna, o presencia de representación laboral en los órganos internos societarios, a la vista del modelo alemán en el que se inspira la normativa comunitaria participativa actualmente en vigor. Se dedica asimismo un amplio apartado a los obstáculos o impedimentos políticos y límites jurídicos que condicionarían una reforma normativa en materia participativa en profundidad y, a continuación, se presentan los contenidos de los procesos de revisión y de evaluación realizados por la Comisión y por los expertos hasta la fecha. Al hilo de esta presentación, se introducen diversas propuestas de mejora con respecto a las disposiciones actualmente en vigor. Se establecen, por último, unas consideraciones finales en las que se señala la conveniencia de reformar en profundidad la vigente normativa participativa, y los posibles caminos que dicha reforma debería tomar; ello en el contexto de la importancia de revivir y defender un Modelo social y societario europeo, más coherente, eficaz y eficiente, en el actual contexto económico y social europeo y mundial.

CAPÍTULO PRIMERO.-

CONFIGURACIÓN, EVOLUCIÓN Y BALANCE DEL MODELO SOCIAL EUROPEO

I.- PRIMERA ETAPA: LA REALIZACIÓN DEL MERCADO COMÚN

II.- SEGUNDA ETAPA: LA DEFINICIÓN DE LA EUROPA SOCIAL

III.- TERCERA ETAPA: TENTATIVAS DE
CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

IV.- CUARTA ETAPA: LA PRECARIA CONSTITUCIONALIZACIÓN
DE LOS DERECHOS SOCIALES: LA REFORMA DE 2007

V.- MODELO SOCIAL EUROPEO: BALANCE Y PERSPECTIVAS
DE FUTURO

I.- PRIMERA ETAPA: LA REALIZACIÓN DEL MERCADO COMÚN.

1.- La creación de la Comunidad Económica Europea en 1957: objetivos económicos y geopolíticos e ideas sociales de los padres de Europa (1951-1956).- En el año 1951 se constituyó en París la Comunidad Económica del Carbón y el Acero, antecedente de la Comunidad Económica Europea¹⁰. La idea originaria y los objetivos de la constitución de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero fueron de orden económico y también geopolítico: poner en común la producción franco alemana del carbón y del acero, materias primas bases de la industria de la guerra¹¹. En los años siguientes, principios de la década de los años cincuenta, se fueron sucediendo en el panorama político europeo diversas iniciativas, bien en favor de crear una comunidad europea de defensa, una comunidad de la energía atómica, bien una comunidad política, bien una comunidad económica. Las personalidades de MONNET¹² y SPAAK¹³ fueron decisivas para que los entonces seis países integrantes de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, Francia,

¹⁰ El 21 de julio de 1951 se adoptó el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero. Se pactó su existencia por un período de 50 años, hasta el 23 de julio de 2002. En esa fecha la Comunidad Económica del Carbón y del Acero pasó a integrarse en la Comunidad Económica Europea, creada en 1957 con la firma del Tratado de Roma. Anexo al Tratado de Niza de 2000 figura un Protocolo sobre las consecuencias financieras de la expiración del Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero y sobre el traspaso de su patrimonio a la Comunidad Europea.

¹¹ Idea anunciada por Robert SCHUMMAN (1886-1963), Ministro francés de Asuntos Exteriores, en una Declaración del 9 de mayo de 1950. Tras la segunda Guerra Mundial, se incidió en la recuperación de Francia y Alemania, comenzando con el plano industrial, como antecedentes del plan SCHUMMAN que derivarían en la creación de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero. Extracto de la famosa Declaración de SCHUMMAN de 1950 preparada junto a Jean MONNET: *“Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho. La agrupación de las naciones europeas exige que la oposición secular entre Francia y Alemania quede superada, por lo que la acción emprendida debe afectar en primer lugar a Francia y Alemania”*. El texto íntegro de esta Declaración puede verse en la página web de la Unión Europea (europe.eu).

¹² Jean MONNET (1888-1979) hombre de negocios francés es considerado, junto a Konrad ADENAUER, Robert SCHUMMAN y Alcide DE GASPERI, uno de los padres de Europa. MONNET fue el primer Jefe de la Alta Autoridad de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero. SCHUMMAN fue el primer Presidente de la Asamblea Parlamentaria Europea (1958-1960).

¹³ Henri-Paul SPAAK (1899-1972) político belga, fue uno de los promotores del BENELUX (Unión aduanera entre Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos), posteriormente integrada en la Comunidad Económica Europea y Presidente del Consejo de Europa en 1950. En el seno del Comité SPAAK se sentaron las bases de la futura Comunidad Económica Europea.

Alemania, Italia y los países del BENELUX -Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos-, se decantaron por la creación de un mercado común o comunidad económica¹⁴. Los fundadores de Europa consideraban que la unidad europea sólo sería posible alcanzarla comenzando por la economía y adoptando a su vez ciertas políticas comunes en materias como la agricultura, los transportes y la competencia (reglas de mercado). El resto de las materias debían permanecer dentro de las competencias nacionales de los Estados miembros.

La creación de la Comunidad Económica Europea se produjo formalmente con la aprobación y firma de su Tratado constitutivo en Roma, el 25 de marzo de 1957, en adelante Tratado de Roma¹⁵. Que la Comunidad Económica del Carbón y del Acero hubiera sido el embrión o semilla de la Comunidad Económica Europea significaría que, para la creación del mercado común europeo, se contaba con una experiencia europea previa de funcionamiento de un mercado de productos en vigor, de una supresión de aduanas y de la libre circulación de productos y subvenciones. Los miembros más relevantes de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, a la que nunca perteneció el Reino Unido, país más reticente a la hora de ceder competencias a los Estados fundadores, buscaban la creación de un mercado común, en el que prevaleciera la libre circulación de personas, productos y capitales, pero cuyas reglas, reglas de mercado, pudieran convivir en armonía con determinados objetivos sociales¹⁶. El propio SPAAK, uno de los promotores de la Unión aduanera del BENELUX, afirmaba, en una Conferencia pronunciada ante la Asamblea de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (13 de marzo de 1956), que era indispensable proteger y recolocar a los trabajadores

¹⁴ MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., "Estudio Preliminar sobre El Tratado de Lisboa", 2007, página web del Real Instituto Elcano, Especiales sobre el Futuro de Europa, p. 3, "por primera vez en la historia, el proceso de integración europea iniciado en la década de los años 50 no se basaba, ni en la integración por absorción, ni en el dominio militar".

¹⁵ En 1973 se adhieren Reino Unido, Dinamarca e Irlanda. En 1981, Grecia. España y Portugal en 1986. En 1995 lo hacen Austria, Finlandia y Suecia. En cuanto a la ampliación al centro y este de Europa, en mayo de 2004 se integran los siguientes países: Hungría, Polonia, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Letonia, Lituania, Estonia, Malta y Chipre, y en enero de 2007, Rumania y Bulgaria. El pasado 1 de julio de 2013 se integró la República de Croacia en la Unión Europea.

¹⁶ GÓMEZ MUÑOZ, J. M., "Las fuentes del derecho social comunitario. Entre la lógica del mercado y la lógica del trabajo", Materiales de trabajo del Curso de Derecho Comunitario de diciembre de 2010, Universidad de Córdoba.

que se hubieran encontrado en situaciones de paro o ante cierres empresariales, especialmente *“si el mercado común hubiera sido el causante del cierre¹⁷”*. Afirmaba, a su vez, en cuanto a la libertad de circulación de los trabajadores en el mercado común, que era necesario que se asegurara legalmente, es decir que se legislara a nivel comunitario con carácter vinculante, tanto la igualdad salarial, como la igualdad en las condiciones de trabajo entre los Estados miembros. Ello al objeto de afianzar el derecho a la libre circulación de trabajadores, tanto para permitir la libre elección por el trabajador de su Estado miembro de residencia y de trabajo, como, a su vez, para impedir el desarrollo de prácticas abusivas, de *dumping* social o salarial y/o prácticas o actuaciones que pudieran provocar migraciones masivas de trabajadores en menoscabo de los equilibrios de los mercados laborales nacionales. Decía SPAAK en 1956 que *“debía encontrarse un sistema esencialmente europeo, una forma de operar en el futuro mercado común europeo, compatible con, y protector, tanto de la clase trabajadora como de la empresarial”*. Junto a ello se aseguraba también que *“debía eliminarse cualquier discriminación salarial entre los Estados miembros.. en especial ...debería asegurarse que se eliminan las prácticas que buscan, mediante reducciones salariales, atraer mayor número de trabajadores inmigrantes que ofertas de trabajo disponibles para ellos en las mismas condiciones salariales que los trabajadores nacionales de un determinado Estado”*. Finalmente, consideraba SPAAK, que debía adoptarse como objetivo *“el incremento anual del porcentaje del número de trabajadores que acceden cada año a mayores ofertas de empleo en otros Estados miembros¹⁸”*.

¹⁷ Esta conferencia puede verse en la página web ena.lu, european navigator, the autorative multimedia referent to the history of Europe, p. 12.

¹⁸.. *“We must emphasize the right of free movement of workers, which include eligibility for employment offered in all countries of the Community and the right to settle in the country where employment is secured, without being subject to bureaucratic restrictions. Of course –and this is a safeguard clause protecting the Worker- the abolition of any discrimination whatsoever regarding pay must be decreed and conditions laid down, by either nacional legislation or trade union actions, excluding any reductions in salary so far as to discourage employers from bringing in more inmigrant workers than there are jobs actually available. In fact, once again, the debate has shown that, if we approach this issue without any preconceived ideas, without prejudice, but with a bit of daring using the same precautionary measures for the working class and establishing, mutates mutandis, the same safeguard clauses as those devised for industry, we could quite easily establish a system which would operate like a common market. We think that there should be an annual increase, in accordance with a predetermine rate, in the number of workers from other Member states to whom employment in each member state is offered”*. Conferencia de SPAAK, cit., pp.12-13.

2.- El contenido social en el Tratado de Roma de 1957 y la problemática delimitación de las bases jurídicas de actuación en materia social.- Desde la doctrina iuslaboralista se ha resaltado en numerosas ocasiones la ausencia de objetivos sociales en el Tratado fundacional de la Comunidad Económica Europea o Tratado de Roma de 1957. Como se verá en las páginas siguientes, esta afirmación no es totalmente cierta, ni tampoco lo es que la consecución de los objetivos sociales se deseara confiar por los fundadores de la Comunidad Económica Europea exclusivamente al libre juego de las fuerzas del mercado¹⁹. Cuestión distinta es la problemática delimitación de las bases jurídicas de ámbito social según lo dispuesto en el Tratado de Roma y, junto a ello, las dificultades que planteaba la distribución de competencias entre los Estados miembros y la Unión Europea; dificultades que aun persisten en la actualidad y que no ha resuelto el último Tratado de reforma del Derecho originario, el Tratado de Lisboa de 2007 (*Infra, cap. 1º, apartado IV.2.3*). Teniendo presente la finalidad esencialmente económica de la creación de la Comunidad Económica Europea, la realización del mercado común, es posible identificar en el Tratado de Roma de 1957 determinadas referencias de claro contenido social. Éstas se encuentran principalmente en: el Preámbulo y los artículos 2 y 3 (apartado 2.1); los artículos 48-51 relativos a la libre circulación de trabajadores (apartado 2.2); los artículos 117-128 sobre Política social (apartado 2.3); y los artículos 193-198 relativos a la participación institucional en el Comité Económico y Social Europeo (apartado 2.4). La determinación de las bases o fundamentos jurídicos para actuar en estas materias según lo dispuesto en el Tratado de Roma presentaba importantes problemas de interpretación, que se analizarán en un apartado independiente (apartado 2.5).

2.1.- El Preámbulo y los artículos iniciales.- En el Preámbulo del Tratado de Roma se mencionaba la necesidad de la acción común, tanto para

¹⁹ ALARCÓN CARACUEL, M. R., "La necesidad de un capítulo social en la futura Constitución Europea", Università degli Studi Ferrara, Lavoro e Diritto, vol. 4, 2003. Según este autor, en los inicios, no se trataría de renunciar a la intervención normativa de carácter social sino de aplazarla al momento en que las bases económicas de la integración europea fueran lo suficientemente sólidas como para permitir, y al propio tiempo exigir ese tipo de intervención. Paradójicamente, o quizás no tanto, los padres fundadores –pertenecientes a tendencias políticas conservadoras– se habían comportado como perfectos doctrinarios marxistas: primero, hay que construir la infraestructura económica; después edificaremos la superestructura social y política adecuada.

alcanzar el “*progreso económico y social*”, como para la asegurar la eliminación de barreras que dividen²⁰. Se hablaba también en el Preámbulo del Tratado de Roma de “*reducir diferencias entre regiones*”²¹, de la “*solidaridad europea (con los países de ultramar)*”²² y de la “*defensa de la paz y la libertad*”²³. Los fundadores de la Comunidad Económica Europea establecieron a su vez, como fin de la misma, “*la mejora constante de las condiciones de vida y de trabajo de sus pueblos*”²⁴.

En el artículo 2 del Tratado de Roma, si bien quedaba claro que la misión (o misiones) de la Comunidad Económica Europea consistían en un “*desarrollo armonioso de las actividades económicas*”, se mencionaba también: la “*elevación acelerada del nivel de vida*”, la “*estabilidad creciente*”, y la “*expansión (económica) continua y equilibrada*”²⁵. Y se señalaba este artículo, que dichas misiones se llevarían a cabo “*(mediante) el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros*”.

En el artículo 3 del Tratado de Roma se establecían las líneas generales de actuación comunitaria que, a grandes rasgos, eran las siguientes: 1.- supresión de aduanas y establecimiento de arancel y política comercial común

²⁰ Segundo párrafo Preámbulo del Tratado de Roma: “*Asegurar, mediante la acción común, el progreso económico y social de sus respectivos, eliminando las barreras que dividen Europa*”.

²¹ Cuarto párrafo Preámbulo del Tratado de Roma: “*Preocupados por reforzar la unidad de sus economías y asegurar su desarrollo armonioso, reduciendo las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las menos favorecidas*”.

²² Sexto párrafo Preámbulo del Tratado de Roma: “*Pretendiendo reforzar la solidaridad de Europa con los países de Ultramar y deseando asegurar el desarrollo de su prosperidad, de conformidad con los principios de la Carta de Naciones Unidas*”.

²³ Séptimo párrafo Preámbulo del Tratado de Roma: “*Resueltos a consolidar, mediante la constitución de este conjunto de recursos, la defensa de la paz y la libertad e invitando a los demás pueblos de Europa que participan en dicho ideal a asociarse a su esfuerzo*”.

²⁴ Segundo párrafo Preámbulo del Tratado de Roma: “*Fijando como fin esencial de sus esfuerzos la constante mejora de las condiciones de vida y de trabajo y sus pueblos*”.

²⁵ Art. 2 del Tratado de Roma: “*La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones estrechas entre los Estados que la integran*”.

(arts. 3.a y 3.b del Tratado de Roma); 2.- libre circulación de personas, servicios y capitales (art. 3.c del Tratado de Roma); 3.- políticas comunes en agricultura y transportes (arts. 3.d y 3.e del Tratado de Roma); 4.- garantizar una competencia no falseada (art. 3.f del Tratado de Roma); 5.- coordinar políticas económicas de los Estados miembros (art. 3.g del Tratado de Roma); 6.- aproximar las legislaciones nacionales en la medida necesaria para asegurar el funcionamiento del mercado común (art. 3.h del Tratado de Roma); entre otras²⁶. De contenido estrictamente social, el apartado i del artículo 3 del Tratado de Roma establecía que debía crearse un Fondo social europeo *“con objeto de mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores y contribuir a la elevación de sus niveles de vida”*²⁷.

2.2.- La libre circulación de trabajadores.- Los artículos 48-51 del Tratado de Roma se dedicaban al reconocimiento de derechos relativos al establecimiento de la libre circulación de trabajadores²⁸, estableciéndose además las bases jurídicas necesarias para su desarrollo normativo, previstas en los artículos 49 y 51 del mismo²⁹. La libre circulación de trabajadores se enmarcaba en todo caso dentro de una más general libre circulación de

²⁶ El artículo 3.j del Tratado de Roma mencionaba la constitución de un Banco Europeo de Inversiones *“destinado a facilitar la expansión económica de la Comunidad mediante la creación de nuevos recursos”*. Y el artículo 3.k mencionaba *“la asociación de los países y territorios de Ultramar, a fin de incrementar los intercambios y promover en común el desarrollo económico y social”*.

²⁷ Art. 3 del Tratado de Roma: *“A los fines enunciados en el artículo anterior, la acción de la Comunidad llevará consigo.. i) la creación de un fondo social europeo, con objeto de mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores y contribuir a la elevación de su nivel de vida”*.

²⁸ El artículo 48.3 del Tratado de Roma hacía referencia a los siguientes derechos: 1.- derecho de responder a ofertas efectivas de trabajo; derecho de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; 2.- derecho de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; y 3.- derecho de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los Reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión.

²⁹ Art. 49 del Tratado de Roma: *“A partir de la entrada en vigor del presente Tratado, el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará, mediante directivas o reglamentos, las medidas necesarias a fin de hacer progresivamente efectiva la libre circulación de los trabajadores tal como queda definida en el artículo precedente, en especial: (...)”*. Y el art. 51 del Tratado de Roma: *“El Consejo por unanimidad y a propuesta de la Comisión, adoptará en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes.. (...)”*.

personas, servicios y mercancías -unión aduanera y arancelaria- que eran, junto a agricultura y transportes, los tres pilares o fundamentos de la original Comunidad Económica Europea. El funcionamiento del mercado común se apoyaba principalmente en asegurar el libre funcionamiento de estas libertades.

2.3.- La Política social.- El Tratado de Roma situaba determinadas materias de ámbito social bajo el epígrafe Política social, que comprendía la segunda parte del Título III y los artículos 117-129, y se ubicaba después de la Política económica (Título II, arts. 103-110) y venía precedida por un Título IV dedicado al Banco de inversiones (art. 129-130).

Es en la redacción del artículo 117 del Tratado de Roma, que abre el Título relativo a la Política social, donde se detecta la tantas veces mencionada subordinación de lo social a lo económico. En concreto, el artículo 117, junto a la interesante mención sobre *“equiparación por la vía del progreso”*, posteriormente suprimida por el Tratado de Ámsterdam de 1997³⁰, establecía que *“(la mejora de la vida y de trabajo de los trabajadores) resultará, tanto del funcionamiento del mercado común” (que favorecerá la armonización de los sistemas sociales)*, como de *“otros mecanismos previstos en el Tratado”* y, parece una tercera opción, *“de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas”*.

La redacción resulta claramente incómoda por los siguientes motivos:

En primer lugar porque asumía que el libre juego de los mercados favorecería la *“armonización”* de los sistemas sociales y no explicaba el significado de armonizar ¿Será armonizar los sistemas sociales entre sí o será armonizarlos con las políticas económicas lo que contribuirá a mejorar las condiciones de vida y de trabajo?

En segundo lugar, el primer párrafo del artículo 117 del Tratado de Roma hablaba de *“equiparación por la vía del progreso”* que, tradicionalmente, se ha

³⁰ Pero dejó huella en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Vid., MIRANDA BOTO, J. M., *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, p. 206, nota 670. En este sentido, el considerando 66 de la STJCE de 12.11.1996, Reino Unido contra Consejo, asunto C-84/94, Rec. 1996, p. I-5755: *“el objetivo de armonización, dentro del progreso, de las legislaciones nacionales”*.

entendido como equipararse a los que más han progresado, lo que puede de nuevo conducir a equívocos ¿En qué sentido o de qué manera se puede medir el mayor progreso?

En tercer lugar, cuando el artículo 117 del Tratado de Roma mencionaba el recurso a “*la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas*” no aclaraba, y hubiera sido muy conveniente, si se refería o no a disposiciones relativas a materias distintas de las de política social; seguramente a todas aquellas previstas con respecto a los fundamentos de la Comunidad Económica Europea³¹, como a otras relativas a otras políticas comunitarias³².

Por lo demás, tanto en el artículo 118 del Tratado de Roma, como en el artículo 119 se relacionaban determinadas materias de carácter socio-laboral. En concreto, en el artículo 118 se mencionaban: “*el empleo, el derecho del trabajo y las condiciones de trabajo; la formación y perfeccionamiento profesionales; la seguridad social; la protección contra accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales; la higiene en el trabajo; el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores*”. Y en el artículo 119, las siguientes: el principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos³³; la equivalencia en regímenes de

³¹ Primera parte del Tratado de Roma: Título I.- Libre circulación de mercancías; Título II.- Agricultura; Título III.- Libre circulación de personas, servicios y capitales.

³² Tercera parte del Tratado de Roma: Título II.- Política económica (política de competencia, balanza de pagos y política comercial) y Título IV.- Banco europeo de inversiones.

³³ Art. 119 del Tratado de Roma: “*Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa: a.- que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida; y b.- que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo*”.

vacaciones retribuidas³⁴; la regulación sobre el Fondo social europeo (art. 123-127) y la previsión que se establecía sobre la formación profesional (art. 128)³⁵.

2.4.- La participación institucional en el Comité Económico y Social Europeo.- Interesante resulta el amplio contenido del Tratado de Roma dedicado a regular la participación institucional de “*representantes de productores.. y trabajadores*”, entre otros, en el Comité Económico y Social Europeo, regulado en los artículos 193-198 del Tratado de Roma³⁶. Es significativo que ya desde el año 1957 se asignaba un importante papel consultivo al diálogo social institucionalizado en este Comité. Aunque con tímidas funciones de consulta en un primer momento -el primer pleno se celebró el 19 de mayo de 1958-, se configura este órgano como primera instancia participativa de ámbito europeo aceptada por todos. Desde entonces, como se verá, los sucesivos Tratados de reforma han ido ampliando sus competencias. Sin embargo, hasta la fecha, los Dictámenes que se elaboran en su seno carecen de carácter vinculante para las Instituciones comunitarias.

2.5.- Vías de actuación en materia social previstas en el Tratado de Roma.- En línea con los objetivos de los fundadores de la Comunidad Económica Europea, establecidos en el Preámbulo y en los artículos iniciales del Tratado de Roma, se diseñaron en el mismo unas vías o mecanismos de actuación a través de la asignación de funciones a determinadas Instituciones comunitarias -Asamblea, Consejo, Comisión y Tribunal de Justicia-, a partir de unos límites en las competencias atribuidas a éstas (art. 4 del Tratado de Roma). En este sentido, la Comunidad Económica Europea tenía que actuar siempre dentro de los límites de las competencias establecidas en el Tratado de Roma, atribuidas en todo caso por los Estados miembros en virtud del principio de cesión de soberanía. A su vez, junto a las disposiciones del Tratado de Roma

³⁴ Artículo 120 del Tratado de Roma.

³⁵ Art. 128 del Tratado de Roma: “*A propuesta de la Comisión y previa consulta al Comité Económico y Social, el Consejo establecerá los principios generales para la ejecución de una política común de formación profesional, capaz de contribuir al desarrollo armonioso de las economías nacionales y del mercado común*”.

³⁶ Entre los representantes de los sectores de la vida económica y social que formarían parte del Comité Económico y Social Europeo se encontraban, según lo dispuesto en el artículo 193 del Tratado de Roma, los agricultores, transportistas, comerciantes y artesanos, así como las profesiones liberales y de interés general.

que establecían objetivos o funciones a cumplir, aparecían determinados preceptos que constituían bases jurídicas concretas, soportes jurídicos necesarios para la puesta en práctica de mecanismos que debían permitir que se alcanzaran tales objetivos. Así, tal y como permanece en la actualidad, es la base jurídica la que determina la competencia comunitaria para actuar en determinadas materias. En este sentido, el contenido de la base jurídica incluirá los actores, los medios y los modos de actuación, detallándose los procedimientos e instrumentos pertinentes, y garantizándose de esta manera el respeto a la seguridad jurídica, ofreciéndose al Tribunal de Justicia comunitario un parámetro de control³⁷.

La determinación de las bases jurídicas existentes en materia social en el Tratado de Roma es uno de los aspectos que planteaba mayores problemas de interpretación. Se ha comentado sobre la incómoda redacción del artículo 117, que daba lugar a que se pudieran identificar tres vías de actuación: 1.- una primera vía de corte liberal pues *“resultará del funcionamiento del mercado común que favorecerá la armonización de los sistemas sociales”*; 2.- una segunda vía relativa a *“otros mecanismos previstos en el tratado”*; y 3.- una tercera vía legislativa que hablaba de *“la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas”*. A su vez, el artículo 118 del Tratado de Roma mencionaba lo que podría considerarse una cuarta vía de actuación, consistente en la misión asignada a la Comisión relativa a la promoción de la colaboración y/o coordinación entre los Estados miembros en el ámbito social³⁸. Esta coordinación, que en la actualidad se denomina producción de *soft law* o Método abierto de coordinación³⁹, debía de llevarse a cabo y, debe llevarse a

³⁷ MIRANDA BOTO, J. M., *Las competencias de la Comunidad Europea...*, cit., p. 49. La jurisprudencia ha insistido en la importancia de la correcta elección de la base jurídica, *“que debe fundarse en elementos susceptibles de control jurisdiccional, entre los que se cuentan la finalidad y el contenido del acto”* (STJCE de 17.03. 1993, Comisión contra Consejo, asunto C-155/91, rec. 1993, p. I-939), y *“no admitiéndose la convicción de una Institución como causa única”* (STJCE de 23.03.1987, Comisión contra Consejo, asunto 45/86, rec. 1987, p. 1493).

³⁸ Como se dijo, en el artículo 118 del Tratado de Roma, se mencionan las siguientes materias: *“el empleo, el Derecho del trabajo y las condiciones de trabajo; la formación y perfeccionamiento profesionales; la seguridad social; la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales; la higiene en el trabajo; el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores”*.

³⁹ El Método abierto de coordinación o de producción de *soft law* puede definirse como un procedimiento especial de coordinación de las políticas de los Estados miembros, impulsado

cabo en la actualidad pues no se ha modificado la redacción de esta disposición, “en estrecha colaboración y mediante estudios, dictámenes y consultas” y “tanto para los problemas que se planteen a nivel nacional como aquellos otros que interesen a las organizaciones internacionales” (*Infra*, cap. 1º, apartado V.1 y cap. 3º, apartado I.2.2).

Puede afirmarse que los artículos 117 y 118 del Tratado de Roma de 1957 no llamaban expresamente a legislar en materia social en el ámbito comunitario. Si se apreciaba, por el contrario, una llamada expresa, una atribución de competencia específica a la Comunidad Económica Europea para que legisle, en el artículo 121 del Tratado de Roma relativo a la seguridad social de los trabajadores migrantes⁴⁰ y también en materia de libre circulación de trabajadores prevista en los artículos 48-51 del Tratado de Roma. La actuación, por tanto, en los años sesenta da prioridad a la libre circulación de trabajadores, materia en la que sí existía una base jurídica específica, el artículo 49 del Tratado de Roma⁴¹; y en materia de seguridad social en su relación con los trabajadores migrantes; en concreto, en materias relativas a la totalización de las cotizaciones a diversos sistemas nacionales y al pago de prestaciones, previstas en el artículo 50 del Tratado de Roma.

La ausencia de una clara atribución de competencia a la Comunidad Económica Europea para legislar en materia estrictamente social, materias contenidas en el artículo 118 del Tratado de Roma⁴², tuvo como consecuencias,

desde la Unión Europea, que impone compromisos, no obligaciones jurídicas, de actuar de una forma determinada. Se considera por la doctrina como un método alternativo a las tradicionales vías legislativas.

⁴⁰ Art. 121 del Tratado de Roma: “El Consejo, por unanimidad y previa consulta al Comité Económico y Social, podrá atribuir a la Comisión funciones relacionadas con la aplicación de medidas comunes, en especial, por lo que respecta a la seguridad social de los trabajadores migrantes a que se refieren los artículos 48-51, ambos inclusive”.

⁴¹ Art. 49 del Tratado de Roma: “A partir de la entrada en vigor del presente Tratado, el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará, mediante Directivas o Reglamentos, las medidas necesarias a fin de hacer progresivamente efectiva la libre circulación de trabajadores, tal y como quede definida en el artículo precedente, en especial:...

⁴² Empleo, derecho del trabajo y condiciones de trabajo; formación y perfeccionamiento profesionales; seguridad social; la protección contra accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales; la higiene en el trabajo; el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores.

por un lado, obviamente que se utilizaran los fundamentos jurídicos que expresamente llamaban a legislar –los artículos 48-51 del Tratado de Roma- y por ello que las primeras normas de contenido social, el primer cimiento de lo que se ha denominado Derecho europeo del Trabajo, sean las que protegen al trabajador que circula⁴³; dicho de otra forma, se protegen determinados derechos de los trabajadores en cuanto éstos sean instrumentales o permitan asegurar la libre circulación del trabajador o trabajadores, pues esto es lo prioritario, al ser la libre circulación una de las libertades en las que se asienta la recién constituida Comunidad Económica Europea. En este sentido, el objetivo principal era afianzar los diversos factores de producción -capital, trabajo, bienes y servicios- y, sobre todo, se trataba de eliminar barreras nacionales que impidieran la libre circulación de estos factores de producción.

En este contexto, y como segunda consecuencia de la ausencia de atribución competencial específica en los mencionados artículos 117 y 118 del Tratado de Roma, adquirieron gran relevancia las bases jurídicas previstas en los artículos 100 y 235 del mismo, denominadas por la doctrina como bases jurídicas generales o genéricas, o cajón de sastre, porque daban cabida a múltiples actuaciones, con el respaldo unánime del Consejo, en cualquier ámbito, bien para asegurar el funcionamiento del mercado común, bien para alcanzar fines de los Tratados, a falta de base específica. Así, por una parte, el artículo 100 del Tratado de Roma preveía la adopción de Directivas por unanimidad para la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que incidieran directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común⁴⁴. Como se verá, las Directivas en materia social adoptadas por esta vía se denominan en la actualidad Directivas del mercado interior (*Infra, cap. 3º, apartado I.2.1*).

⁴³ Reglamento (CEE) 1612/1968, Directiva 68/360/CEE y Reglamento (CEE) 3/58, antecedente del 1408/71 sobre sistemas de coordinación de seguridad social.

⁴⁴ Art. 100 del Tratado de Roma: “El Consejo adoptará por unanimidad y a propuesta de la Comisión, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común”.

Por otra parte, el artículo 235 del Tratado de Roma⁴⁵, cuya redacción ha permanecido inalterada desde la originaria de 1957 hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, se diseñó para justificar actuaciones comunitarias, con el respaldo unánime del Consejo, aun cuando no estuvieran previstos en Derecho originario los poderes de acción necesarios para llevarlas a cabo; es decir, cuando se careciera de base jurídica específica de actuación. Estas bases jurídicas generales, y sus versiones modificadas, han servido de soporte o fundamento para la actuación comunitaria en materia social. Ello principalmente debido a la ausencia de una clara atribución competencial en las materias estrictamente sociales relacionadas en el artículo 118 del Tratado de Roma. Puede afirmarse en este sentido que el Tratado de Roma de 1957 sí tenía un amplio contenido social pero carecía de bases jurídicas específicas para desarrollarlo, a salvo de las excepciones antes comentadas -libre circulación de personas y seguridad social de trabajadores migrantes-. Lo importante en los años de inicio de la construcción del mercado común era principalmente asegurar el juego de la libre competencia entre los agentes económicos en el mercado común. La protección de los derechos sociales en el sistema europeo, máxime los de titularidad y ejercicio colectivo, como afirma la doctrina, ni siquiera se planteó⁴⁶.

3.- El primer Programa de acción social de la Comisión de 1974.- Es en este contexto en el que cobra gran importancia una reunión mantenida en París en 1972 por los Jefes de Estado y de Gobierno de la entonces Comunidad Económica Europea. En esta reunión se afirmó que *“una acción vigorosa en el ámbito social reviste para ellos de la misma importancia que la realización de la unión económica y monetaria”*. Al finalizar la reunión, los presentes se comprometieron a elaborar un primer Programa de acción social comunitario, que debía incluir *“medidas concretas y medios correspondientes”*, en referencia

⁴⁵ Art. 235 del Tratado de Roma: *“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 previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea, adoptará las disposiciones pertinentes”*.

⁴⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “Derechos sociales fundamentales y Unión Europea”, Relaciones Laborales nº 19, 2007, tomo 2, LA LEY 5335/2007.

a la creación de un Fondo Social Europeo. En el artículo 123 del Tratado de Roma ya se había previsto la constitución de este Fondo Social Europeo *“para mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores en el mercado interior y contribuir así a la elevación del nivel de vida”*. Se configuró este Fondo en principio como instrumento de redistribución de recursos económicos en beneficio de las regiones y colectivos más desfavorecidos⁴⁷, evolucionando posteriormente hasta su consideración en la actualidad como el elemento principal de la Estrategia 2020 para el crecimiento y el empleo en la Unión Europea⁴⁸.

El primer Programa de trabajo de la Comisión Europea adoptado en 1974, el denominado primer Programa de acción social de 1974, marcó un importante punto de inicio de un incipiente Derecho europeo del trabajo que comienza entonces a tomar cuerpo⁴⁹. El contexto en el que se adoptó este Programa estuvo impregnado por un ambiente de fuerte crisis económica que se percibía en estas fechas, que se iniciaría a partir de la crisis del petróleo de 1973⁵⁰, sobre la que el propio programa se pronunciaría en los términos siguientes: *“independientemente de las graves amenazas que pueden pesar sobre el empleo en razón de la situación existente en el momento.... interesa que la Comunidad se pronuncie sobre los objetivos y prioridades que deberán darse a su acción en el ámbito social durante los próximos años”*.

Se decía en este primer Programa de acción social que las finalidades sociales se alcanzarían por etapas sucesivas y para conseguir unos grandes

⁴⁷ Sobre el Fondo Social Europeo, *Vid.*, COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T., *Derecho social comunitario*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 239-278.

⁴⁸ Durante el periodo 2007-2013 se han distribuido alrededor de 75.000 millones de euros entre las regiones y Estados miembros de la Unión Europea para contribuir a los objetivos estratégicos que marca dicha Estrategia 2020. Más información en la página web de la Comisión Europea.

⁴⁹ El primer Programa de acción social de 1974 puede consultarse en la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, DO nº C 13 de 12.02.1974.

⁵⁰ El petróleo protagonizó su primera gran crisis en 1973. La OPEP se negó a exportar crudo a los países que habían apoyado a Israel durante la guerra del Yom Kippur –USA y sus aliados de Europa occidental-. Esta restricción y la posterior subida de precio -se cuadruplicó entre octubre y diciembre de 1973- afectó tanto a industrias como a empresas y particulares. Historiasiglo20.org.

objetivos que, según se especificaba en el Programa, debían de ser los siguientes:

1.- *“La realización del pleno y mejor empleo a nivel comunitario, nacional y regional, condición esencial de una política social eficaz”.*

2.- *“La mejora de las condiciones de vida y trabajo que permita su armonización en el progreso”.*

3.- *“Participación creciente de los actores sociales en las decisiones económicas y sociales de la Comunidad y de los trabajadores en la vida de las empresas”.*

Había en este primer Programa de acción social comunitario un poco de desorden y de superposición entre medidas y acciones⁵¹ pero, a la vista del elenco de materias que se mencionaban, sí podían identificarse en él los primeros perfiles de lo que, a partir de los años noventa, se denominaría el Modelo social europeo y la identidad europea (*Infra, cap. 1º, apartado V.1*). Se decía en el Programa de acción social de 1974 que debía existir coherencia entre políticas sociales y otras. A su vez, se hablaba en este Programa de las siguientes materias: de concertación –coordinación- de políticas sociales de los Estados miembros; de igualdad de género; de conciliación de las responsabilidades familiares de todos los interesados con sus aspiraciones profesionales; de protección especial para trabajadores migrantes; de concertación de políticas migratorias frente a terceros países –inmigración-; de minusválidos -discapacitados-; de la vulnerabilidad de jóvenes y de personas de edad avanzada en materia de empleo; de controlar a las Empresas de trabajo temporal; de protección social, seguridad e higiene; de humanización del trabajo; de medio ambiente; de promoción en el trabajo; y de la lucha contra la pobreza.

Lo que resulta altamente llamativo del primer Programa de acción social comunitario de 1974 es que muy someramente se pronunciaba sobre los fundamentos jurídicos concretos en los que tendrían que apoyarse futuras

⁵¹ MIRANDA BOTO, J. M., *Las competencias de la Comunidad Europea...*, cit., p. 203, llama la atención sobre el caos terminológico que impregna este primer Programa de acción social de 1974.

iniciativas en materia social que debieran adoptarse a su amparo y en cumplimiento de los tres grandes objetivos generales que propugnaba -pleno empleo, mejora de condiciones de vida y participación-. Únicamente en los considerandos del documento se hacía una llamada al artículo 235 del Tratado de Roma, concebido, como se ha dicho, como base general o genérica de actuación comunitaria, cuando no existe base específica que justifique, o en la que fundamentar, una determinada actuación comunitaria. Además, se añadía en los considerandos del primer Programa de acción social de la Comisión que se podía también actuar por la vía del artículo 100 del Tratado de Roma “o actuarse por otras más específicas⁵²”. Lo más significativo es que no se hacía ninguna referencia al artículo 117 del Tratado de Roma pues este artículo, como ya se dijo, no fue concebido inicialmente como base o fundamento jurídico pues no prevé un procedimiento legislativo, ni llama a legislar.

Respecto a la materia objeto de este trabajo, la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas, interesa reseñar brevemente, que la participación de los trabajadores se concibió en este primer Programa de acción social como uno de los tres grandes objetivos del mismo, junto al pleno empleo y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. La participación de los trabajadores se formulaba en este primer Programa de acción social de 1974 desde una doble perspectiva: 1.- “*la participación de los actores sociales en las decisiones económicas y sociales de la Comunidad*” en referencia tanto a la participación institucional como al diálogo social -europeo- como instrumento legislativo; y 2.- la relativa a la “*participación de los trabajadores en la empresa*”. Poco más se dice en el Programa social de 1974 sobre el tema, salvo unas tímidas referencias a las organizaciones sindicales⁵³, a los interlocutores

⁵² En concreto se estaba refiriendo a los artículos 49 y 51 del Tratado de Roma relativos a la libre circulación de trabajadores y seguridad social de trabajadores migrantes anteriormente mencionados.

⁵³ “*Ayudar a las organizaciones sindicales que participan en los trabajos de la Comunidad a establecer servicios de formación y de información sobre los asuntos europeos, así como a crear un instituto sindical europeo*”, p. 3. Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974 relativo a un Programa de acción social.

sociales⁵⁴ y a la firma de convenios colectivos de ámbito europeo⁵⁵. Es significativo en este sentido resaltar dichas ausencias, pues, como se verá en mayor detalle (*Infra, cap. 2º, apartado III.2*), en estas fechas, 1974, ya se encontraban sobre la mesa del Consejo, pendientes de aprobación por unanimidad, dos propuestas normativas que regulaban la participación de los trabajadores en las empresas: la propuesta de Reglamento sobre la Sociedad anónima europea de 1970 y la propuesta de 5ª Directiva del derecho societario europeo de 1972⁵⁶.

4.- Las Directivas de mercado o de crisis de 1975 y 1977.- En el primer Programa de acción social de 1974 sí se anunciaba con claridad la futura adopción de las denominadas Directivas clásicas o de crisis y reestructuraciones⁵⁷: Directiva sobre despidos colectivos de 1975⁵⁸, Directiva sobre traspasos de empresas de 1977⁵⁹, y Directiva sobre protección de trabajadores en caso de insolvencia empresarial de 1980⁶⁰. Estas normas comunitarias fueron aprobadas por unanimidad en virtud del genérico artículo

⁵⁴ *“Desarrollar la participación de los interlocutores sociales en las decisiones económicas y sociales de la Comunidad”.*

⁵⁵ *“Facilitar, basándose en la situación de los diferentes países, la firma de convenios colectivos europeos en los ámbitos apropiados”.*

⁵⁶ Como se verá, en la primera de ellas se perfilaba un sistema de participación interna y externa impuestos. La segunda respondía a un intento de trasladar el modelo alemán de codeterminación al ámbito europeo. Ambas propuestas normativas pertenecían al ámbito del derecho societario europeo y encontraban su fundamento jurídico en los artículos 235 y 54.3.g del Tratado de Roma, relativos a la armonización de la legislación societaria, respectivamente. Como se argumentará, en este contexto, la adopción por la Comisión del Libro verde sobre Participación en la empresa de 1975 vino a explicar que la participación en el ámbito societario era abordada al objeto de asegurar un nivel suficiente de convergencia, suprimir divergencias y asegurar competencia equivalente. De ahí que los primeros intentos comunitarios por regular la participación de los trabajadores en la empresa se produjeron con la intención de asegurar y proteger la libre competencia entre los actores económicos que operan en el mercado común. Se trataba de obligar al establecimiento de la participación interna en todas las sociedades para que pudieran competir en igualdad de condiciones.

⁵⁷ Se hacía referencia expresa a: *“una Directiva tendente a armonizar las legislaciones en lo que se refiere al mantenimiento de los derechos y ventajas en caso de cambio de propiedad de las empresa y principalmente en caso de fusión”* y *“una directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros referente a despidos colectivos”.*

⁵⁸ Directiva 75/129/CEE.

⁵⁹ Directiva 77/187/CEE

⁶⁰ Directiva 80/987/CEE.

100 del Tratado de Roma⁶¹; es decir, se utilizó la vía de la aproximación de disposiciones –más bien instituciones- ya existentes en ámbitos nacionales, cuyas diferencias nacionales, *“pueden tener incidencia directa en el funcionamiento del mercado común⁶²”*. El objeto o finalidad de estas normas estaba íntimamente relacionado con el funcionamiento del mercado común y, de nuevo, con las políticas sobre libre competencia entre las empresas que operaban en el mercado común. Se trataba en estos supuestos de equiparar los efectos que las situaciones de crisis que se avecinaban podían llegar a generar en grupos importantes de los trabajadores. En todo caso, se mencionaba en la Exposición de motivos de las normas que *“era necesario promover dicha aproximación por la vía del progreso, en el sentido del artículo 117 del TCEE”*. Esta apreciación lleva a plantearse si la mencionada equiparación tendría que haberse hecho o no con respecto a las legislaciones más avanzadas en cuanto a la protección de los derechos de los trabajadores. De nuevo, ha de llamarse la atención sobre la interpretación de la *“equiparación por la vía del progreso”*, destacándose en este sentido la dificultad que plantea su asimilación con los objetivos y resultados pretendidos con la adopción de las denominadas Directivas clásicas. Como se argumentará en punto a la regulación de la participación de los trabajadores en la empresa, ¿no se consideraba entonces, en los años setenta, el modelo alemán de participación interna -participación de representantes laborales en los órganos societarios- como el sistema más avanzado? (*Infra, cap. 2º, apartado II.3*).

Por otro lado, con similares intenciones a las previstas para las Directivas clásicas, de crisis o de mercado, es decir, equiparar legislaciones para asegurar la libre competencia entre las empresas que operan en el mercado común, se

⁶¹ Que no se hubiera utilizado la vía del artículo 235 del Tratado de Roma, como parece que anunciaba el Programa de acción social, ¿respondía quizás a la intención de evitar el trámite de consulta *“a la Asamblea”* -regulada en los artículos 137-144 del Tratado de Roma y embrión del Parlamento Europeo- previsto en este artículo y no en el artículo 100 del Tratado de Roma? No parece ser esta razón pues la adopción de estas normas clásicas cuenta con Dictámenes tanto del Parlamento Europeo, como del Comité Económico y Social Europeo, como puede verse en los considerandos de las Directivas.

⁶² Literal en los considerandos de las tres normas clásicas citadas.

aprobaron también en la década de los años setenta tres Directivas sobre igualdad de trato⁶³.

II.- SEGUNDA ETAPA: LA DEFINICIÓN DE LA EUROPA SOCIAL

1.- La dimensión social del mercado interior a partir del Acta Única Europea de 1987.- La primera gran reforma del Tratado de Roma de 1957 o TCEE, se produjo con la adopción del Acta Única Europea en 1986 que entraría en vigor el 1 de julio de 1987⁶⁴. Durante los años anteriores a su adopción, con clara intención de avanzar en la definición de la Europa social, comienza a acuñarse el término dimensión social del mercado interior. En 1986 se constituyó el Comité DOOGE, formado por representantes de los gobiernos de los entonces doce Estados miembros, que redactó un Informe sobre los objetivos prioritarios que debían abordarse en la elaboración del Acta Única Europea: la creación de un espacio económico interior homogéneo, la promoción de valores comunes y la búsqueda de una identidad exterior. Se propusieron además una serie de mejoras al funcionamiento de las Instituciones. A pesar de que sobre estas cuestiones existían importantes desacuerdos entre los Estados miembros, se convocó una Conferencia Intergubernamental en 1985 que adoptó finalmente en diciembre de 1985 una serie de conclusiones a las que los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros dieron forma el 27 de enero de 1986⁶⁵.

Ya desde finales de los años setenta, consolidada la realización del mercado común, se hacía evidente que había que lograr un mayor avance hacia la integración política y económica de los países Europeos, pero sin descuidar las cuestiones sociales. Se hacía patente que uno de los principales obstáculos en el avance comunitario era el relativo al problema presupuestario,

⁶³ Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE y 79/7/CEE.

⁶⁴ Firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 y en La Haya el 28 de febrero de 1986 por los entonces doce miembros de la Comunidad Económica Europea. Entró en vigor el 1 de julio de 1987.

⁶⁵ Sobre el proceso de adopción del Acta Única Europea, *Vid.*, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994, p. 45 y ss.

destacándose en este sentido que durante estas fechas se incrementara notablemente el Fondo social europeo, que en 1983 alcanzaría 1,76 millones de ECUS⁶⁶. El acceso de Francia a la Presidencia del Consejo el 1 de enero de 1984 y el posterior nombramiento de Jacques DELORS⁶⁷, como Presidente de la Comisión, el 7 de enero de 1985, marcarían el inicio de una etapa claramente europeísta. DELORS, firme defensor del proyecto europeo con los apoyos de François MITTERRAND y Helmut KOLH, defendía que existía una alternativa viable al capitalismo anglosajón, fundado en la desregulación y en el mercado, y que debía avanzarse en torno a una forma claramente europea de conciliar el crecimiento económico y la cohesión social⁶⁸. Se pretendía encontrar, en este sentido, la fórmula de gobernar la libre competencia entre las empresas, en un mercado cada vez más globalizado y con mayor número de empresas multinacionales, pero sin que ello significara renunciar a postulados sociales; lo que se concebía imbuido de cierta lógica contradictoria⁶⁹: mayor legitimación social de cara a un nuevo gran mercado interior que se pretendía instaurar a partir de 1992, sin que ello implicara o significara mayores costes laborales que podrían afectar a las posiciones competitivas de las empresas que operaban en Europa.

Aun cuando las expectativas sobre la reforma operada en el Derecho originario por el Acta Única Europea de 1987, y sobre el posible avance en la construcción europea, eran muy altas, la realidad fue muy distinta. El texto finalmente adoptado distó bastante de las intenciones y objetivos que se pretendían⁷⁰. Desde la perspectiva que da el tiempo transcurrido, puede

⁶⁶ BERCUSSON, B., *European Labour Law*, 2ª ed., Cambridge University press, 2009, p. 121.

⁶⁷ Jacques DELORS (París, 1925) político francés que asume la Presidencia de la Comisión en el periodo 1985-1995. En 1995 asumió la Presidencia, Jacques SANTER.

⁶⁸ Esta alternativa se reflejaba en los sistemas de *Welfare* y los derechos sociales de los Estados miembros y debería reforzarse para enfrentarse con los desafíos futuros. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “¿Un modelo social europeo o varios? Europa social y competitividad”, *Relaciones Laborales* nº 22, 2007, tomo 2, LA LEY 6095/2007, p. 1.

⁶⁹ En este sentido, ZUFIAUR NARVAIZA, J. M., “El modelo social europeo en la cuneta”, *Relaciones laborales* 21/2008, pp. 513-534.

⁷⁰ El propio Parlamento Europeo en Resolución sobre el Acta Única Europea de 11 de diciembre de 1986 (DO C 7/107, 12.01.1987) dice que “*El Acta Única Europea no satisface sus aspiraciones*”.

afirmarse que la reforma de 1986 fue muy limitada pero significativa e importante en la medida en que puso de manifiesto la necesidad de acometer en el futuro mayores reformas institucionales y, principalmente, de aunar mayores medios económicos y dotaciones presupuestarias para avanzar en la nueva identidad y responsabilidades y obligaciones que se iban perfilando para Europa⁷¹.

La adopción del Acta Única Europea en 1987 vino a suponer reformas puntuales en materias relativas a la política arancelaria, la libre prestación de servicios y capitales y la política de transportes. A su vez, se instituyó la figura del Consejo Europeo, una reunión de gobernantes europeos pero sin competencias legalmente atribuidas. La configuración legal del Consejo Europeo como Institución europea no se produciría hasta la adopción del Tratado de Lisboa de 2007 (*Infra, cap. 1º, apartado IV.2.2*). La adopción del Acta Única Europea significó también la introducción de importantes modificaciones en los procedimientos legislativos comunitarios: por un lado, se estableció un nuevo procedimiento de cooperación Consejo- Parlamento Europeo⁷², introduciéndose el procedimiento de doble lectura⁷³; por otro lado, en cuanto a las reglas relativas a la toma de decisiones en el ámbito comunitario, se procedió a sustituir la regla de la unanimidad por la de la mayoría cualificada en determinadas materias, en concreto, las siguientes: modificación del arancel aduanero común, libre prestación de servicios, libre circulación de capitales, y política común de transportes marítimos y aéreos. Además, se estableció la regla de la mayoría cualificada en nuevas competencias comunitarias, que eran las siguientes:

⁷¹ Contexto al que tendría que hacer frente en los años siguientes: caída del Muro de Berlín (1989), unificación alemana, desintegración de la Unión Soviética, primera guerra del golfo, guerra en la ex Yugoslavia, inmigración masiva, etc. *Vid.*, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El Derecho social comunitario...*, cit., p. 73.

⁷² En concreto, la hasta entonces “*previa consulta a la Asamblea*” se sustituye por “*en colaboración con el Parlamento Europeo*”. Ello en los siguientes artículos 7, 49, 54.2, 56.2 segunda oración, y artículo 57 excepto la segunda oración. También afectará esta modificación a los artículos 100 A y 100B, 118 A, 130 E y 130 Q.

⁷³ Se le da la posibilidad de doble lectura de la legislación propuesta al Parlamento Europeo (art. 237.8 TCEE).

mercado interior⁷⁴, cohesión económica y social⁷⁵, investigación y desarrollo tecnológico⁷⁶, medio ambiente⁷⁷ y política exterior⁷⁸.

En el plano social, el avance fue significativamente muy limitado. Si bien se consideraba que la entonces denominada dimensión social no debía de descuidarse si se quería avanzar en la efectiva realización del mercado interior⁷⁹, lo cierto es que las modificaciones introducidas en el Derecho originario por el Acta Única Europea no contribuyeron a afianzar esta dimensión social.

El párrafo tercero del Preámbulo del Acta Única Europea contenía, por vez primera en Derecho originario, una mención genérica a los derechos fundamentales. Hubo que esperar hasta la firma del Tratado de Maastricht de 1992 para que esta mención pasase al texto de Derecho originario, en concreto, al artículo 6 TCE⁸⁰. En cualquier caso, es muy significativo señalar que se hacía

⁷⁴ El Acta Única Europea pretendía superar el objetivo de mercado común. En este sentido, el nuevo artículo 8^a: *“el mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada”*. El acuerdo de SCHENGEN fue firmado en 1985, pero el Convenio no entró en vigor hasta 1995. El objetivo del acuerdo es la creación de una zona de libre circulación con la supresión de las fronteras comunes de los países firmantes. Mediante este acuerdo, los Estados suprimieron los controles de las fronteras comunes, potenciando sus fronteras externas a fin de obstaculizar la inmigración ilegal de nacionales de Estados no miembros de la Unión Europea; no habrá, pues, fronteras interiores. Además, los Estados se comprometen a armonizar sus normativas sobre prohibiciones y restricciones y a adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la seguridad. Información obtenida en Eurolex.

⁷⁵ El artículo 23 del Acta Única Europea introduce un nuevo Título V llamado de Cohesión económica y social. La finalidad de este nuevo Título, según el artículo 130 apartado A TCEE, es *“promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Comunidad”*. en particular se propondrá *“reducir las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas”*.

⁷⁶ El artículo 24 del Acta Única Europea añade un nuevo Título sobre Investigación y desarrollo tecnológico.

⁷⁷ Artículo 25 del Acta Única Europea.

⁷⁸ El artículo 30 del Acta Única Europea introduce nuevas disposiciones sobre cooperación europea en materia de política exterior.

⁷⁹ Libro Blanco de la Comisión al Consejo sobre la consecución del mercado interior, COM (85), 310 final de 9 de septiembre de 1985. Sobre la dimensión social del mercado interior: RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “La dimensión social del mercado interior (I), (II) y (III)”, Relaciones Laborales, La Ley, tomo I, 1989; HUERTAS BARTOLOMÉ, T., “La dimensión social del mercado interior europeo y la construcción de una nueva política social comunitaria”, Actualidad Laboral nº 25, semana 19-25 de junio, 1989, pp. 323-332; MOSLEY, H. G., “La dimensión social de la integración europea”, Revista Internacional del Trabajo, vol. 109, nº 1, 1990, pp. 87-106.

⁸⁰ Art. 6 TCE- versión consolidada por Tratado de Ámsterdam de 1997.- (anterior art. F Tratado de Maastricht de 1992): 1.- *“La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto*

referencia a que los entonces doce Estados miembros, estaban decididos “a *promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y en la Carta social europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social*”. Es muy llamativa en especial la referencia a la Carta Social Europea, por la amplitud de los derechos sociales fundamentales que en ésta se *contienen* (*Infra, cap. 1º apartado V.4.1 y cap. 3º, apartado I.1.2*).

Interesa analizar las modificaciones en materia social operadas en el Derecho originario por el Acta Única Europea desde una doble perspectiva: en primer lugar, en cuanto a que esta reforma supuso la imposición de la regla de unanimidad para actuar en materia social o, lo que es lo mismo, el veto a la regla de la mayoría cualificada en materia social, salvo en cuestiones relativas a la seguridad y salud en el trabajo (apartado 1.1); en segundo lugar, en cuanto al reconocimiento puramente formal del diálogo social europeo (apartado 1.2).

1.1.- Veto a la regla de la mayoría cualificada para actuar en materia social.- En los inicios de los años ochenta, en cuanto a la actuación comunitaria en materia social, la regla de la unanimidad prevista en los artículos 100 y 235 del Tratado de Roma, y la dificultades por alcanzar esta unanimidad, habían retrasado cualquier avance, con la excepción de las materias relativas a libre circulación de trabajadores, igualdad de trato, coordinación de sistemas de seguridad social y protección ofrecida a los trabajadores en la denominadas Directivas clásicas. Poco o nada se había hecho con respecto a la consecución de las acciones anunciadas y previstas en el citado primer Programa de acción social de 1974, referentes a aspectos más sensibles del ámbito social, como los derechos colectivos y/o aquellos que supusieran un mayor coste económico como la seguridad y salud en el trabajo y la protección social. Las reformas operadas en los procedimientos legislativos comunitarios por el Acta Única

de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de derecho; principios que son comunes a los Estados miembros” -se añade en 1997-; 2. “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y cómo resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembro como principios generales de Derecho Comunitario”.

Europea, en concreto la sustitución de la regla de la unanimidad por la de la mayoría cualificada no alcanzaron al plano social, contribuyendo a que se retrasara cualquier atisbo de avance.

La adopción del Acta Única Europea supuso la introducción de dos nuevos apartados A y B en el artículo 100 del Tratado de Roma. En primer lugar, el nuevo apartado A⁸¹ iba a permitir la adopción de Directivas por mayoría cualificada, en cooperación con el Parlamento Europeo⁸² y previa consulta al Comité Económico y Social Europeo. Matizándose, en el segundo apartado, que el apartado primero del nuevo artículo 100 A “*no se aplicará a las disposiciones fiscales, a las relativas a la libre circulación de personas, ni a las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena*”. Se veta así, formalmente por vez primera y por insistencia británica⁸³, el acceso de las materias sociales a la regla de la mayoría cualificada. El nuevo artículo 100 B, en segundo lugar, propone que la Comisión, junto con cada Estado miembro, redacte un inventario de disposiciones, a las que se refiere el artículo 100 A que no hubieran sido objeto de armonización en dicho Estado miembro⁸⁴.

⁸¹ Art. 100 A: 1.- “*No obstante, lo supuesto en el artículo 100 y salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 8 A (realización del mercado interior). El Consejo por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y en cooperación con el Parlamento Europeo y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior*”; 2.- “*el apartado 1 no se aplicará a las disposiciones fiscales, a las disposiciones relativas a la libre circulación ni a las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena*”; 3.- “*la Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de consumidores, se basará en un nivel de protección elevado*”...

⁸² Se trata del nuevo procedimiento de cooperación, al que se remite también el artículo 118 apartado A. Este nuevo procedimiento de cooperación o de doble lectura consistía básicamente en lo siguiente: en la primera lectura, el Parlamento Europeo debía de emitir un Dictamen sobre la propuesta de la Comisión, con el objeto de que el Consejo adoptara una posición común sobre la propuesta de Directiva. La segunda lectura finalizaba con la emisión por parte del Parlamento Europeo de un segundo Dictamen, ahora sobre la posición común del Consejo. Si el Parlamento Europeo rechazare la posición común del Consejo, se requería el voto unánime de los miembros del Consejo, en lugar de la mayoría cualificada, para la aprobación de Directivas.

⁸³ BERCUSSON, B., *European Labour Law*, cit., p. 123. Sobre la interpretación del artículo 100 A TCEE, véanse pp. 123-124.

⁸⁴ “*En el transcurso de 1992, la Comisión procederá con cada Estado miembro a confeccionar un inventario de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas a que se refiere el artículo 100 A y que no hayan sido objeto de armonización en virtud de dicho artículo*”.. (sigue).

Junto a esta importante consecuencia, que la regla de la mayoría cualificada no puede utilizarse para actuar en materia social, lo que significaría que se perpetúa la exigencia de la unanimidad, se introduce una importante excepción relativa a la posibilidad de actuar por mayoría cualificada en materia de seguridad y salud en el trabajo. Así, la introducción de un nuevo apartado A en el artículo 118 del Tratado de Roma, vino a suponer:

- Que se atribuía competencia a la Comunidad para legislar en materia de seguridad y salud de los trabajadores, ampliándose así el ámbito material de las competencias comunitarias en materia social.

- Que se fijara como objetivo *“la armonización, dentro del progreso”*, lo que significó que se diseñara un alto estándar comunitario de protección en materia de seguridad y salud.

- Que se hiciera efectiva la pretendida *“armonización mediante Directivas”* aprobadas por mayoría cualificada, en lugar de la unanimidad anteriormente exigida, en cooperación con el Parlamento Europeo -nuevo procedimiento de cooperación también previsto en el nuevo artículo 100 A- y progresivamente, *“teniendo en cuenta las condiciones y regulaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros”*.

- Que se aprobara la Directiva-marco 89/391/CE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los

trabajadores⁸⁵, a la que posteriormente sucedieron otras normas sobre estas materias⁸⁶.

1.2.- El reconocimiento puramente formal del diálogo social europeo.- Otra de las modificaciones que se produjeron en materia social de la mano de la adopción del Acta Única Europea de 1987 es la referente a la introducción de un nuevo apartado B en el artículo 118 del Tratado de Roma en el que se menciona, por vez primera en el Derecho originario, al acuerdo colectivo. El origen del artículo 118 apartado B se encontraba en una propuesta francesa tendente a dar carta de naturaleza a los convenios colectivos europeos. Los términos de la misma eran los siguientes: todo convenio colectivo suscrito al menos por los sindicatos y asociaciones empresariales de tres Estados miembros, podría devenir obligatorio para el conjunto de la Comunidad si así lo acuerda el Consejo, por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión⁸⁷.

El artículo 118 B del TCEE finalmente adoptado establecía que *“la Comisión procurará desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si éstas lo consideran deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes”*. Es ésta una disposición de contenido claramente indeterminado e impreciso, que fue objeto de numerosas

⁸⁵ DO nº L 183 de 29.6.89, p. 9. Esta Directiva establece una serie de obligaciones del empresario en materia de información (art. 9 y 10), en materia de consulta -opinión y propuesta- y de participación (art. 11), limitados eso sí, al ámbito de la seguridad y salud. Se prevé en esta norma una *“participación equilibrada”* de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales, o bien la consulta previa sobre determinadas materias previstas en el art. 11.2 de la Directiva 89/391. Son las siguientes: 1.- cualquier acción que pueda tener efectos sustanciales sobre la seguridad y la salud; 2.- la designación de los trabajadores para ocuparse de actividades de protección y prevención, poner en práctica los primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de trabajadores; 3.- las informaciones relativas a la evolución de riesgos, medidas y materiales de protección, lista e informes sobre accidentes de trabajo, así como todas las informaciones relativas a primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de trabajadores y riesgo grave e inminente; 4.- el recurso, en su caso, a competencias (personas o servicios) ajenas a la empresa y/o al establecimiento; y 5.- la concepción y la organización de la formación prevista en el artículo 12 (formación en materia de seguridad y salud).

⁸⁶ Las más importantes fueron las siguientes: la Directiva 91/383/CEE, de 25 de junio, relativa a la promoción de la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de una Empresa de Trabajo Temporal; la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia; y la Directiva 94/33/CEE, de 22 de junio, relativa a la protección de jóvenes.

⁸⁷ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El Derecho social comunitario...*, cit., pp. 55-56.

interpretaciones doctrinales: desde aquellas inicialmente minimalistas que consideraban que se trataba de un reconocimiento puramente formal del diálogo social, ya incipiente a partir de los encuentros de VAL DUCHESSÉ (1985)⁸⁸, a otras, maximalistas⁸⁹, que veían en este artículo no sólo el reconocimiento de la autonomía colectiva a nivel europeo, sino también el fundamento jurídico de los acuerdos colectivos europeos como fuente de derecho comunitario⁹⁰. Bien es cierto que a partir de los encuentros de VAL DUCHESSÉ de 1985 se aprecia un mayor acercamiento, promovido desde las instancias comunitarias⁹¹, entre los interlocutores sociales europeos, al menos en lo referente a la necesidad de informar y consultar de cara a la organización del trabajo y a la introducción de nueva tecnología⁹². Pero, de nuevo, dicho acercamiento no era tal a la hora de

⁸⁸ Sobre los encuentros de VAL DUCHESSÉ (Castillo de Val Duchesse, Bruselas, Bélgica), puede consultarse, VALDÉS DAL-RÉ, F., "La contratación colectiva europea: más que un proyecto y menos que una realidad consolidada", *Relaciones Laborales* 21/1997, pp. 1-5: "Los encuentros de Val Duchesse ..(..).. constituyeron la expresión formalizada de la primera y más notoria modalidad de diálogo social. (..) Se enmarcan en el llamado diálogo social de nivel intersectorial y las materias objeto de discusión tuvieron una dimensión macro, versaron sobre la estructura del mercado de trabajo, la repercusión de nuevas tecnologías en la organización del trabajo, etc.(..) El consenso alcanzado en Val Duchesse no tuvo más objetivo que la formulación de una serie de opiniones o pareceres comunes". Sobre el tema puede verse, también, RUÍZ CASTILLO, M. M., "El diálogo social en el ámbito de la Unión Europea", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 85, sep./oct. 1997, pp. 706-729.

⁸⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El Derecho social comunitario...*, cit., pp. 56-61, mantenía una que el denomina intermedia o ecléctica que consiste en interpretar el artículo 118B en cuanto al reconocimiento del diálogo social y en cuanto a una cobertura a la suscripción de eventuales acuerdos cuya naturaleza, eficacia y modos de aplicación no se prejuzgan, abandonando la idea de considerar la integración del acuerdo de dimensión europea entre las fuentes del Derecho Comunitario.

⁹⁰ Sobre la interpretación del artículo 118 apartado B TCEE, *Vid.*, RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., "La negociación colectiva hasta Maastricht", *Relaciones Laborales* 18/1992; OJEDA AVILÉS, A., "La negociación colectiva europea", *Relaciones Laborales* 14/1993 pp. 67-83; APARICIO TOVAR, J., "¿Ha incluido el Tratado de Maastricht a la negociación colectiva entre las fuentes del Derecho comunitario?", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 68, 1994, pp. 926-930.

⁹¹ Dicha promoción se hacía patente en numerosos los documentos comunitarios no vinculantes de la época o *soft law*. Entre ellos, la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de agosto de 1986 que pedía "una mayor convergencia, entre los derechos de los trabajadores a ser informados y consultados en lo relativo a las decisiones esenciales de las empresas afectadas por la realización del mercado interior". También en las Conclusiones de 21 de julio de 1986 relativas a información y consulta a los trabajadores en empresas de estructura compleja; Informe BERETTA de 19 de noviembre de 1987; Informe MARIN de 24 de febrero de 1988 y Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 1988. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., "Los derechos de información y consulta de los trabajadores y la dimensión comunitaria de la empresa", *Relaciones Laborales* 12/1990, pp. 1-3.

⁹² En este sentido, los Dictámenes comunes de la CES, UNICE y CEEP de 6 de marzo de 1987 y 10 de enero de 1991 sobre Formación y motivación e información y consulta y sobre Nuevas tecnologías-organización del trabajo y adaptabilidad del mercado de trabajo, respectivamente.

abordar determinadas materias sociales especialmente sensibles. Ante la ausencia de un reconocimiento formal de la negociación colectiva europea como fuente del derecho, debido básicamente a las importantes reticencias empresariales y de algunos Estados miembros, principalmente provenientes del Reino Unido, este primer reconocimiento puramente formal del dialogo social europeo, tímido e indeterminado, fue sólo un primer paso en un largo camino: un reconocimiento político, que carecía de valor jurídico expreso.

2.- Primer intento de constitucionalización de los derechos sociales: la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989.- A finales la década de los años ochenta se produjo uno de los principales hitos del proceso de configuración del Modelo social europeo: la aprobación de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores en 1989. Esta Carta constituyó el primer intento serio de constitucionalización de los derechos sociales, con pretensión de ser desarrollados normativamente, *“tal y como se reconocen en las Constituciones y leyes de los Estados miembros... y en la Carta Social Europea”*, según se disponía expresamente en el tercer párrafo del Preámbulo del Acta Única Europea de 1987⁹³. Con la adopción de la Carta de 1989 se pretendía el reconocimiento de unos derechos mínimos fundamentales en materia social, que debían equipararse a los ya reconocidos y protegidos en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión. Se trataba de marcar los límites de lo tolerable⁹⁴; lo que significaba que debían reconocerse y tutelarse determinados derechos sociales fundamentales, que podían ser agrupados en torno a tres clases:

Vid., El Diálogo social en la Unión Europea, Subdirección General de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1997, pp. 53-55 y 71-77.

⁹³ Los -entonces 12- Estados miembros están decididos a *"promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y leyes de los Estados miembros, en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y en la Carta social europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social"*.

⁹⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "La declaración de derechos sociales fundamentales (I)", *Relaciones Laborales* 20/1989, p. 3.

1.- Derechos individuales: artículos 1-9, 15 y 16⁹⁵.

2.- Derechos de seguridad social y protección social: artículos 10, 19-26⁹⁶.

3.- Derechos colectivos: artículos 11-14 sobre libertad de asociación, negociación colectiva y huelga⁹⁷, y artículos 17 y 18 sobre información, consulta y participación de los trabajadores⁹⁸.

Junto al reconocimiento concreto de estos derechos sociales fundamentales, en el Preámbulo de la Carta se mencionaban también: la importancia del consenso social⁹⁹; las mejoras en el ámbito social que debían de acompañar a la realización del mercado interior¹⁰⁰; la necesidad de luchar contra

⁹⁵ Los artículos 1-3 de la Carta de 1989 se refieren a la libre circulación de trabajadores en todo el territorio comunitario. Los artículos 4-6 al empleo y remuneración (libertad de elección y de ejercicio de una profesión y derecho a un empleo justamente remunerado). Y los artículos 7-9 versan sobre la mejora de las condiciones de vida y de trabajo y sobre la aproximación mediante el progreso de dichas condiciones en particular en lo que respecta a la duración y distribución del tiempo de trabajo y formas distintas del trabajo por tiempo indefinido. El artículo 15 versa sobre la formación profesional y el artículo 16 sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

⁹⁶ El artículo 10 de la Carta de 1989 trata sobre el derecho a una protección social adecuada y prestaciones de seguridad social de nivel suficiente, también para las personas excluidas del mercado del mercado de trabajo. Los artículos 19-26 sobre la protección de la seguridad y salud en el trabajo, protección de niños y adolescentes, personas de edad avanzada y minusválidos.

⁹⁷ El artículo 11 de la Carta de 1989 se refiere a la libertad de asociación y libertad sindical. El artículo 12 a la negociación colectiva: *“Los empresarios o las organizaciones de empresarios, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, tienen derecho, en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales, a negociar y celebrar convenios colectivos. El diálogo entre interlocutores sociales a escala europea que debe desarrollarse, puede conducir, si éstos lo consideran deseable, a que se establezcan relaciones convencionales, en particular interprofesional y sectorialmente”*. El artículo 13 se refiere al derecho a recurrir a acciones colectivas, incluida la huelga y a crear y utilizar, en los niveles adecuados, procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje.

⁹⁸ El artículo 17 de la Carta de 1989 establece que *“la información, consulta y participación se desarrollaran “según mecanismo adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros. Ello es especialmente aplicable en las empresas o grupos que tengan establecimientos o empresas en varios Estados miembros de la Comunidad Europea”*. El artículo 18 establece que la información, consulta y participación *“deben llevarse a cabo en el momento oportuno y en particular en los siguientes casos: 1.- cuando se introduzcan cambios tecnológicos que afecten de forma importante a los trabajadores en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo y a la organización del trabajo; 2.- cuando se produzcan reestructuraciones o fusiones de empresas que afecten al empleo de los trabajadores; 3.- con motivo de despidos colectivos; y 4.- cuando haya trabajadores, en particular transfronterizos, afectados por políticas de empleo llevadas a cabo por las empresas en las que trabajan”*.

⁹⁹ Preámbulo de la Carta de 1989, párrafo quinto: *“Considerando que el consenso social contribuye a reforzar la competitividad de las empresa y de toda la economía, así como a crear empleo; que, por esa razón, es condición esencial para garantizar un desarrollo económico sostenido”*.

¹⁰⁰ Preámbulo de la Carta de 1989, párrafo séptimo: *“Considerando que la realización del mercado interior debe suponer para los trabajadores de la Comunidad Europea mejoras en el*

las discriminaciones y garantizar la igualdad de trato¹⁰¹; la conveniencia de inspirarse en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y en la Carta social europea¹⁰²; y, entre otros aspectos, el objetivo de declarado de la Carta relativo a la consagración en el ámbito europeo de los progresos realizados en el ámbito social por la acción de los Estados miembros, de los interlocutores sociales y la Comunidad¹⁰³. En este sentido, la Carta de 1989 evidenciaba una intención general o compromiso de la mayoría de los Estados miembros de avanzar en la definición de la Europa social. Dicha intención, sin embargo, venía limitada por el veto a la regla de la mayoría cualificada impuesto por el artículo 100 A del Tratado de Roma a la actuación en materia social (*Supra*, cap. 1º, apartado II.1.1).

La Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores de 1989 fue adoptada formalmente únicamente por once Estados miembros del total de doce que constituían la Comunidad en esa fecha; todos menos el Reino Unido. La oposición británica a la Carta de 1989 fue muy significativa y puso de manifiesto la importante ruptura de consenso existente, entre los Estados miembros y el Reino Unido, en punto al diseño del Modelo social comunitario que se pretendía. Estas divergencias existentes entre Estados miembros se reprodujeron de nuevo a la hora de enfrentarse a las negociaciones que antecedieron al Tratado de Maastricht en 1992¹⁰⁴. A su vez, que no se

ámbito social, y en particular en materia de libre circulación, condiciones de vida y de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección social, educación y formación”.

¹⁰¹ Preámbulo de la Carta de 1989, párrafo octavo: “Considerando que, para garantizar la igualdad de trato, es conveniente luchar contra las discriminaciones en todas sus formas, en particular las basadas en el sexo, el color, la raza, las opiniones y las creencias, y que, con espíritu de solidaridad, es importante luchar contra la exclusión social”.

¹⁰² Preámbulo de la Carta de 1989, párrafo noveno: “Considerando que conviene inspirarse en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y en la Carta Social Europea del Consejo de Europa”.

¹⁰³ Preámbulo de la Carta de 1989, párrafo duodécimo: “Considerando que la presente Carta tiene por objeto consagrar los progresos realizados en el ámbito social, por la acción de los Estados miembros, de los interlocutores sociales y de la Comunidad”.

¹⁰⁴ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El Derecho social comunitario...*, cit., p. 67: “la Carta anuncia, con la autoexclusión del Reino Unido, una política social futura de geometría variable: el no de los británicos a la Carta anticipa su oposición a la reforma de las disposiciones sociales del Tratado de Roma en Maastricht y la necesidad de permitir una política social comunitaria diversificada”. MIRANDA BOTO, J. M., *Las competencias de la Comunidad Europea...*, cit., p. 375

hubiera adoptado la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores como documento jurídico vinculante en 1989, sino como mero documento de carácter político, supuso un importantísimo retroceso en el camino a la definición de la Europa Social. Su aprobación por los entonces doce Estados miembros de la Comunidad hubiera significado el reconocimiento, protección y tutela de derechos sociales fundamentales, incluidos los de carácter, titularidad y ejercicio colectivo, en términos equiparables a lo dispuesto en los ordenamientos internos de los Estados miembros.

A pesar de carecer de carácter jurídico vinculante, la adopción de la Carta de 1989 fue muy significativa pues supuso también un primer intento serio de aclarar la distribución de competencias entre los Estados Miembros y la Comunidad en materia social. Así, la Carta de 1989 reconocía en su Preámbulo y reafirmaba en su artículo 27¹⁰⁵, un importantísimo principio de Derecho comunitario, el principio de subsidiariedad, ya previsto en el Acta Única Europea de 1987 para la política de medio ambiente y que se incorporaría formalmente al Derecho originario mediante la adopción del Tratado de Maastricht en 1992 (art. 3 B). El principio de subsidiariedad, reconocido por vez primera en la Carta de 1989 en materia social, establecía que el desarrollo de los derechos sociales previstos la Carta, correspondía a los Estados miembros y, subsidiariamente, *“en el marco de sus competencias”* a la Comunidad Europea, en los términos siguientes: *“en virtud del principio de subsidiariedad, las iniciativas que haya de tomar –la Comunidad- para la aplicación de estos derechos, corresponden a los Estados miembros y, en el marco de sus competencias, son responsabilidad de la Comunidad Europea”*. A su vez, este principio venía formulado desde una doble perspectiva: vertical y horizontal. En sentido *vertical*, significaba distribuir competencias entre la Comunidad y los Estados miembros y, en este sentido, se establecía que *“las iniciativas que hayan de tomarse en la aplicación de los derechos sociales que se mencionan en la Carta, corresponden a los Estados*

¹⁰⁵ Artículo 27 de la Carta de 1989: *“La garantía de los derechos sociales fundamentales de la presente Carta, así como la aplicación de las medidas sociales indispensables para el buen funcionamiento del mercado interior en el marco de una estrategia de cohesión económica y social, competen a los Estados miembros de conformidad con sus respectivas prácticas nacionales, en particular mediante su legislación y convenios colectivos”*.

miembros". Por otro lado, en sentido *horizontal*, significaba que se establecía la posibilidad de que la competencia estatal fuera ejercida no sólo mediante legislación, sino también "*mediante los convenios colectivos*", lo que viene denominándose transposición convencional de Directivas del ámbito social -ya reconocida en numerosas sentencias del TJCE y utilizada, por vez primera, por el gobierno belga en la transposición de la Directiva 75/117/CEE sobre igualdad de retribución entre trabajadores de distinto sexo- o acuerdos transpositivos (*Infra, cap. 1º, apartado II.3.4.1*).

Con el paso del tiempo, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 es valorada más como un programa legislativo común -de hecho la Carta de 1989 vino sucedida por el Programa de acción social para la aplicación de la misma¹⁰⁶-, que como una declaración de derechos. Esta apreciación gana terreno con la posterior adopción de la Carta de Derechos Fundamentales en el año 2000 que restó, desde luego, cualquier atisbo de protagonismo a la Carta de 1989. La versión de la Carta de 2000 enmendada y proclamada por segunda vez en 2007 fue incorporada al Derecho originario por el Tratado de Lisboa (art. 6 TUE). Menciones a la Carta de 1989 permanecen, sin embargo, tanto en el Preámbulo del nuevo TUE¹⁰⁷, como en el artículo 151 TFUE (antiguo 136 TCE)¹⁰⁸ Y se menciona también la Carta de 1989 en la Explicación al artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales de 2007 (*Infra, cap. 3º, apartado I.1.2*). Ahora bien, como se verá, la relevancia sustantiva de la Carta de 1989 es actualmente prácticamente inexistente (*Infra, cap. 1º, apartado IV.4.1*).

¹⁰⁶ Programa de acción de la Comisión para la aplicación de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 5 de diciembre de 1989, COM (89) 568 final.

¹⁰⁷ "CONFIRMANDO su adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de julio de 1961 y en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989". Introducido por el Tratado de Ámsterdam de 1997.

¹⁰⁸ "La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de julio de 1961 y en la Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, tendrán como objetivo...."

3.- El diseño de la Europa social en el Acuerdo sobre política social, anejo al Tratado de Maastricht de 1992.- El diseño actual de la Europa social encuentra su origen, sin duda, en el contenido del Acuerdo sobre política social, anejo al Tratado de Maastricht de 1992. El largo proceso de elaboración de este importante Tratado de reforma del Derecho originario, y las negociaciones que se sucedieron para su adopción durante más de 23 meses, pusieron de manifiesto, de nuevo, las grandes divergencias existentes entre los Estados miembros en punto a la velocidad e intensidad del proceso de integración política y económica de Europa. Es significativo señalar que la dimensión social fue una de las materias que más polémica creó, provocando considerables retrasos: “la tajante oposición británica a toda ampliación de las competencias comunitarias en materia social y la resistencia de los países ricos a reforzar, en favor de los pobres, los instrumentos de cohesión social, permitieron percibir que el acuerdo sería difícil¹⁰⁹”. Las polémicas que se fueron sucediendo en torno a la cuestión social, obligaron a que fuera necesario adoptar el Protocolo nº 14 para habilitar a once Estados miembros, todos menos el Reino Unido, a celebrar un Acuerdo entre ellos para tratar los temas sociales. La insistente oposición británica a que se abordara una posible modificación del Tratado de Roma que facilitara la actuación normativa comunitaria en el área social, provocó que los once Estados restantes, deseosos de proseguir en la vía marcada por la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptaran el Acuerdo sobre política social de 1992¹¹⁰.

Las novedades de esta época en materia social han de buscarse en este Acuerdo sobre política social, cuyo contenido se incorporaría posteriormente al Derecho originario en 1997¹¹¹, sin perjuicio de que también en el Tratado de

¹⁰⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El Derecho social comunitario...*, cit., p. 75.

¹¹⁰ Sobre las razones por las que el Reino Unido se excluyó puede consultarse, FERNER, A., y HYMAN, R., *New frontiers in Industrial Relations*, Blackwell Business, Oxford, 1994, pp. 282-3.

¹¹¹ Como se verá, el contenido del Acuerdo sobre política social de 1992 fue incorporado al Derecho originario, en el artículo 117 TCEE, por el Tratado de Ámsterdam de 1997 (*Infra, capítulo 1º, apartado II.4*). Esta incorporación vino a significar la unificación de determinadas bases jurídicas en materia social, confirmando que las normas adoptadas al amparo del Acuerdo sobre política social -la primera de ellas fue la Directiva sobre la constitución de un Comité de empresa europea en empresas y grupos de dimensión comunitaria de 1994 o Directiva CEU 1994, actualmente derogada-, constituían auténtico derecho derivado. Dicha unificación de bases jurídicas significó a su vez la re-inclusión del Reino Unido al acervo social comunitario. *Vid.*, HALL, M., “Industrial Relations and the Social Dimension of European Integration: Before and

Maastricht se encontraban recogidas determinadas novedades de contenido social que deben ser evaluadas a la vista de los objetivos y modificaciones de carácter general que se produjeron en el Derecho originario a partir de la adopción del mismo (apartado 3.1). Con respecto al Acuerdo sobre política social de 1992, es muy significativo que en su Preámbulo se anunciara el deseo de los once Estados miembros firmantes continuar por el camino o senda de la Carta de 1989, en los términos siguientes: (los once Estados) “*desean aplicar, a partir del acervo comunitario, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989*¹¹²”. En todo caso, interesa analizar el contenido del Acuerdo sobre política social desde una triple perspectiva: 1.- la introducción de nuevos objetivos y de nuevas vías de actuación en materia social (apartado 3.2); 2.- la identificación de las materias sociales especialmente sensibles excluidas del ámbito competencial de la Unión Europea; en concreto: las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el derecho de cierre patronal (apartado 3.3); y 3.- las disposiciones sobre diálogo social y negociación colectiva (apartado 3.4).

3.1.- Modificaciones de carácter general en el Derecho originario a partir del Tratado de Maastricht.- El Tratado de Maastricht, que entró en vigor el 1 de enero de 1993, tuvo entre sus principales objetivos declarados los siguientes: reforzar la legitimidad democrática de las Instituciones; mejorar la eficacia de las mismas; instaurar una unión económica y monetaria; desarrollar la dimensión social de la Comunidad; e instaurar una política exterior y de seguridad común. Durante estos años hechos tan significativos como el hundimiento del comunismo en Europa del Este y la perspectiva de la reunificación alemana -caída del muro de Berlín en 1989-, vinieron a manifestar la necesidad de reforzar la posición internacional de la Unión Europea y de

After Maastricht”, en FERNER, A. y HYMAN, R., *New frontiers in European Industrial Relations*, cit., pp. 281-312. Específicamente sobre las repercusiones de la exclusión británica, puede verse, AA.VV., *European Works Councils: Planning for the Directive*, Industrial Relations Research Unit, University of Warwick, Eclipse group, 1995, pp. 1-4.

¹¹² Segundo párrafo del Preámbulo del Acuerdo sobre política social de 1992.

consolidar la marca Europa, propiciando que se llevaran a cabo importantes reformas en todos los ámbitos¹¹³.

A partir del Tratado de Maastricht de 1992, la originaria Comunidad Económica Europea se convierte en la Comunidad Europea (CE)¹¹⁴ que, junto con la política exterior y seguridad común (PESC) y la cooperación policial y judicial en materia penal (JAI), formarían los tres Pilares de la Unión Europea, que adquiere en este sentido personalidad jurídica diferenciada de la Comunidad Europea¹¹⁵. El Primer Pilar venía constituido por la Comunidad Europea y se refería a los ámbitos en los que los Estados miembros ejercen su soberanía a través de las Instituciones comunitarias en el ámbito de sus respectivas competencias. El Tratado de Maastricht de 1992 supuso un incremento de las políticas comunitarias en importantes ámbitos, como las redes transeuropeas, la política industrial, la educación y la formación profesional, así como la consolidación de la ciudadanía europea, que se añade a la ciudadanía nacional¹¹⁶. La aprobación del Tratado de Maastricht en 1992 significó también la puesta en marcha de la Unión Económica y Monetaria, que obligaba a los Estados miembros a coordinar sus políticas económicas y a someterse a unas reglas de disciplina financiera y presupuestaria. La realización de la Unión Económica y Monetaria se previó en tres fases temporales, que comprendían la instauración de una moneda única (euro) y de un Banco Central Europeo (BCE)¹¹⁷ y que no fueron asumidas en su totalidad por todos los Estados

¹¹³ En palabras de la web de la Comisión europea.

¹¹⁴ Art. G TUE: *“Los términos CEE se sustituirán por CE”*. El TCEE pasa a ser el TCE.

¹¹⁵ Hay que esperar hasta la reforma operada por el Tratado de Lisboa de 2007 para que se formalice la personalidad internacional única de la Unión Europea, a partir de la extinción de la Comunidad Europea.

¹¹⁶ Art. 8.1 2º párrafo TCE. *“Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro”*. Art. 8.2 TCE: *“Los ciudadanos de la Unión serán titulares de derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado”*. Art. 8 A TCE: *“Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”*.

¹¹⁷ El Tratado de Maastricht de 1992 establecía tres etapas sucesivas. La primera etapa, que liberalizaría la circulación de capitales, el 1 de julio de 1990. La segunda etapa a partir del 1 de enero de 1994 iba a suponer la convergencia de las políticas económicas de los Estados miembros. La tercera, a más tardar el 1 de enero de 1999, debiera instaurarse la moneda única y el Banco Central Europeo. El Banco Central Europeo se constituyó el 1 de junio de 1998 con

miembros, lo que llevó a establecer disposiciones especiales para Reino Unido y Dinamarca¹¹⁸.

La reforma operada por el Tratado de Maastricht en 1992 supuso también modificaciones en el marco institucional comunitario. En este sentido destacaba que se incrementaran las competencias del Parlamento Europeo y, a su vez, que se introdujera un nuevo procedimiento de co-decisión, ampliándose los existentes procedimientos de cooperación y de dictamen conforme. Se amplió también el recurso al voto por mayoría cualificada en el Consejo para la mayoría de las decisiones que dependían del procedimiento de co-decisión (art. 189 B) y para todas las decisiones adoptadas según el procedimiento de cooperación (art. 189 C).

Junto a estas modificaciones fue muy relevante también la consagración que se hizo del principio de subsidiariedad, definido en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, de distribución de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros y que matiza el principio de atribución. En el nuevo artículo 3B del TCE¹¹⁹, se establecía que la actuación normativa comunitaria iba a ser subsidiaria de aquella de los Estados miembros en el sentido de que se iba a poder producir, únicamente:

sede en Fráncfort. El euro convivió con otras monedas durante un periodo transitorio (1 de enero de 1999 hasta 31 de diciembre de 2001). El euro comenzó a circular el 1 de enero de 2002.

¹¹⁸ En la actualidad 17 de los 28 países de la Unión Europea tienen el euro como moneda y han integrado la tercera etapa de la Unión Económica y Monetaria. Tanto Reino Unido como Dinamarca han manifestado su intención de no integrar esa tercera fase y, por tanto, de no adoptar el euro. Ambos disponen de una exención pero mantienen la posibilidad de ponerle fin y presentar su candidatura. Con respecto a la República de Croacia, que pertenece a la Unión Europea desde el 1 de julio de 2013, no se producirá de momento su incorporación a la zona euro, por lo que sigue manteniendo su moneda, la Kuna.

¹¹⁹ Art. 3B del TCE-92: *“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”.*

1.- Cuando se tratara de actuar en una materia de competencia no exclusiva de la Comunidad, es decir, de las doctrinalmente denominadas competencias concurrentes¹²⁰.

2.- Cuando la acción nacional para alcanzar unos objetivos fuera insuficiente, y dichos objetivos si pudieran ser alcanzados, mejor, a nivel comunitario. Se establecía también el principio de proporcionalidad (“ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado¹²¹”); es decir, la intervención ha de ser proporcional a los objetivos propuestos y no puede ir más allá de los objetivos marcados por el Derecho originario¹²².

La consagración en el Derecho originario del principio de subsidiariedad fue objeto de múltiples discusiones doctrinales principalmente porque no quedaba claro qué competencias eran exclusivas de la Comunidad y cuándo las competencias eran compartidas o concurrentes¹²³. Problemas éstos superados, en parte, por la reciente aprobación del Tratado de Lisboa, aun cuando la atribución de competencias en la Unión Europea estará siempre abierta a debate (*Infra, cap. 1º, apartado IV.2.3*).

¹²⁰ OJEDA AVILÉS, A., “Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social Comunitario”, *Relaciones Laborales* 10/1994, p. 84: “el problema básico es que no se definen cuándo son esas competencias exclusivas y cuáles y por ende no existen límites precisos entre éstas y las concurrentes”.

¹²¹ Art 3 B, párrafo tercero.

¹²² Según OJEDA AVILÉS, A., “Subsidiariedad y competencias concurrentes...”, cit., p. 85: “Ello va a plantear el problema de deslindar cuales son los objetivos marcados por el Derecho originario. Se instruye al legislador derivado para perseguir las metas señaladas en el Derecho originario, pero no para ambicionar su superación”.

¹²³ Pueden verse, por ejemplo, de aquella época: RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., CASAS BAAMONDE, M. E., y VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las incertidumbres de los social en el Mercado Único”, *Relaciones Laborales*, tomo IV, 1993: “no se limitan las competencias legislativas de la Comunidad sino que se refuerzan, en cuanto que se justifica su actuación cuando sea necesario por la insuficiencia o ineffectividad de las medidas de alcance nacional”; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El Derecho social comunitario...*, cit., p. 120: “el principio de subsidiariedad constituye el precio pagado por la Comunidad por la importantísima ampliación de sus competencias que el Tratado lleva a cabo”. En sentido similar se pronunciaba CRUZ VILLALÓN, J., “La información y consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria”, *Relaciones Laborales* 14/1994, p. 23: “El surgimiento del principio de subsidiariedad deriva justamente de la expansión competencial de la Comunidad en materia social”; PÉREZ DEL RIO, T., “La dimensión social del mercado único europeo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 47, 1991, p. 397.

En cuanto a las novedades en materia social establecidas en el Tratado de Maastricht de 1992, éstas son limitadas, pues es el Acuerdo sobre política social anejo al mismo el que contiene las disposiciones de mayor relevancia. Ello no obstante, sí se apreciaban en el Tratado de Maastricht tímidas modificaciones de contenido social. El Tratado de Maastricht dio una nueva redacción al artículo 2 del Tratado de Roma sobre misión y objetivos de la Comunidad Europea y al artículo 3 del mismo sobre acciones a emprender. En este sentido, en primer lugar, se matiza que los nuevos objetivos (*“tendrá por misión”*) no son ya de exclusivo carácter económico sino que, junto a ellos, a un mismo nivel, se encuentran determinados objetivos sociales. Así, *“la misión de la Comunidad Europea”* –ya no se llama Comunidad Económica Europea- se realizará *“mediante una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas y acciones contempladas en los artículos 3 y 3 A”*, y con vistas a alcanzar determinados postulados de carácter social: *“un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”*¹²⁴. En consonancia con este cambio de objetivos, en segundo lugar, el artículo 3 TCE establecía que *“la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el Tratado”*.. es decir, llevará a cabo una serie de acciones¹²⁵, entre las que algunos apartados contemplan las siguientes con contenido social: *“i) una política en el ámbito social que incluya un fondo social europeo; o) una contribución al logro de un alto nivel de protección de la salud;*

¹²⁴ La nueva redacción del artículo 2 del TCE-92 sitúa al mismo nivel estos postulados con *“el desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible no inflacionista que respete el medio ambiente, y un alto grado de convergencia de los resultados económicas”*.

¹²⁵ Art. 3 TCE- 92 recogía en los apartados desde la letra a) a la t) las acciones que llevará a cabo la Comunidad *“para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2”*, que se resumen a continuación: supresión de derechos de aduanas y restricciones cuantitativas a la entrada y salida de mercancías; política comercial común, supresión de obstáculos a la libre circulación de mercancías, persona, servicios y capitales; política común en agricultura, pesca y transportes; régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior; aproximación de las legislaciones nacionales para el funcionamiento del mercado común; política en el ámbito de medioambiente; fortalecimiento de la competitividad de la industria de la Comunidad; fomento de la investigación y del desarrollo tecnológico; desarrollo de redes transeuropeas; política en el ámbito de la cooperación al desarrollo; protección al consumidor y medidas en los ámbitos de la energía, la protección civil y el turismo.

y p) una contribución a una enseñanza y formación de así cómo al desarrollo de las culturas de los Estados miembros”.

Por último, como ya se dijo, el Tratado de Maastricht había introducido un nuevo procedimiento legislativo de co-decisión (art. 189 B TCE)¹²⁶ y se habían ampliado las materias susceptibles de ser tramitadas por la vía del procedimiento de cooperación (art. 189 B); en ambos casos con repercusiones en el ámbito social. En este sentido, los artículos anteriormente introducidos por el Acta Única Europea de 1987 mantienen su redacción (art. 100 A, 118 A y 118 B) con la excepción de que tanto el artículo 100 A como el artículo 118 A se modificaron para acoger el nuevo procedimiento de co-decisión.

3.2.- Nuevos objetivos y vías de actuación en materia social en el Acuerdo sobre política social.- En cuanto a las importantes novedades que introdujo el Acuerdo sobre política social de 1992 en materia social, ha de destacarse: por un lado, la nueva relación de objetivos previstos en el artículo 1 del Acuerdo sobre política social, que pasarían a formar parte del Derecho originario, con la adopción del Tratado de Ámsterdam de 1997 (*Infra, capítulo 1º, apartado II.4.2*) y que permanecen en actual artículo 151 TFUE (*Infra, cap. 1º, apartados II.4.2 y IV.3.1*)¹²⁷ (apartado A); por otro lado, el Acuerdo sobre política social de 1992 establecía las vías de actuación en materia social, aclarando el tipo de consenso político necesario para actuar legislativamente según el tipo de materia de carácter social. Según lo previsto en el vigente artículo 153 TFUE, este diseño o esquema es el que permanece en la actualidad, a salvo de

¹²⁶ El artículo 189 C TCE establecía el procedimiento legislativo de co-decisión, que consistía básicamente en lo siguiente: 1.- El Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previo Dictamen del Parlamento Europeo fijará una posición común. 2.- La posición común del Consejo será transmitida al Parlamento Europeo que dispone de un plazo de 3 meses para proponer enmiendas o rechazar la posición común -por mayoría absoluta de los miembros del Parlamento Europeo. 3.- Si el Parlamento Europeo rechazare la posición común del Consejo, éste sólo podrá pronunciarse en segunda lectura por unanimidad.

¹²⁷ Como se verá, todos estos ámbitos de actuación en materia social (arts. 1 y 2 del Acuerdo sobre política social) junto con otros establecidos en los artículos 2.3, 2.4. y 2.6 del Acuerdo sobre política social de 1992 permanecen en el actual artículo 153.1 TFUE, anterior artículo 137 TCE, a salvo de alguna modificación de redacción: a los ámbitos anteriores, hay que añadir los siguientes, según numeración del artículo 153 1 TFUE: “j) *lucha contra la exclusión social*”, que no es lo mismo que la exclusión del mercado laboral; y “k) *la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c)*”, que tampoco es lo mismo que la seguridad social y la protección del apartado c.

determinados matices (*Infra, cap. 1º, apartado IV.2.4 y cap. 3º, apartado I.2.2*)¹²⁸ (apartado B).

A.- Con respecto a los **nuevos objetivos sociales** introducidos por el Acuerdo sobre política social de 1992, el artículo 1 del mismo señalaba que los nuevos objetivos, compartidos entre la Unión Europea y los Estados miembros¹²⁹, eran los siguientes: fomento del empleo; mejora de las condiciones de vida y trabajo; protección social adecuada; diálogo social; desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. En el Acuerdo de 1992 se hizo especial hincapié en que, en la consecución de estos objetivos, se debían respetar las “*diversidades nacionales*” y la “*necesidad de mantener la competitividad*”. La necesidad de atender a las divergentes regulaciones laborales en los Estados miembros tuvo como resultado, seguramente, que se iniciara el declive de la estrategia de armonización pura o plena que había caracterizado la década anterior de los años ochenta. Por lo demás, en términos similares a lo dispuesto en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, el artículo 2 del Acuerdo sobre política social de 1992, relativo a las “*acciones para la consecución de los objetivos del artículo 1*”, mencionaba otras materias del ámbito social que debían también considerarse

¹²⁸ El actual artículo 153. 2 b 3º párrafo TFUE no ha variado este esquema, a salvo de algunos matices, entre ellos los siguientes: 1.- el nuevo papel asignado al Parlamento Europeo como colegislador; 2.- promoción y consagración del Método abierto de coordinación o producción de *soft law*; el artículo 153.2 TFUE incluso habla de mayor cooperación “*con exclusión de toda armonización*”; 3.- nuevos procedimientos legislativos: el ordinario exige mayoría cualificada y el especial, unanimidad. En general, no hay grandes cambios en cuanto a materias susceptible de actuación comunitaria en el ámbito social, con una precisión recogida en el artículo 153.2 b 4º párrafo TFUE. Según esta disposición, el Consejo por unanimidad puede optar por que el procedimiento legislativo ordinario -mayoría cualificada- sea de aplicación en materias tradicionalmente sometidas a unanimidad: “*protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato de trabajo; representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5; las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión*”. A simple vista podría parecer que esta previsión no tiene mucha lógica: ¿qué sentido podría tener la obligatoriedad de obtener el voto unánime de los miembros del Consejo para poder legislar luego por mayoría cualificada?

¹²⁹ Establecía el artículo 2 del Acuerdo sobre política social que “*la Comunidad apoyará y complementará la acción de los Estados miembros*” en una serie de ámbitos o materias. Ya se dijo (*Supra, cap. 1º, apartado II.3.1*) que el Tratado de Maastricht había consagrado el principio de subsidiariedad de distribución de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros (nuevo art. 3B del TCE).

nuevos objetivos en materia social: la mejora de seguridad y salud en el entorno de trabajo; las condiciones de trabajo, la información y consulta a los trabajadores, la igualdad de oportunidades en el mercado de trabajo e igualdad de trato en el trabajo¹³⁰; y la integración de las personas excluidas del mercado laboral.

B.- Con respecto a las **nuevas vías de actuación** en materia social, el Acuerdo sobre política social de 1992, realizó una importante labor de aclaración sobre el alcance de la competencia comunitaria en el ámbito social, así como sobre el tipo de consenso político necesario, mayoritario o unánime, para actuar en dicho ámbito. Este diseño o esquema permanece vigente en la actualidad - artículo 153 TFUE- y es el siguiente:

a.- Unanimidad: según lo dispuesto en el artículo 2.3 del Acuerdo sobre política social de 1992 se requería unanimidad del Consejo para regular las siguientes materias:

- 1.- *“seguridad social y protección social de los trabajadores”;*
- 2.- *“protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral”;*
- 3.- *“representación y defensa colectiva de los intereses de trabajadores y empresarios, incluida la cogestión”;*
- 4.- *“condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad”;* y
- 5.- *“contribuciones financieras dirigidas al fomento de empleo y a la creación de empleo, sin perjuicio de las disposiciones relativas al fondo social europeo”.*

b.- Mayoría cualificada: por remisión expresa del artículo 2.2 del Acuerdo sobre política social de 1992 al artículo 189C del TCE¹³¹, se requería la mayoría cualificada sobre las siguientes materias:

¹³⁰ Ya no se hace referencia en el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a la igualdad de trato entre hombres y mujeres prevista en el Acuerdo sobre política social de 1992.

¹³¹ Art. 2.2 del Acuerdo sobre política social de 1992: *“El Consejo podrá adoptar, mediante Directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniéndose en*

- 1.- *“la mejora del entorno de trabajo, para proteger la salud y seguridad de los trabajadores”;*
- 2.- *“las condiciones de trabajo”;*
- 3.- *“la información y consulta de los trabajadores”;*
- 4.- *“la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres”;* y
- 5.- *“la integración de las personas excluidas del mercado laboral”.*

3.3.- La exclusión del ámbito competencial comunitario de materias sociales especialmente sensibles. Con respecto a la actuación comunitaria en materia social, merece especial atención la disposición contenida en el artículo 2.6 del Acuerdo sobre política social de 1992, que permanece en el actual artículo 153.5 TFUE, relativa a que determinadas materias de carácter social estuvieran expresamente excluidas del ámbito competencial de la Comunidad. Estas materias son las siguientes: *“las remuneraciones, el derecho de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el derecho de cierre patronal”¹³²*. Establecía esta disposición que estas materias estaban excluidas *“del presente artículo”*, lo que vino a significar que quedaban excluidas de la vía legislativa en materia social prevista en el Acuerdo sobre política social de 1992 y posteriormente, a partir de la reforma operada por el Tratado de Ámsterdam de 1997, dicha exclusión se incorporaría al Derecho originario -art. 153.5 TFUE- en el que permanece en la actualidad (*Infra, cap. 1º, apartado IV.3.2*). La adopción del Tratado de Lisboa en 2007 no ha significado la introducción de modificaciones de ningún tipo en punto a la determinación o alcance de la exclusión mencionada, por lo que las materias señaladas (*“las remuneraciones, el derecho*

cuenta las condiciones y regulaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales Directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero o jurídico que obstaculicen la creación o desarrollo de pequeñas y medianas empresas. El Consejo decidirá con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189C del TCE, y previa consulta al Comité Económico y Social”.

¹³² Art. 153.5 TFUE: *“Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal”.*

de asociación y sindicación, el derecho de huelga y el derecho de cierre patronal”), seguirán estando excluidas del ámbito competencial comunitario y, en este sentido, en la letra del Derecho originario, la actuación sobre las mismas seguirá siendo esencialmente de ámbito estatal o interno¹³³.

Los problemas interpretativos que planteaba en 1992 la exclusión del ámbito comunitario de determinadas materias especialmente sensibles, siguen siendo de plena actualidad. Sobre ellos, las siguientes consideraciones:

Primera.- Resulta altamente controvertido que “*la representación y defensa colectiva de los trabajadores y de los empresarios*” sea competencia comunitaria, materia sobre la que se puede actuar legislativamente en el ámbito comunitario, y no lo sea “*el derecho de asociación y sindicación*”; ¿defensa de los intereses de los trabajadores sin poder hacer referencia al sujeto sindical¹³⁴?

Segunda.- Puesto que la exclusión se refiere “*a lo dispuesto en este artículo*”, ¿cabría actuar en estas materias por otras vías distintas de la “vía legislativa específica”? por ejemplo la vía convencional (*Infra, cap. 1º, apartado II.3.4*) u otras previstas en el Derecho originario como las mencionadas bases generales o genéricas de actuación previstas en los antiguos artículos 235 y 100 A del TCE¹³⁵, actuales artículos 115 y 352 del TFUE?

Tercera.- En cuanto al alcance de la exclusión, ¿se trata en todo caso de una prohibición absoluta? Se consideraba que la exclusión aparecía en el Acuerdo sobre política social de 1992 como consecuencia de ampliar considerablemente la actuación comunitaria en materia social y de atender a las divergencias nacionales en estas materias.

¹³³ No se han producido las reformas esperadas en esta materia en el Tratado de Lisboa de 2007, ni por el hecho de haber dotado del “*mismo valor jurídico que los Tratados*” a la Carta de Derechos Fundamentales de 2007, ni por la futura adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Resulta altamente llamativo que, por ejemplo, se reconozca el carácter de derechos fundamentales, en el artículo 28 de la Carta de Derechos Fundamentales, a los derechos a la negociación colectiva y a la huelga cuando, por un lado, los derechos de sindicación y de huelga siguen siendo materias vetadas o excluidas de la actuación comunitaria en virtud de lo dispuesto en el artículo 153.5 TFUE ¿qué sentido tiene reconocer en la Carta de Derechos Fundamentales unos derechos sobre los que la Unión Europea no tiene competencia?

¹³⁴ CRUZ VILLALÓN, J., “La información y consulta...”, cit., p. 21.

¹³⁵ El artículo 100 A TCE fue modificado por Tratado de Maastricht de 1992 para acoger nuevo papel del Parlamento Europeo y el procedimiento de co-decisión.

3.4.- Disposiciones sobre diálogo social y negociación colectiva en el Acuerdo sobre política social.- Junto a la exclusión de determinadas materias especialmente sensibles, destacan también por su enorme trascendencia, las previsiones sobre diálogo social y negociación colectiva de ámbitos europeos contenidas en el Acuerdo sobre política social de 1992¹³⁶. La idea de otorgar un mayor protagonismo a los interlocutores sociales, a “*las partes sociales*”, en el ámbito europeo, ya anunciada en el Acta Única europea de 1987 (*Supra, cap. 1º, apartado II. 1*)¹³⁷ y desde entonces promovida desde la Comisión, fue recogida en el artículo 3 del Acuerdo sobre política social de 1992 en los términos siguientes: (la Comisión) “*tendrá como cometido fomentar la consulta a nivel comunitario y adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo velando porque ambas partes reciban un apoyo equilibrado*”.

Para algún autor, la nueva estrategia de promoción del diálogo social en el ámbito europeo tuvo por finalidad hacer frente a los sucesivos bloqueos al avance social en el seno del Consejo, principalmente, pero no sólo, por parte de los sucesivos gobiernos británicos, con sus rechazos a la Carta de 1989 y al propio Acuerdo sobre política social de 1992¹³⁸. Con el tiempo, se ha llegado a considerar que muy probablemente se negoció el reconocimiento del diálogo social europeo a cambio de vetar la actuación comunitaria en aquellas

¹³⁶ Estos preceptos eran fruto del Acuerdo suscrito por CES, UNICE y CEEP en octubre de 1991; era un acuerdo sobre la celebración de acuerdos. El origen convencional de los acuerdos constituyó una singularidad política y jurídica de primer orden, un primer ejemplo de legislación negociada. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El Derecho social comunitario...*; cit., p. 127.

¹³⁷ Ya desde la introducción por el Acta Única Europea en 1987 del artículo 118 B en el Derecho originario se planteaba la cuestión de si la negociación colectiva era o podría llegar a ser fuente de derecho comunitario. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T., “La incidencia del Derecho Social Comunitario en el ordenamiento laboral español: la acción sindical”, *Revista de Treball* nº 3, 1987, pp. 17-8. Según estos autores, “en teoría no hay dudas acerca de la utilidad de la negociación colectiva europea dado que los Tratados fundacionales persiguen “*la igualdad en el progreso*” (art. 2 TCEE y art. 3 TCECA) esto es la elevación del nivel de vida y de trabajo, armonizándolas en todos los países. Y la negociación colectiva parece el instrumento idóneo para realizar esta promoción..(..) No hay que olvidar que la ausencia de una real unidad política y económica a nivel Comunidad juega en contra del desarrollo de una negociación europea. La dificultad de encontrar unos contenidos negociables homologables por todos los países europeos aparece en este sentido como una evidencia difícil de soslayar”.

¹³⁸ Señala BERCUSSON, B., *European Labour Law*, cit., p. 126, lo irónico que resultaba que los interlocutores sociales británicos eran ignorados en el Reino Unido mientras que se promovía -se pedía- su participación a nivel europeo para precisamente avanzar en la construcción de un derecho europeo del trabajo.

determinadas materias muy sensibles anteriormente analizadas. En cualquier caso, es muy significativo, de nuevo, que estas disposiciones del Acuerdo de 1992 sobre diálogo social y negociación colectiva, incorporadas al Derecho originario en 1997, son las únicas que regulan estas materias en la actualidad (art. 152 y ss TFUE), a salvo de algunas pequeñas modificaciones (*Infra, cap. 3º, apartado 1.2.2*). Además, no parece que esté prevista, hasta la fecha, modificación normativa alguna, lo que sería altamente deseable¹³⁹.

El Acuerdo sobre política social de 1992 preveía básicamente que el diálogo social a escala comunitaria podría llevarse a cabo, bien a través de los denominados doctrinalmente acuerdos transpositivos de normativa comunitaria (apartado 3.4.1); bien a partir de los acuerdos sustitutorios de la actuación comunitaria (apartado 3.4.2).

3.4.1.- Acuerdos transpositivos.- Con respecto a los primeros, se establecía en el artículo 2.4 del Acuerdo sobre política social de 1992 que las normas de transposición o incorporación de normativa comunitaria –Directivas– podían ser de carácter convencional¹⁴⁰; es decir, que se permitía que los Estados miembros “*confíen a los interlocutores sociales*¹⁴¹, *previa solicitud de éstos, la aplicación de las Directivas adoptadas en virtud de los apartados 2 y 3 del Acuerdo sobre Política social*”. Este tipo de acuerdos fueron denominados

¹³⁹ Como se verá (*Infra, cap. 5º, conclusiones*), se tiene constancia de la existencia de una propuesta de Directiva sobre un marco jurídico opcional o voluntario de la negociación colectiva supranacional del año 2008. Ello no obstante no se encuentran menciones a esta propuesta de Directiva en recientes documentos comunitarios.

¹⁴⁰ La posibilidad de transponer Directivas vía acuerdo de los interlocutores sociales se reconocía ya en numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y fue utilizada, por vez primera, por el gobierno belga en la transposición de la Directiva 75/117/CEE sobre igualdad de retribución entre trabajadores de distinto sexo. CASAS BAAMONDE, M. E., “Directivas de origen convencional y ejecución convencional de Directivas: el permiso parental”, *Relaciones Laborales* 24/1996, pp. 9-11.

¹⁴¹ Aunque no se especificaba serían, obviamente, los interlocutores sociales estatales. El artículo 4.2 del Acuerdo sobre política social, como se verá, sí se refiere específicamente a interlocutores sociales de ámbito comunitario. Los interlocutores sociales necesitarán una autorización estatal expresa para transponer Directivas. OJEDA AVILÉS, A., en “La negociación colectiva europea”, cit., p. 75: “de esta manera se permite a los gobiernos ponderar milimétricamente aspectos fundamentales como la representatividad o capacidad de los solicitantes y actuar en consecuencia”.

acuerdos transpositivos¹⁴², y eran efectivamente una consecuencia de la aplicación del principio de subsidiariedad, en sentido horizontal, que, como se dijo, comenzó a perfilarse en la Carta de 1989¹⁴³, estableciéndose formalmente como principio de actuación comunitaria en el Tratado de Maastricht de 1992 (artículo 3 B). En todo caso, la delegación efectuada en favor de los interlocutores sociales no eximía a los Estados miembros de tener que “*garantizar en todo momento los resultados fijados por la Directiva*”¹⁴⁴.

3.4.2.- Acuerdos sustitutorios.- En cuanto a los segundos, los artículos 3.4 y 4 del Acuerdo sobre política social de 1992 establecieron a su vez un procedimiento que iba a permitir a los interlocutores sociales europeos participar en el procedimiento legislativo comunitario, llegando incluso a sustituir la propia actuación de la Comisión¹⁴⁵. La norma comunitaria sería resultado de un previo acuerdo colectivo europeo, denominado acuerdo sustitutorio en aquellos primeros años de doctrina por la capacidad de los interlocutores sociales para evitar la norma comunitaria mediante su sustitución. Se trataba en definitiva de

¹⁴² Denominación acuñada por OJEDA AVILÉS, A., “Los euro-acuerdos reforzados y la naturaleza de la decisión del Consejo”, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 62, nov.-dic. 1993, pp. 855-865.

¹⁴³ En el considerando 14 del Preámbulo de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 se menciona que “*En virtud de principio de subsidiariedad las iniciativas que haya de tomar para la aplicación de estos derechos sociales corresponde a los Estados miembros.. que esta aplicación puede revestir la forma de leyes, de convenios colectivos o de prácticas existentes en los distintos niveles adecuados y que requiere en numerosos ámbitos, la participación activa de los interlocutores sociales..*”

¹⁴⁴ Art. 2.4 último párrafo del Acuerdo sobre política social. Sin embargo, como planteó CRUZ VILLALON, J., “La información y consulta...”, cit., p. 32: ¿hasta qué punto el TJCE puede entrar en el análisis de los contenidos de los convenios nacionales a los mismos efectos de sancionar acerca del cumplimiento por los Estados Miembros de los mandatos de las Directivas comunitarias en materia social?

¹⁴⁵ Según CASAS BAAMONDE, M. E., ello iba a “implicar la realización de un nuevo reparto competencial entre las instituciones de la Comunidad y los agentes sociales de ámbito comunitario (CES, UNICE CEEP), en virtud del cual la acción normativa comunitaria en el ámbito de sus atribuciones marcadas por el principio de subsidiariedad –en sentido vertical- es asimismo subsidiaria del diálogo social de igual ámbito o dimensión comunitaria -por la aplicación del principio de subsidiariedad en sentido horizontal-. “Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social”, Relaciones Laborales tomo I, 1993, pp. 55 y 56, y “Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos”, Relaciones Laborales 10/1993, pp. 4-12.

un proceso de legislación negociada o pactada, denominado también “*bargaining in the shadow of the Law*”¹⁴⁶.

En cuanto a la puesta en marcha de este mecanismo parece, a primera vista, que va a ser diferente el proceso en función del sujeto que tiene intención de actuar -es decir, de proponer un determinado contenido negociado que, en principio, no parece que pueda limitarse materialmente¹⁴⁷-, bien la Comisión, bien los interlocutores sociales. Sin embargo, tras una lectura detenida de este precepto, que permanece en el actual artículo 154 TFUE (*Infra, cap. 3º, apartado I.2.2*), se aprecia que los interlocutores “*podrán informar sobre su voluntad de iniciar el proceso previsto en el artículo 4.1 Acuerdo sobre política social*” y se añade “*con ocasión de las consultas contempladas en los apartados anteriores*”. Este precepto podría dar a entender que los interlocutores sociales no pueden solicitar el inicio del procedimiento si no hay anteriormente una consulta por parte de la Comisión. Sin embargo, esta apreciación es claramente errónea; es decir, sí puede iniciarse el proceso del artículo 155 TFUE, sin que haya habido consultas previas conforme al artículo 154 TFUE (*Infra, cap. 3º, apartado I.2.2*)¹⁴⁸. Y así, a la vista de los numerosos ejemplos de legislación negociada existentes en el ámbito social comunitario, Acuerdos marco reconvertidos en

¹⁴⁶ BERCUSSON, B. *European Labour Law*, cit., p. 146.

¹⁴⁷ Máxime a la vista del nuevo artículo 152 TFUE, añadido por el Tratado de Lisboa y que hubiera podido ser más explícito en este tema y no lo ha sido. Es significativo que se vuelva a insistir en la idea de que la Unión Europea reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales “*en su ámbito*”, es decir, en el ámbito de la Unión. Queda claro que la regulación de la negociación colectiva en el sentido armonizarla no pretende ser competencia ni siquiera compartida y además se insiste de nuevo en “*teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales*”. Además dice “*facilitará el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía*”. Reconocimiento de libertad sindical/ no injerencia.

¹⁴⁸ Como se verá, los interlocutores sociales pueden iniciar el procedimiento del artículo 155 TFUE con ocasión de las consultas que les formulen por la Comisión conforme al artículo 154 TFUE. Pero el artículo 155 TFUE habla del diálogo social y ese diálogo -que es independiente de las consultas del artículo 154 TFUE- puede dar lugar, igualmente, al proceso previsto en ese artículo 155 TFUE. Proceso que consiste en que los eventuales acuerdos se apliquen por los interlocutores sociales, o que se apliquen, si se solicita, sobre la base de una decisión del Consejo. Como señaló APARICIO TOVAR, J., “¿Ha incluido Maastricht...”, cit., p. 935 “se desprende de los citados artículos del Acuerdo sobre política social que la mera voluntad de abrir un proceso negociado por parte de los interlocutores sociales puede dar lugar al bloqueo de la acción normativa comunitaria. Sin embargo, el bloqueo sólo se produce si la materia sobre la que se inicia el proceso negociador coincide con la que fue objeto de consulta por parte de la Comisión, no es el acuerdo el que produce el bloqueo, sino las meras relaciones negociales. Si la Comisión estima que ha habido una desviación de las materias iniciales, puede retomar la iniciativa”.

Directivas¹⁴⁹, puede afirmarse que, seguramente, en la práctica, ni los interlocutores van a presentar propuestas inaceptables *a priori* a la Comisión, ni la Comisión va a dejar de presentar propuestas ante una amenaza real o no de los interlocutores de iniciar una negociación autónoma condenada al fracaso. En cualquier caso, a tenor del artículo 4 del Acuerdo sobre política social de 1992, y actual artículo 154 TFUE, si inicia la Comisión el procedimiento, “*antes de presentar propuestas en el ámbito social, la Comisión consultará a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción comunitaria*”. “*Si tras esa consulta (primera consulta con los interlocutores sociales), la Comisión estimase conveniente una acción de la Unión -no se especifica de qué tipo- “consultará a los interlocutores sociales (segunda consulta con los interlocutores sociales) sobre el contenido de la propuesta consultada*”. A continuación, tras la segunda consulta, “*los interlocutores remitirán a la Comisión un dictamen o en su caso una recomendación*”. Una vez remitida, aunque el precepto no es desde luego demasiado claro, “*la aplicación del acuerdo se hará sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión*” y el Consejo decidirá por unanimidad en los casos en que existan en el acuerdo disposiciones que afectan a materias sociales para las que se requiere unanimidad.

El diseño básico de los mecanismos de diálogo social europeo, acuerdos transpositivos y acuerdos sustitutorios, permanece básicamente inalterado¹⁵⁰,

¹⁴⁹ Fruto de los acuerdos Marco se han aprobado las siguientes Directivas: 1.- Directiva 96/34/CE, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (en DO nº L 145 de 19.6.96); la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DO de 21.1.97); y la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por UNICE, CEEP y la CES (en DO nº L 14 de 20.1.98). Sobre la primera, puede consultarse, CASAS BAAMONDE, M. E., “Directivas comunitarias de origen convencional...”, cit.,. Sobre la segunda, OJEDA AVILÉS, A., “Negociación colectiva europea y trabajadores desplazados. Comentarios a la Directiva 96/71/CE, Aranzadi Social nº 2, abril 1997, pp. 19-23; BAYLOS GRAU, A., “Un instrumento de regulación: empresas transnacionales y acuerdos marco globales”, Cuaderno de Relaciones Laborales, 2009, 27, nº 1, pp. 107-125.

¹⁵⁰ Respecto de lo dispuesto en el Acuerdo sobre política social de 1992, se ha añadido por el Tratado de Lisboa al artículo 153 TFUE que “*se informará al Parlamento Europeo*”. No deja de ser significativo en este punto que no se otorguen mayores competencias al Parlamento Europeo, cómo es la tónica general de las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa por el que se le otorga un papel de co-legislador. La explicación, quizás, habrá que buscarla en la idea de que, en materia de acuerdos negociados, el Consejo no quiere perder su protagonismo en la actuación comunitaria y/o teme tener que consensuar con un Parlamento Europeo que ha demostrado a lo largo de su historia estar más sensibilizado ante las cuestiones sociales.

en los vigentes artículos 152 (nuevo)¹⁵¹, 153.3, 154 y 155 TFUE (*Infra, cap. 3º, apartado I.2.2*). Sin entrar ahora en mayor detalle, sí ha de señalarse que lo que seguramente dificulta el desarrollo de un auténtico sistema de negociación colectiva europea es precisamente que la propia normativa prevista en el Derecho originario, diseñada en 1992, privilegia la participación de los agentes sociales europeos en el procedimiento legislativo comunitario: diálogo y negociación *inside* instituciones comunitarias, sean o no obligatoriamente iniciados por la Comisión, frente a la negociación colectiva autónoma¹⁵². En este sentido puede afirmarse que ya desde 1992 no se pretendía, ni por la Unión Europea ni por los Estados miembros, que una autonomía colectiva de ámbito comunitario sustituyera ni a la de ámbitos nacionales, ni a las propias actuaciones legislativas comunitarias y/o las internas. Como se comentará (*Infra, cap. 2º, apartado IV.4*), en estas fechas, principios de la década de los años noventa, se producía la aprobación de la actualmente derogada Directiva sobre comité de empresa europeos en empresas y grupos de dimensión comunitaria de 1994, en adelante Directiva CEU 1994, con el objetivo declarado de fomentar el diálogo social a escala comunitaria.

4.- La confirmación de la Europa social en el Tratado de Ámsterdam de 1997.- La adopción del Tratado de Ámsterdam en 1997 significó una continuación a las reformas operadas por el anterior Tratado de reforma, el Tratado de Maastricht o de la Unión Europea de 1992. En 1995 se habían incorporado a la Unión tres nuevos socios: Austria, Finlandia y Suecia, formándose la denominada Europa de los quince, y abriéndose la puerta para una futura ampliación hacia los países este y centro de Europa. En este contexto,

¹⁵¹ Nuevo artículo 152 TFUE: “*La Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito. Teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Facilitará el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía. La cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo contribuirá al diálogo social*”. Como se verá (*Infra, cap. 3º, apartado I.2.2*), este artículo es una versión del antiguo 118 B TCE. Nada nuevo se añade, en la reforma de Lisboa en cuanto al alcance y eficacia de los acuerdos colectivos europeos, ni en cuanto a los ámbitos posibles de negociación.

¹⁵² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Aporías de la negociación colectiva”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* nº 68, julio 2007, pp. 237-255. Este autor analiza en detalle las dificultades que afectan al desarrollo de la negociación colectiva europea: sujetos colectivos insuficientemente articulados y de representatividad discutible; mercados de trabajo sometidos a reglamentaciones dispares; ausencia de percepción de un nivel de conflicto europeo y la ausencia de prácticas de negociación colectiva europea; dificultades de interacción entre el nivel europeo y los sistemas nacionales de negociación colectiva.

en punto las reformas de carácter general operadas en el Derecho originario por el Tratado de Ámsterdam, adquiere gran relevancia la introducción del nuevo mecanismo de las cooperaciones reforzadas, que va permitir un avance flexible de unos Estados miembros frente a otros en cuanto a la actuación común y/o en cuanto a su participación en las políticas comunitarias (apartado 4.1). En el plano social, los cambios más significativos que se produjeron pueden estudiarse desde una triple perspectiva: Política social y objetivos sociales para la Unión Europea y nuevo Título sobre Empleo, al convertirse éste en una cuestión prioritaria en el marco de la política social europea (apartado 4.2). Reconocimiento formal de los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en las Cartas sociales: la Carta Social Europea de 1961 y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 (apartado 4.3). Reunificación del Derecho social comunitario y confirmación del Diálogo social europeo como fuente normativa (apartado 4.4). Puede decirse que la reforma operada por el Tratado de Ámsterdam de 1997 vino a confirmar el diseño de la Europa social realizado a partir de la adopción del Acuerdo sobre política social anejo al Tratado de Maastricht de 1992. En este sentido, el avance en cuanto a la configuración del Modelo social europeo ha de considerarse limitado, al no apreciarse grandes novedades en el fondo.

4.1.- La Europa de los quince: el nuevo mecanismo de las cooperaciones reforzadas y otras modificaciones generales de cara a la ampliación.- Con la adopción del Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea en 1992, se sentaron las bases necesarias en las que se apoyaría la Unión Europea hasta la adopción del Tratado de Lisboa en 2007. El propio Tratado de Maastricht exigía que se llevara a cabo una nueva reforma en un breve plazo de tiempo al objeto de revistar algunas de las cuestiones que habían quedado pendientes en 1992¹⁵³. En este sentido, el Tratado de Maastricht anunciaba la convocatoria de una Conferencia Intergubernamental (CIG)¹⁵⁴, en

¹⁵³ Cláusula *rendez vous* o sistema de muñecas rusas porque la norma anterior prevé la modificación de la siguiente.

¹⁵⁴ Una Conferencia Intergubernamental puede definirse como una reunión de negociación estructurada entre los gobiernos de los Estados miembros destinada principalmente a introducir modificaciones en los Tratados. Los trabajos preparatorios se encomiendan a un grupo compuesto por un representante de cada uno de los Gobiernos de los Estados miembros y, tradicionalmente, también se ha unido al mismo un representante de la Comisión. El Parlamento

la que fueron muy importantes las sugerencias del Informe WESTENDORP¹⁵⁵. La Conferencia Intergubernamental de 1996 se convocó el 29 de marzo con ambiciosos objetivos centrados en los siguientes aspectos: la Europa de los ciudadanos, la función de la Unión Europea en la escena internacional, la mejora de las Instituciones comunitarias y la perspectiva de la ampliación. Tras quince meses de negociaciones, el Tratado de Ámsterdam se aprobó por el Consejo el 17 de junio de 1997 y entró en vigor el 1 de mayo de 1999 tras haber sido ratificado por todos los Estados miembros, quince en aquel momento. Su aprobación supuso la introducción de modificaciones de carácter general, tanto en el Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea o TUE de 1992 como en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o TCE, donde además se re- numeraron todos sus preceptos¹⁵⁶. Se argumentaba por la doctrina, que la reforma de Ámsterdam había sido forzada, no querida por los Estados miembros: “había que cumplir un trámite”; “se carecía de ideas y de objetivos comunes”; “no había una idea común sobre los objetivos de la reforma” y no se previeron otros temas sensibles¹⁵⁷. Lo cierto es que el Tratado de Ámsterdam abordaba materias que no habían sido previstas inicialmente en el seno de la Conferencia Intergubernamental de 1996¹⁵⁸.

Europeo tiene una importante participación en todos los trabajos, a través de la presencia de observadores y de intercambios de opiniones con el Presidente del Parlamento. Este grupo informa con regularidad al Consejo de Asuntos Generales. Las decisiones finales son adoptadas por los Jefes de Estado o de Gobierno en un Consejo Europeo. EU Spanish glossary.

¹⁵⁵ Carlos WESTENDORP, Diplomático español, actual asesor del ex Presidente español Felipe González. El informe, Report by the Reflection Group: A Strategy for Europe, Brussels, 5 December 1995, puede consultarse en la página web ena.lu.

¹⁵⁶ Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (versión consolidada por el Tratado de Ámsterdam, DOCE C 340, de 10 de noviembre de 1997). Se incorpora una tabla de equivalencia contenida en el artículo 12 del Tratado de Ámsterdam.

¹⁵⁷ MANGAS MARTÍN, A., “La reforma institucional en el Tratado de Ámsterdam”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, año 2, nº 3, 1998, p. 8. Argumenta esta autora que no previeron que otros temas sensibles como la introducción de la moneda única, se agolpaban en el calendario y surgían nuevos escenarios y nuevas preocupaciones. Entre los temas pendientes, por ejemplo, la Unión Económica y Monetaria. En este sentido, ha de considerarse que la crisis política de la Unión Europea, la falta de un proyecto político común resultado de un mayor contrapoder de los Estados miembros, comienza a vislumbrarse en esta Conferencia Intergubernamental de 1996. Ello seguramente ha tenido como resultado que no se haya realizado la unión económica pretendida y que la Unión Europea como entidad no haya sabido dar respuesta a la crisis económica que sobrevino diez años después.

¹⁵⁸ Los cambios fueron más trascendentales de lo esperado porque no derivaron todos ellos de las tareas desarrolladas en la propia CIG 96 sino del cambio de actitud de Gran Bretaña tras las elecciones que en la primavera de 1997 dieron la victoria al Partido Laborista. RODRÍGUEZ

El tema estrella de la reformas operadas por el Tratado de Ámsterdam, no previsto inicialmente en la Conferencia Intergubernamental de 1996, fue el relativo a la introducción del nuevo mecanismo de las cooperaciones reforzadas (apartado A). A su vez, otras modificaciones de carácter general, siguiendo el esquema y las pautas de la Conferencia Intergubernamental de 1996, fueron las siguientes: modificaciones en materias relativas a la Libertad, Seguridad y Justicia (apartado B); la Unión y el ciudadano (apartado C); la política exterior (apartado D); y la reformas institucionales (apartado E). Como se verá, la reforma operada por el Tratado de Ámsterdam de 1997 mantuvo la arquitectura de la Unión Europea por Pilares¹⁵⁹ pero introdujo importantes modificaciones competenciales y/o de procedimiento en cada uno de ellos.

A.- El nuevo mecanismo de las cooperaciones reforzadas.- A partir del Tratado de Ámsterdam se va a permitir que determinados Estados miembros disfruten de ritmos distintos de participación en las políticas o cooperaciones comunes, introduciéndose modificaciones en el Primer y Tercer pilar a tal efecto¹⁶⁰. Este nuevo mecanismo de flexibilidad, introducido por la acción conjunta del tándem KOHL-CHIRAC¹⁶¹, y denominado cooperaciones

PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "De Maastricht a Ámsterdam: derechos sociales y empleo"; Relaciones Laborales 4/1998, p. 4; BALLESTER PASTOR, M. A., "Los mecanismos para la aprobación de normas comunitarias de contenido social (el alcance social de la cooperación reforzada, la revitalización parlamentaria, las competencias comunitarias y la negociación colectiva tras el Tratado de Ámsterdam)", Unión Europea Aranzadi, vol. 29, nº 11, 2002, pp. 5-18.

¹⁵⁹ El Primer Pilar, denominado, Comunidad Europea (CE), comprendía todas las actuaciones dirigidas a la consolidación del mercado interior -supresión de obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales-, a la Unión Económica y Monetaria -criterios de convergencia y entrada en funcionamiento del euro, acordado oficialmente en 1999, en circulación en 2002-, y a las bases para la unión política y la ciudadanía europea. El Segundo Pilar, Política exterior y Seguridad común, tenía por objetivo dotar de mayor identidad a la Unión en la acción exterior, con diseño de políticas comunes. Por último, el Tercer Pilar, denominado Política interior y Justicia, buscaba una mayor cooperación entre los Estados miembros pero manteniendo cada uno competencias sobre estas materias.

¹⁶⁰ Nuevo Título VI bis del TUE, artículos k15 a k17. Reglas específicas para la Comunidad Europea (art. 5 TCE) y para la Política exterior y seguridad Común (k12 y k13 del TUE). Vid., MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "La flexibilidad en el Tratado de Ámsterdam: especial referencia a la noción de cooperación reforzada", Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año 2, nº 3, 1998 p. 219.

¹⁶¹ Helmut KOHL (1930) fue Canciller de Alemania en el periodo 1982-1998 (a partir de 1990 de la Alemania unida) y líder del partido conservador UDC (Unión Demócrata Cristiana). Jacques CHIRAC (1932) es un político francés, afín a la derecha parlamentaria, con amplia trayectoria política. Fue Primer Ministro (1974-1976 y 1986-1988) y Presidente de la República (1995-2007).

reforzadas, supuso que se elaboraran doctrinalmente, entre otros¹⁶², los siguientes modelos: “Europa a la Carta¹⁶³”, “Europa de varias velocidades¹⁶⁴” y “Europa de geometría variable¹⁶⁵”.

B.- Libertad, Seguridad y Justicia.- El Tratado de Ámsterdam de 1997 introdujo menciones a nuevos valores y principios generales que debían informar su actuación en el ámbito de los tres Pilares de la Unión Europea. En este sentido, el Tratado de Ámsterdam dio una nueva redacción al artículo F del TUE, situando los nuevos valores en el pórtico de la Unión: *“La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de derecho, principios que son comunes a los Estados miembros”*. A su vez, el apartado segundo de esta disposición, el artículo 6 TCE¹⁶⁶, versión consolidada por el Tratado de Ámsterdam, establecía

¹⁶² MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La flexibilidad en el Tratado de Ámsterdam...”, cit., p. 211, identifica otros denominados “núcleo duro” y “círculos concéntricos”.

¹⁶³ El modelo “Europa a la Carta” niega que exista un destino común y la actitud hacia el acervo comunitario se manifiesta gráficamente en *“pick and choose”* donde el Estado coge exclusivamente aquello que le interesa. Ejemplo claro de la exclusión británica del Acuerdo sobre política social de 1992. El modelo de “Europa a la carta” había sido apadrinado por John MAYOR (Primer Ministro británico 1990-97) y rechazado de plano por el Parlamento Europeo en Resolución de 28.09.1994 (DOCE C 305 de 31.10.94, pp. 52-53). Según BLANPAIN, R., HEPPLÉ, B., SCIARRA, S., y WEISS, M., “Derechos sociales fundamentales: propuesta para la Unión Europea”, Revista Española de Derecho del Trabajo, Civitas, nº 74, nov.-dic. 1995, pp. 873-883, el modelo de “Europa a la carta” crea una complejidad y una diversidad innecesarias. El modelo es peligroso y totalmente inaceptable.

¹⁶⁴ El concepto “Europa a diferentes velocidades”, que proviene del Informe TINDEMANS, se articula sobre la idea de que no todos los Estados pueden ir franqueando las distintas etapas de la construcción europea al mismo ritmo. Es una simple cuestión de calendario. Los Estados, admitiendo un destino común, pueden adoptar el ritmo que más se adecue a sus posibilidades e intereses. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La flexibilidad en el Tratado de Ámsterdam...”, cit., p. 211. Según BLANPAIN, R., HEPPLÉ B., SCIARRA, S., y WEISS, M., “Derechos sociales fundamentales...”, op. cit., “este modelo sólo puede funcionar si existe una clara definición de los objetivos sociales específicos y también una declaración de los derechos sociales fundamentales. Cualquier medida en el ámbito de lo social, ya sea a nivel Comunidad, ya sea –sobre la base de la subsidiariedad- a nivel nacional o regional, no podrá violar esos objetivos y derechos fundamentales”.

¹⁶⁵ Conforme al modelo de “geometría variable”, intermedio entre los dos anteriores, todos los Estados participarían juntos en una serie de políticas o acciones. Para otras políticas o acciones, algunos Estados podrían ser autorizados a avanzar o profundizar más, mientras que otros lo eran a no participar parcial o totalmente.

¹⁶⁶ Art. 6 TCE, versión consolidada por Tratado de Ámsterdam- (anterior artículo F TUE 92: 1.- *“La Unión se basa en los principios de libertad democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de derecho; principios que son comunes a los Estados miembros”* (se añade en Ámsterdam); 2. *“La Unión respetará los derechos*

que debían respetarse los derechos fundamentales previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en las “*tradiciones constitucionales de los Estados miembros*”, como principios generales del Derecho comunitario. Así, en materia de protección y tutela de derechos fundamentales no tuvo el Tratado de Ámsterdam de 1997 mayores pretensiones, a salvo de que éstos fueran considerados principios generales del derecho comunitario, y de incidir en la necesidad de actuar para atajar discriminaciones¹⁶⁷ y de otras tímidas novedades¹⁶⁸, como el establecimiento de un nuevo procedimiento para sancionar posibles vulneraciones por parte de los Estados miembros¹⁶⁹. Junto a ello, se produjeron avances de gran complejidad en relación con la libre circulación de personas: desaparición de los controles en las fronteras intracomunitarias -Schengen- y adopción de medidas de compensación respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, refugio, la inmigración, la

fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y cómo resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembro como principios generales de Derecho Comunitario”.

¹⁶⁷ Art. 6 A TUE (art. 13 TCE) “*Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*”. Sobre las implicaciones que entonces planteó esta disposición GÓMEZ MUÑOZ, J. M., “Empleo, crecimiento y convergencia tras las reformas de Ámsterdam y la Cumbre de Luxemburgo (un análisis de la nueva Política social comunitaria en la Europa de la moneda única)”, Relaciones Laborales 7/1998, p. 74.

¹⁶⁸ En este sentido, BALLESTER PASTOR, M. A., “Los derechos sociales de la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales y el Tratado de Lisboa”, Actualidad Laboral, quincena del 1-15 sept. 2009, p 2. Menciona esta autora: la creación de un procedimiento específico en caso de violación por parte de un Estado miembro de los principios de la Unión (art. 7 TUE), cuya virtualidad real era puramente disuasoria; la configuración de un principio antidiscriminatorio multicausal cuyo contenido y alcance quedaba en manos del desarrollo establecido por las directivas comunitarias al respecto y que, por tanto, carecía de contenido efectivo (art. 13 TCE); el ajuste del principio antidiscriminatorio por razón de género a la doctrina jurisprudencial del TJCE largamente consolidada (art. 141 TCE); y la protección de datos personales estrictamente en el ámbito comunitario (art. 286 TCE).

¹⁶⁹ Sobre el nuevo procedimiento (arts. F1 TUE y 236 TCE) y las repercusiones del Tratado de Ámsterdam, *Vid.*, DONAIRE VILLA, F. J., “El Tratado de Ámsterdam y la Constitución”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 18, núm. 54, sept.-diciembre 1998, pp. 125 y ss. Según el nuevo procedimiento se permite al Consejo, por unanimidad, a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión, previo dictamen conforme del Parlamento Europeo, determinar si un Estado Miembro incumple grave y persistentemente los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos fundamentales y del Estado de derecho. Sobre la base de tal decisión, el Consejo, podrá aprobar por mayoría cualificada la suspensión de determinados derechos, incluidos los de voto de su representante en el Consejo.

prevención y la lucha contra la delincuencia¹⁷⁰. El Tratado de Ámsterdam de 1997 dio nuevo nombre al Tercer Pilar -de “Política interior y Justicia” a “Cooperación policial y Justicia en materia penal”- y, a su vez, atribuyó a la Comunidad o Primer Pilar nuevas competencias relativas a la entrada y circulación de personas en nuevo título en el TCE sobre visados, asilo, inmigración y otros¹⁷¹.

C.- La Unión y el ciudadano.- El Tratado de Ámsterdam incidió también en materias relativas a la ciudadanía europea acuñada por el Tratado de Maastricht de 1992. Se amplió la lista de derechos de los ciudadanos europeos, relativos principalmente al acceso a las Instituciones comunitarias¹⁷², y se aclararon los vínculos entre la ciudadanía europea y la nacional¹⁷³. El Tratado de Ámsterdam de 1997 introdujo también modificaciones diversas en las siguientes materias: empleo y política social; medioambiente -consolidación de la política de medioambiente, haciendo hincapié en el desarrollo sostenible-; salud pública -mejora de los instrumentos-, protección de los consumidores- aclaración de objetivos e integración en el resto de las políticas-;

¹⁷⁰ El Tratado de Ámsterdam resuelve la cuestión de la supresión de los controles fronterizos, sitúa buena parte de las medidas compensatorias bajo competencia comunitaria, reforma y rebautiza la antigua cooperación JAI, incorpora la cooperación Schengen a la Unión mediante arreglos flexibles y otorga un Estatuto especial a Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. Sobre el tema, DONAIRE VILLA, F. J., “El Tratado de Ámsterdam...”, cit., pp. 139-144.

¹⁷¹ Lo más destacable es que el Tratado de Ámsterdam sirvió para poner plazo a la adopción de iniciativas normativas de derecho derivado en materia de asilo, refugio e inmigración, lo que da muestras inequívocas del interés de la Unión Europea por la pronta contención de los flujos de inmigración ilegal. Sobre las modificaciones relativas al binomio seguridad-libertad (libre circulación de personas y política migratoria común). GÓMEZ MUÑOZ, J. M., “Empleo, crecimiento y convergencia tras las reformas de Ámsterdam y la Cumbre de Luxemburgo (un análisis de la nueva Política social comunitaria en la Europa de la moneda única)”, Relaciones Laborales 7/1998, pp. 75-81.

¹⁷² El artículo 21 TCE, versión consolidada por el Tratado de Ámsterdam de 1997, reconoce el nuevo derecho a dirigirse al Parlamento Europeo, al Consejo, a la Comisión, al Tribunal de Justicia, al Tribunal de cuentas, al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones o al defensor del Pueblo, en cualesquiera de las doce lenguas de los Tratados y el derecho a recibir una respuesta redactada en la misma lengua.

¹⁷³ Art. 17.1 TCE, versión consolidada 1997: “Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional”.

subsidiariedad¹⁷⁴, transparencia y calidad de la legislación.

D.- Política exterior.- De cara al objetivo pretendido de reforzar la presencia internacional de la Unión Europea y defender sus intereses, se produjeron modificaciones en el ámbito de la Política exterior o Segundo Pilar. En este sentido, se clarificaron los instrumentos de actuación preexistentes y, como novedad, se introdujo la posibilidad de concluir acuerdos con terceros países u organizaciones internacionales. A su vez, los procedimientos y mecanismos decisorios se acercaron a los comunitarios¹⁷⁵, se creó la figura del Alto representante de la PESC y se comenzó a definir, si bien progresivamente, una política de defensa común como parte de la política exterior de la Unión Europea. No obstante, la nueva regulación mantuvo el carácter intergubernamental, distinta o separada de la política exterior de la Comunidad.

E.- Reformas Institucionales.- El Tratado de Ámsterdam vino a introducir reformas que afectaban al funcionamiento de las principales Instituciones comunitarias y a sus órganos auxiliares como el Tribunal de Cuentas, el Comité de Regiones y el Comité Económico y Social Europeo. En cuanto a este último organismo, se ampliaron las materias sometidas a Dictamen¹⁷⁶ y se aceptó que fuera consultado también por el Parlamento Europeo¹⁷⁷. En cuanto al Parlamento Europeo, no se acogieron viejas aspiraciones relativas a una mayor atribución de competencias¹⁷⁸ pero sí se reformaron los procesos decisorios: reforma de la

¹⁷⁴ Protocolo núm. 30 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (1997).

¹⁷⁵ Se extiende la mayoría cualificada a nuevos supuestos que antes se decidían por unanimidad (Acciones y posiciones comunes basadas en una Estrategia común) y se introduce la mayoría simple para cuestiones de procedimiento. Como novedad, comprende las denominadas misiones PETERSBERG de tipo humanitario, de rescate, de mantenimiento de la paz y de prevención y gestión de crisis. DONAIRE VILLA, F. J., "El Tratado de Ámsterdam...", cit., p. 132.

¹⁷⁶ Serán sometidas a Dictamen: el nuevo ámbito sobre empleo (orientaciones sobre las políticas de empleo y medidas incentivadoras), política social (arts. 118.2 y 118.3 TCE) e igualdad de oportunidades (art. 119 TCE).

¹⁷⁷ Superando viejos recelos hacia el Comité Económico y Social que le impedían una relación directa con el Parlamento Europeo. MANGAS MARTÍN, A., "La reforma institucional..." cit., p. 36.

¹⁷⁸ El Parlamento Europeo venía reivindicando más control sobre el nombramiento de la Comisión, en relación con la designación de su Presidente. Tampoco se acogieron sus aspiraciones en torno a su participación en el nombramiento de los miembros del TJCE, TPI, Tribunal de Cuentas. Ni siquiera el Parlamento Europeo reivindicó en esta ocasión su petición

co-decisión¹⁷⁹ (extensión a otras materias y simplificación¹⁸⁰), dictamen consultivo y dictamen conforme, al objeto de hacer el proceso normativo más transparente, sencillo y democrático. Ahora bien, como señalara la doctrina, existían aún importantes áreas de actuación que escapaban del necesario control democrático del Parlamento Europeo¹⁸¹.

En cuanto al Consejo, ni se solucionaron algunos de sus más importantes problemas, como la rotación de presidencias, la coordinación de los trabajos y la agilidad en una Europa ampliada, ni se resolvió con carácter definitivo el tema de la ponderación de voto¹⁸². Ello no obstante, sí se produjeron reformas

reiterada de participar en la iniciativa legislativa. MANGAS MARTÍN, A., "La reforma institucional...", cit., pp. 11-12.

¹⁷⁹ Pasaron a ser objeto de co-decisión: no discriminación (antes cooperación); ciudadanía (antes dictamen conforme); seguridad social (antes consulta simple); establecimiento y servicios (antes simple consulta); transportes (antes cooperación); política social (antes cooperación); Fondo social europeo (antes cooperación); redes transeuropeas (antes cooperación); aplicaciones de decisiones FEDER (antes cooperación); medioambiente (antes cooperación); cooperación al desarrollo (antes cooperación). Además, en las nuevas materias reguladas por el Tratado de Ámsterdam, se estableció la co-decisión en las siguientes materias: empleo, cooperación aduanera, igualdad de oportunidades y de trato, salud pública, principios generales de transparencia, lucha contra el fraude, estadísticas y protección de datos.

¹⁸⁰ A partir de la aprobación del Tratado de Ámsterdam de 1997 iba a ser posible cerrar el procedimiento en la primera lectura si hubiera acuerdo entre el Consejo y el Parlamento Europeo (art. 198.2 TCE).

¹⁸¹ MANGAS MARTÍN, A., "La reforma institucional...", cit., p. 15. Esta autora llama la atención sobre el hecho de que aunque los logros hayan sido positivos, hay aún algunos aspectos -de la política agrícola y de pesca, de la política comunitarizada sobre asilo e inmigración y de la política comercial, junto a los que afectan a la unión monetaria- que escapan del control democrático. En este sentido dice que "especialmente grave es que las normas que se adopten con base en el artículo 235 no han sido cubiertas por el control democrático del procedimiento legislativo parlamentario, ni tan siquiera mediante el dictamen conforme". Junto a ello, señala la autora (p.18) que se mantiene el problema de la comitología: en los ámbitos en que el Consejo hace una atribución del ejercicio de las competencias de ejecución a favor de la Comisión se produce un vacío de participación del Parlamento Europeo en la fase de seguimiento del ejercicio de las competencias atribuidas. Falta de paridad institucional entre el Consejo y el Parlamento Europeo. La autora aborda también el problema de la participación de los Parlamentos nacionales (pp. 19-23) con interesantes aportaciones.

¹⁸² Según MANGAS MARTÍN, A., "La reforma institucional...", cit., p. 26, la ponderación de voto es tema central de la CIG 96 y el símbolo de su fracaso. El sistema del voto ponderado premia a los Estados pequeños y medios, en especial a los divididos. Se trataba entonces de restablecer los equilibrios de cara a la futura ampliación de la Unión Europea a los PECOS. El problema de la ponderación del voto fue reenviado a la siguiente CIG además vinculado al problema de reducción de comisarios -la reducción de Comisarios a uno por Estado miembro sólo será posible si se ha acordado por todos una nueva ponderación o un sistema dual de doble mayoría de Estados y pueblos-. El Tratado de Ámsterdam prorroga la vigencia del compromiso de Ioannina mediante el cual se permite al Consejo seguir negociando, aun teniendo la mayoría cualificada, en caso de que Estados que reúnan de 23 a 25 votos tengan intención de oponerse a la decisión.

significativas relativas a la extensión del voto por mayoría cualificada, materia vinculada a la ponderación del voto¹⁸³.

En cuanto a la Comisión, la reforma de Ámsterdam de 1997 supuso que se introdujeran reformas en su estructura y funcionamiento¹⁸⁴. En cualquier caso, la composición de la Comisión era un problema tan delicado como la ponderación de voto en el Consejo y también vinculada a esta cuestión, por lo que ambas cuestiones quedaron pendientes de resolución de cara a la futura ampliación de la Unión Europea.

En cuanto al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, se amplió el ámbito de su jurisdicción, como consecuencia de la comunitarización de las normas sobre fronteras, inmigración, asilo, sistema de Schengen y del Tercer Pilar¹⁸⁵, y se introdujeron dos tímidas reformas: la primera, relativa a la ampliación de la legitimación activa ante el Tribunal de Cuentas y, la segunda, sobre la competencia del Tribunal ante violaciones de los derechos fundamentales por actos de las Instituciones comunitarias -sin novedad en el fondo de esta cuestión¹⁸⁶-.

Fue una compensación de consuelo dada a España con carácter temporal, entonces, hasta llegar a un acuerdo en la Conferencia Intergubernamental de 1996.

¹⁸³ Se introdujo el voto por mayoría cualificada en menos materias de las pretendidas precisamente porque la extensión del voto por mayoría cualificada se hacía depender a la reforma del sistema de ponderación de voto.

¹⁸⁴ Se refuerza al Presidente, reconociéndole cierta influencia en la designación de los miembros de la Comisión (art. 158.3 TCE) y la capacidad de dar una orientación política al ejercicio de las funciones de la Comisión (art. 163.1 TCE). Dice MANGAS MARTÍN, A., "La reforma institucional...", cit., p. 32: "el hecho de que no haya una adecuada delimitación entre lo legislativo y lo ejecutivo en el complejo sistema institucional y jurídico comunitario permite a la Comisión moverse en la ambigüedad tratando de ampliar su rol ejecutivo en el que tiene vocación natural pero sin poder impedir las interferencias de otras Instituciones".

¹⁸⁵ Puede verse DEL VALLE GALVEZ, A., "Las nuevas competencias del TJCE tras el Tratado de Ámsterdam", Noticias de la Unión Europea, número 186, 2000, pp. 10 y ss.

¹⁸⁶ Argumenta MANGAS MARTÍN, A., "La reforma institucional...", cit., p. 34, "novedad, novedad, no hay ninguna". El nuevo párrafo d del artículo L establece que el TJCE tendrá jurisdicción respecto al artículo F2 "en la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas". Esto es lo que venía existiendo interpretando con buena lógica el derecho en vigor...(…) esa competencia la venía ejerciendo el TJCE desde 1974 (sentencia Nold)".

4.2.- La política social europea a partir del Tratado de Ámsterdam: la prioridad del Empleo.- Las reformas operadas por el Tratado de Ámsterdam alcanzaron también a determinados aspectos de la política social europea. Bien es cierto, como confirmaba la presentación por la Comisión del Programa Agenda 2000¹⁸⁷ dos días después de la adopción del Tratado de Ámsterdam, en concreto el 15 de julio de 1997, que las prioridades de los Estados miembros se dirigían en estas fechas principalmente a prepararse para una futura gran ampliación¹⁸⁸ y a adecuar el marco financiero comunitario¹⁸⁹. Ello no obstante, por un lado, se incorporaron nuevos objetivos sociales a la Unión Europea, a sus tres Pilares regulados en el TUE (apartado A) y, por otro, se añadió un nuevo Título sobre empleo en el TCE (apartado B).

A.- Nuevos objetivos sociales para la Unión Europea.- El Tratado de Ámsterdam modificó el artículo 2 del TUE¹⁹⁰ para incorporar nuevos objetivos de carácter social. Lo que significó que se reconocieran en el ámbito de la Unión Europea, en sus Tres Pilares, que la Unión Europea tendría como objetivos: *“promover el progreso económico y social y un alto nivel de empleo”..conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible.. mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores y el fortalecimiento de la cohesión económica y social”*. En términos similares, el artículo 2 TCE-versión 97 fue redactado para acoger los

¹⁸⁷ Comisión Europea: Agenda 2000, Vol. II, El desafío de la ampliación, COM (97) 2000 final, Bruselas, 15 de julio de 1997. Puede verse también el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Comunicación de la Comisión "Agenda 2000", DO C 019 de 21.01.1998 p. 0111.

¹⁸⁸ En 1995 se habían incorporado Austria, Finlandia y Suecia, formándose la Europa de los quince. En la agenda 2000 se publicaron los Dictámenes de la Comisión sobre las solicitudes de adhesión de los PECOS. Ante las dificultades económicas, especialmente en el terreno industrial y medioambiental, se establecieron importantes ayudas económicas. En 2004 se produjo la adhesión de Hungría, Polonia, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Letonia, Lituania, Estonia, Malta y Chipre y, posteriormente, en 2007, las de Rumania y Bulgaria.

¹⁸⁹ La Agenda 2000 se divide en tres capítulos. En el primero se aborda el funcionamiento interno de la Unión Europea, la reforma de la PAC y del sistema de cohesión económica y social -Fondos estructurales y de cohesión-. El segundo, sobre la ampliación -la asociación para la adhesión y la participación de los países candidatos en los programas comunitarios-. El tercer capítulo constituye un estudio del impacto de la ampliación en las políticas de la Unión Europea.

¹⁹⁰ Art. 2 TUE-versión 1997: *“La Unión tendrá los siguientes objetivos: promover el progreso económico y social y un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado”*.

nuevos objetivos sociales de la Comunidad Europea¹⁹¹. Este reconocimiento de objetivos sociales, a ambos niveles Comunidades Europeas y Unión Europea, fue altamente apreciado por la doctrina, al considerarse que con ello se comenzaban a situar las cuestiones sociales a la misma altura que las estrictamente económicas o monetarias¹⁹². En especial, que se mencionara al más alto nivel el objetivo relativo a la consecución de un “*alto nivel de empleo*” supuso un cambio significativo con respecto a objetivos iniciales presentes en la creación de la Comunidad Económica Europea¹⁹³.

B.- Nuevo Título sobre Empleo.- Otra de las novedades de mayor relevancia del Tratado de Ámsterdam de 1997, en línea con la consecución del objetivo de lograr “*un alto nivel de empleo*” (artículo 2 TUE), consistió en la introducción de un nuevo Título, independiente de la política social, sobre empleo en el TCE-versión 1997 (artículos 125-130)¹⁹⁴. Esta nueva normativa sobre empleo constituía el primer punto de partida de la coordinación europea sobre

¹⁹¹ Art. 2 TCE-versión 1997: “*La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida y la cohesión económica y social entre los Estados miembros*”.

¹⁹² OJEDA AVILÉS, A., “La calidad social europea desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, Relaciones Laborales, tomo I, 1998, p. 245.

¹⁹³ Como señalara entonces GÓMEZ MUÑOZ, J. M., “Empleo, crecimiento y convergencia...”, cit., p. 72, por vez primera, la creación de empleo constituye uno de los medios destinados a la consecución de los objetivos de la Unión Europea, lo que nos permite decir que hay un redimensionamiento y reposicionamiento de la Política social comunitaria en la medida en que ésta deja de ser política subordinada de las otras políticas económicas para la integración, y pasa a ser una política más para la convergencia con un objetivo prioritario que es la creación de empleo, sin la cual la integración no es posible.

¹⁹⁴ La doctrina resaltó la importancia dada a esta materia por su ubicación en un Título independiente, el nuevo Título VIII del TCE-97 situado entre el Título VII relativo a la Política económica y monetaria y el Título IX sobre política comercial común. Pueden consultarse de aquella época: RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “De Maastricht a Ámsterdam...”, cit.; ORTIZ LALLANA, M. C., “La Unión Europea y las políticas activas de empleo”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, número 17, 1999, p 15 y ss; GALIANA MORENO, J., “Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº. 88, 1998, pp. 189-196; GÓMEZ MUÑOZ, J. M., “Empleo, crecimiento y convergencia...”, cit., p. 67; y otros más recientes: ORTIZ LALLANA, M. C., “El mercado laboral y las políticas sociales en Europa”, Ponencia general, XX Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño, 28 y 29 de mayo 2009.

las políticas de empleo nacionales. Ello sin perjuicio de que, con carácter anterior a la aprobación del Tratado de Ámsterdam -cuya entrada en vigor se dilató hasta 1999 por la necesidad de ratificación de los Estados miembros-, el empleo ya era una preocupación de máximo interés en el ámbito comunitario. En este sentido se había manifestado el Consejo en diversas ocasiones, por ejemplo, en la Recomendación de 7 julio de 1997 se habían establecidos objetivos principales y comunes -crecimiento, empleo y convergencia- que debían actuar como variables interdependientes (*“una tasa elevada de crecimiento no inflacionista..(..) creará un clima favorable para atacar el problema de empleo que existe en la Comunidad”*). También el Consejo Europeo, reunido en Ámsterdam el 16 de junio de 1997, se había pronunciado, mediante Resolución de dicha fecha¹⁹⁵, en favor de situar al empleo en el primer lugar de las preocupaciones políticas de la Unión Europea¹⁹⁶, estableciendo a su vez una serie de medidas u orientaciones a seguir, entre las que se encontraba la relativa a una mayor intervención económica en la creación de empleo por parte del Banco Europeo de Inversiones¹⁹⁷. Además, en paralelo a la adopción del nuevo Título sobre empleo en el TCE a partir de la reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Ámsterdam, los Estados miembros habían

¹⁹⁵ Resolución del Consejo Europeo sobre crecimiento y empleo, Ámsterdam, 16 de junio de 1997, DO C- 236 de 2.8.1997, p. 3.

¹⁹⁶ Punto 1 de la Resolución del Consejo Europeo sobre crecimiento y empleo de 16 de junio de 1997: *“Es imperativo dar un nuevo impulso para mantener decididamente el empleo en el primer lugar de las preocupaciones políticas de la Unión Europea. La unión económica y monetaria y el Pacto de estabilidad y crecimiento ampliarán las posibilidades del mercado interior y fomentarán un marco macroeconómico no inflacionario con bajos tipos de interés, estimulando de esa forma las condiciones para el crecimiento económico y las oportunidades de empleo”*.

¹⁹⁷ Punto 9 de la Resolución del Consejo Europeo sobre crecimiento y empleo, Ámsterdam, 16 de junio de 1997: *“Considerando que la misión del Banco Europeo de Inversiones como se estipula en el artículo 198 E del Tratado, es contribuir al desarrollo equilibrado y estable del mercado común en interés de la Comunidad, recurriendo a los mercados de capitales y a sus propios recursos, reconocemos el importante papel que el Banco Europeo de Inversiones y el Fondo Europeo de Inversiones desempeñan en la creación de empleo a través de oportunidades de inversión en Europa. Instamos al Banco Europeo de Inversiones a que intensifique sus actividades a este respecto, fomentando proyectos de inversión compatibles con las prácticas y los principios bancarios adecuados y que, en particular: estudie la creación de medios de financiación de proyectos de alta tecnología de las pequeñas y medianas empresas en cooperación con el Fondo Europeo de Inversiones, utilizando posiblemente capital de riesgo, con participación del sector bancario privado; estudie su ámbito de intervención en materia de educación, sanidad, entorno urbano y protección del medio ambiente; vaya incrementando sus intervenciones en materia de redes de grandes infraestructuras, y estudie la posibilidad de conceder préstamos a muy largo plazo, principalmente destinados a los grandes proyectos prioritarios adoptados en Essen”*.

participado en el diseño de lo que se vino a denominar la “Estrategia Europea de Empleo”, que se materializó en tres procesos o cumbres europeas: Consejo Europeo de Luxemburgo en 1997, de Cardiff en 1998 y de Colonia en 1999¹⁹⁸.

En la nueva normativa sobre Empleo que se recogía en el Derecho originario a partir de la reforma operada por el Tratado de Ámsterdam, se apoyaba fundamentalmente en la adopción de unas Directrices de empleo a nivel comunitario. Estas Directrices consistían en orientaciones anuales que los Estados miembros tenían que tener en cuenta a la hora de elaborar sus políticas de empleo. Ello con la finalidad de que la actuación comunitaria en materia de empleo fuera conjunta y coordinada, sin perjuicio de que cada Estado miembro seguiría siendo el responsable principal en la aplicación de las medidas. Estas Directrices, según lo dispuesto en el nuevo artículo 130 TCE-97, se adoptarían sobre la base de un Informe conjunto anual elaborado por el Consejo y la Comisión, por mayoría cualificada, previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo, al Comité de las Regiones y al Comité de Empleo¹⁹⁹. Siguiendo una propuesta irlandesa²⁰⁰, se habían trasladado criterios

¹⁹⁸ El Proceso de Luxemburgo de 1997 aspiró a reforzar la coordinación de las políticas de empleo nacionales. El Proceso de Cardiff de 1998 tuvo por objeto las reformas económicas necesarias para convertir el mercado único en un motor de creación de empleo y de fomento del espíritu empresarial y la competitividad. Reformas y modernización de la estructura económica para aumentar la capacidad de innovación y la eficacia de los mercados de bienes, servicios y capitales. El Proceso de Colonia de 1999 completó los anteriores con el Pacto Europeo por el empleo, que comprendía todas las medidas de las políticas de empleo en la Unión coordinación de políticas económicas y más diálogo macroeconómico entre el Consejo, el Banco Central Europeo, la Comisión Europea y los interlocutores sociales europeos para asegurar una mejora de la interacción entre evolución de salarios y política monetaria, un crecimiento estable y no inflacionista y la creación de empleo. Posteriormente, el Consejo Europeo de Lisboa de 2000 se centró en aumentar la coherencia entre los diversos procesos de coordinación y en la mejora de su estructura. Información obtenida de documentos de trabajo elaborados, con carácter interno, en el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social de España.

¹⁹⁹ Art. 130 TCE: “El Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo, creará un Comité de empleo de carácter consultivo para fomentar la coordinación entre los Estados miembros en materia de políticas de empleo y del mercado laboral. Las tareas de dicho Comité serán las siguientes: supervisar la situación del empleo y las políticas en materia de empleo de los Estados miembros y de la Comunidad; elaborar, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 207 (sobre COREPER) dictámenes a petición del Consejo, de la Comisión o por propia iniciativa, y contribuir a la preparación de las medidas del Consejo a las que se refiere el artículo 128 (medidas adoptadas por cada Estado miembro para aplicar su política de empleo). Para llevar a cabo su mandato, el Comité deberá consultar a los interlocutores sociales. Cada uno de los Estados miembros y la Comisión designaran dos miembros del Comité”.

²⁰⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “De Maastricht a Ámsterdam...”, cit., p. 7-8. A mediados de 1996, sin consenso en el seno de la CIG en materia de empleo, parecía fracasada la propuesta de un nuevo capítulo del Tratado dedicado al empleo, pero la presidencia irlandesa presentó un texto de compromiso muy cercano a la fórmula Essen, que acabó siendo aceptado en 1997 gracias

sobre la convergencia económica al objetivo de la creación de empleo²⁰¹. A su vez, en virtud de lo dispuesto en el artículo 129 TCE-versión 1997²⁰² se instaura en materia de empleo el actualmente denominado Método Abierto de Coordinación o producción de *soft law*²⁰³. Método que habría de dar cobertura jurídica a las mencionadas Directrices de empleo ya que, expresamente, se señalaba que se “*excluía*” la armonización en esta materia, optándose, en su lugar, por fomentar la cooperación entre Estados miembros, en el sentido del original artículo 119 del Tratado de Roma de 1957.

4.3.- Reconocimiento formal de las Cartas Sociales: la Carta Social Europea de 1961 y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989.- Otra las modificaciones más significativas que introdujo el Tratado de Ámsterdam en el Derecho originario en materia social se refiere a la adhesión o reconocimiento de la Comunidad Europea a los derechos sociales fundamentales previstos en las denominadas Cartas Sociales: la Carta Social Europea de 1961 (apartado A) y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989 (*remisión a Supra, cap. 1º, apartado II.2*). Por indicación del Tratado de Ámsterdam se insertaron, tanto en el Preámbulo del TUE²⁰⁴, como en el artículo

en parte a los cambios de dirección política en Francia y Gran Bretaña, y también a la presión social que impidió a Alemania mantener sus reservas sobre la incorporación de un capítulo de empleo.

²⁰¹ GÓMEZ MUÑOZ, J. M., “Empleo, crecimiento y convergencia...”, cit., p. 67.

²⁰² Art. 129 TCE: “*El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 TCE (co-decisión) y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, podrá adoptar medidas de fomento para alentar al cooperación entre los Estados miembros y apoyar la actuación de estos últimos en el ámbito del empleo, a través de iniciativas destinadas a desarrollar los intercambios de información y buenas prácticas, facilitar análisis comparativos y asesoramiento, así como promover planteamientos innovadores y evaluar experiencias, en particular recurriendo a proyectos piloto. Estas medidas no incluirán armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros*”.

²⁰³ En este artículo 129 TCE-versión 1997 se encuentra el origen del actual artículo 153.2.a TFUE (*Infra, cap. 3º, apartado I.2.2*).

²⁰⁴ “*Confirmando su adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989*”.

117 TCE, luego artículo 136 TCE²⁰⁵, relativo a la Política social, referencias expresas a la adhesión de la Comunidad Europea a los Derechos sociales fundamentales “como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989”. Esta remisión a las Cartas sociales carecía de valor jurídico alguno pero fue muy significativa como valor simbólico²⁰⁶, confirmándose con ella la inclusión de los derechos sociales en el *acquis* comunitario, aunque solo fuese como principio rector de la política social europea²⁰⁷. Así mismo dicha remisión ha de considerarse como antesala o impulso hacia la adopción posterior, en 2000, de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (*Infra, cap. 1º, apartado III.2*).

A.- la Carta Social Europea.- Esta Carta había sido adoptada en 1961 por el Consejo de Europa, organismo internacional de ámbito regional con sede en Estrasburgo, Francia, creado en 1949 por diez países europeos con el objeto de promover los derechos humanos y la democracia parlamentaria²⁰⁸. La Carta Social Europea se constituyó desde entonces como un importante referente

²⁰⁵ Art. 136 TCE: “La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero, y la lucha contra las exclusiones”.

²⁰⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “De Maastricht a Ámsterdam...”, cit., p. 4.: “Se trata de declaraciones sin garantías jurídicas expresas, pero que tienen un valor simbólico, legitiman acciones estatales y comunitarias, y son, sin duda, elementos significativos de interpretación”.

²⁰⁷ FERNÁNDEZ DO CAMPO, B., *La participación de los trabajadores en el Derecho social comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 38-40. GALIANA MORENO, J., “Aspectos sociales...”, cit., p. 191: “las menciones a la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989 no cambiaban el carácter meramente programático de la misma”.

²⁰⁸ En la actualidad el Consejo de Europa cuenta con cuarenta y siete Estados europeos miembros. Sus órganos principales son: 1.- el Comité de Ministros; 2.- la Asamblea parlamentaria donde sus miembros son designados por los Parlamentos nacionales. Entre sus funciones se encuentra la elección de su Secretario general, del Secretario General del Consejo de Europa, los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comisario para los Derechos Humanos; 3.- el Congreso de Poderes Locales y Regionales, que es órgano consultivo que representa a las autoridades locales y regionales; y 4.- la Secretaría general. En 1999 se creó la figura del Comisario para los Derechos Humanos como institución independiente no judicial. Más información en la página web del Consejo de Europa (coe.int).

internacional en materia de protección de derechos sociales fundamentales, a pesar de que sus modalidades de garantía no eran comparables²⁰⁹ a las previstas en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y la Libertades Fundamentales de 1950, en adelante Convenio Europeo de Derechos Humanos²¹⁰, emanado del mismo organismo internacional, el Consejo de Europa. La Carta Social Europea fue revisada en 1996²¹¹. Dicha revisión se inspiró claramente en normativa y jurisprudencia comunitaria e introdujo, además, un interesante sistema de control a través de un nuevo Comité Europeo de Derechos Sociales con competencia para conocer reclamaciones colectivas en materia social²¹². Puesto que no todos los Estados miembros de la Unión Europea habían ratificado la Carta Social Europea revisada en 1996, la remisión a esta Carta Social se hace en el Derecho originario a la versión original de 1961 y no a la Carta Social Europea revisada en 1996. A pesar de que la Carta Social no ha sido ratificada por todos los Estados miembros de la Unión Europea, ni la

²⁰⁹ Por esta razón se le denominaba a la Carta Social Europea, la “hermana pobre” del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa establecía, en Dictamen de septiembre de 1953, que “*debería constituirse en el ámbito social un homólogo del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y la libertades Fundamentales*”. AKANDJI-KOMBE, J. F., “Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década”, UNED, Revista de Derecho Político, nº 67, 2006, p. 387.

²¹⁰ El Convenio Europeo de Derechos Humanos fue firmado en Roma en 1950 y entró en vigor en 1953. Como se verá (*Infra, cap. 1º, apartado IV.4.2*), el Tratado de reforma de Lisboa prevé la futura adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos (nuevo art. 6.2 TUE). Esta adhesión, que no supone su acceso al Consejo de Europa, presenta una importante problemática, tanto desde el punto de vista de la Unión como desde el Consejo de Europa de enorme transcendencia jurídica y jurisdiccional.

²¹¹ La Carta Social Europea revisada se firmó en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 y entró en vigor en 1999. Las principales innovaciones fueron: derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, sin discriminación por razón de sexo (art. 20), derecho de los trabajadores que tengan cargas familiares a una igualdad de trato (art. 27); derecho a la información y consulta (art. 21); derecho a participar en la determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo (art. 22); derecho a protección en caso de despido (art. 24); derecho a protección en caso de insolvencia del empleador (art. 25); derecho a la dignidad en el trabajo (art. 26); derechos de los representantes de los trabajadores a protección y facilidades (art. 28); derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (art. 29); derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30); derecho a la vivienda (art. 31). *Vid.*, BELORGEY, J. M., “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de derechos sociales”, UNED Revista de Derecho Público, nº 70, 2007, pp. 350-1.

²¹² A partir de la adopción del Protocolo adicional a la Carta Social Europea de 1995, en vigor en 1998, y siempre que un Estado o Parte contratante haya aceptado su jurisdicción, el Comité Europeo de Derechos Sociales, que entraría en funcionamiento en 1998, va a tener competencia para conocer y pronunciarse sobre reclamaciones colectivas que provengan de organizaciones sindicales nacionales o internacionales y de determinadas organizaciones.

original ni la revisada, ni por todos los Estados que forman parte del Consejo de Europa, que tampoco están obligados a suscribir todos los artículos de la Carta²¹³, la remisión a la misma en el Derecho originario fue considerada como altamente significativa. Ello porque dicha remisión supuso el reconocimiento de determinados derechos sociales colectivos, al menos en el plano internacional, por los todos los Estados miembros de la Unión Europea; por ejemplo, los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva reconocidos en el artículo 5 de la Carta Social Europea de 1961²¹⁴.

4.4.- Reunificación del Derecho social comunitario y confirmación del diálogo social europeo como fuente normativa.- Quizás la novedad más relevante que se produjo en el ámbito social a partir de la reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Ámsterdam fuera la confirmación del diálogo social como fuente normativa a partir de la reunificación del Derecho social comunitario, entendiendo que éste se encontraba disperso en el Acuerdo sobre política social de 1992 y en los Tratados originarios. Así, como ya se dijo, por indicación del Tratado del Ámsterdam de 1997, el contenido del Acuerdo sobre política social anejo al Tratado de Maastricht de 1992 pasó al texto del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que a su vez fue re-numerado: el anterior artículo 117 TCE pasó a ser el nuevo artículo 136 TCE; en la actualidad, el Tratado de Lisboa de 2007 ha vuelto a renumerarlo y es ahora el artículo 151 TFUE.

El, entonces, nuevo artículo 136 del TCE-versión consolidada 1997 abría el Título XI relativo a la Política social, de educación, de formación profesional y de juventud, y establecía que *“la Comunidad Europea y los Estados miembros,*

²¹³ Como se verá, el mecanismo de acceso a la Carta Social Europea permite ratificaciones a la carta, a salvo de la obligatoriedad de suscribir determinados artículos o núcleo duro de la Carta (*Infra, cap. 3º, apartado I.1.2*).

²¹⁴ En el artículo 5 de la Carta Social Europea de 1961 se establecía: 1.- el derecho de libertad sindical (*“para garantizar o promover la libertad de los trabajadores y empleadores de constituir organizaciones locales, nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y de adherirse a esas organizaciones, las partes contratantes se comprometen a que la legislación nacional no menoscabe esa libertad, ni se aplique de manera que pueda menoscabarla..(..)”*); y 2.- el derecho a la negociación colectiva (*“para garantizar el ejercicio efectivo a la negociación colectiva, las partes contratantes se comprometen a: a).- favorecer la concertación paritaria entre trabajadores y empleadores; b).- a promover (..) el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre empleadores u organizaciones de empleadores, de una parte, y organizaciones de trabajadores, de otra”*).

teniendo presentes las Cartas sociales anteriormente mencionadas, tendrán como objetivo determinadas materias de carácter social". Las materias que se citaban se correspondían exactamente con las mencionadas en el artículo 1 del Acuerdo sobre política social²¹⁵, a salvo de una importante coletilla rescatada del original artículo 117 del Tratado de Roma de 1957: *"a fin de su equiparación por la vía del progreso"*. Por lo demás, el artículo 136 TCE-versión 1997, establecía que para alcanzar dichos objetivos (sociales) había que atenderse a la *"diversidad de las prácticas nacionales"* y a la *"necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Comunidad"*. Y, seguía el mencionado el artículo 136 TCE-versión 97, con la misma redacción que el original artículo 117 del Tratado de Roma de 1957, que la actuación en materia social *"resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el presente Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas"*. Es decir, se mantiene la redacción original del artículo 117 del Tratado de Roma de 1957 y los problemas de interpretación y de delimitación de competencias que ya se mencionaron (*Supra*, cap. 1º, apartados I.2 y I.2.5).

Los siguientes nuevos artículos del TCE-versión 97, artículos 137-140, reproducen el contenido del Acuerdo sobre política social de 1992 con las siguientes precisiones:

Primera.- La clasificación de materias del ámbito social, que se realiza en función de las vías o instrumentos para actuar sobre las mismas, el tipo de voto,

²¹⁵ Las materias eran las siguientes (art. 136 TCE-versión 97): el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo *"a fin de su equiparación por la vía del progreso"* -rescatado por el Tratado de Ámsterdam de 1997 del original artículo 117 del Tratado de Roma-, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

unanimidad²¹⁶ o mayoría cualificada²¹⁷ según las materias, así como la relación de materias excluidas del ámbito competencial de la Comunidad²¹⁸, permanece tal y como fue diseñada en el Acuerdo sobre política social de 1992 (*Supra*, cap. 1º, apartado II.3.3). Básicamente permanece este diseño en la actualidad, a salvo de ligeras modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa de 2007 (*Infra*, cap. 1º, apartados IV.2 y IV.3).

Segunda.- Con respecto a los procedimientos legislativos, el TCE-versión 97, en consonancia con las modificaciones de carácter general introducidas por el Tratado de Ámsterdam de 1997, en concreto, las reformas institucionales (*Supra*, cap. 1º, apartado II.4.1), se remite a un nuevo artículo 251 TCE relativo a la co-decisión del Parlamento Europeo, en lugar de la cooperación prevista en el antiguo artículo 189 C TCE.

Tercera.- No se produjeron cambios significativos en materia de diálogo social y negociación colectiva: en el TCE-versión 1997, artículos 137.4, 138 y 139, se reproducen literalmente las previsiones contenidas en los artículos 2.4, 3.4 y 4 del Acuerdo sobre política social de 1992 que, cómo se ha dicho, a salvo de pequeñas modificaciones, es la regulación vigente en esta materia (*Infra*, cap. 3º, apartado I.2.2). La incorporación de las disposiciones del Acuerdo de 1992 sobre Acuerdos sustitutorios y Acuerdos transitorios al Derecho originario significó que, finalmente, el diálogo social se confirmara no sólo como objetivo

²¹⁶ Se va a requerir la unanimidad del Consejo, según el nuevo artículo 137.3 TCE-versión 97, en los siguientes ámbitos: seguridad y protección social; protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, “*sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6*”, relativo a materias excluidas; condiciones de empleo de los nacionales que residan legalmente en el territorio de la Comunidad; y contribuciones financieras dirigidas al fomento del empleo y a la creación de empleo, sin perjuicio de las disposiciones relativas al Fondo Social Europeo.

²¹⁷ Según el artículo 137.1 TCE-versión 97, se va a requerir mayoría cualificada para actuar en los siguientes ámbitos: la mejora del entorno de trabajo, para proteger la salud y seguridad de los trabajadores; las condiciones de trabajo; la información y consulta de los trabajadores; la igualdad de oportunidades en el mercado laboral y la igualdad de trato en el trabajo entre hombres y mujeres; y la integración de las personas excluidas del mercado laboral.

²¹⁸ En este sentido, el artículo 137.6 TCE-versión 97 también reproduce lo dispuesto en el artículo 2.6 del Acuerdo sobre política social: “*las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal*”.

comunitario²¹⁹ sino también, además, como instrumento de actuación, y como auténtica fuente normativa del Derecho comunitario.

Cuarta.- La incorporación del contenido del Acuerdo sobre política social de 1992, suscrito a once Estados miembros, al Derecho originario confirmaba el diseño de la Europa social para quince Estados miembros, superándose así una importante etapa de fragmentación -Acuerdo sobre política social de 1992 y Tratados de la Comunidad Europea y Tratado de la Unión Europea- del Derecho social comunitario. Ello sin perjuicio de que hubiera sido deseable, no una incorporación literal del Acuerdo sobre política social de 1992, sino que se debería haber aprovechado esa oportunidad para mejorar y clarificar las vías o instrumentos de actuación comunitaria en materia social y además para coordinar su contenido con el resto de preceptos del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

III.- TERCERA ETAPA.- TENTATIVAS DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

1.- Hechos que condicionaron la política europea en la década de los años 2000.- En la evolución del Modelo social europeo ha de destacarse como tercera etapa el periodo que abarca la década de los años 2000. Con carácter general puede afirmarse que la política europea durante estos años vino marcada por tres hechos fundamentales: En primer lugar, la ampliación de la Unión a los países del este y centro de Europa, que se produciría en dos fases: en mayo de 2004 se incorporarían Hungría, Polonia, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Letonia, Lituania, Estonia, Malta y Chipre y, posteriormente, en enero de 2007, se incorporaron Rumania y Bulgaria²²⁰. En segundo lugar, durante esta etapa se hizo necesario en mayor medida afianzar la presencia de Europa en el mundo. Determinados acontecimientos mundiales

²¹⁹ Artículo 2 TCE-versión de 1997.

²²⁰ La expansión geográfica de la Unión Europea ha sido una constante a lo largo de su historia; incluso uno de sus objetivos fundamentales pues significaba expansión del mercado, incremento de intercambios comerciales, apoyo mutuo y fortalecimiento de Europa. El pasado 1 de julio de 2013 se incorporó la República de Croacia a la Unión Europea.

como los ataques terroristas a las Torres Gemelas de Nueva York el 11-M-de 2001, las guerras de Afganistán en 2001 y de Irak en 2003, y otras catástrofes, pusieron de manifiesto la necesidad de conciliar encontradas posturas entre los Estados miembros para hacer efectivo el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia diseñado por el Tratado de Maastricht en 1992²²¹. En tercer lugar, durante esta etapa se aprecia también una mayor exigencia por atajar el déficit democrático en el ámbito europeo. Como antesala a la mayor crisis económica y financiera de la historia de la Unión, que comienza en 2007, los ciudadanos exigen una mayor participación en los procesos políticos de integración, tanto en los ámbitos de actuación de las Instituciones comunitarias, como en los de sus propios Estados miembros.

La consecución de estos tres objetivos -ampliación, presencia de Europa en el mundo y atajar el déficit democrático-, vendría a condicionar el desarrollo de la política europea durante esos años, afectando sin duda a la evolución del Modelo social europeo. En junio de 1999, con la idea de dar legitimidad y visibilidad a Europa, se adoptó la decisión oficial, en el Consejo Europeo de Colonia, de elaborar una Carta de Derechos Fundamentales para la Unión Europea²²². La elaboración de esta Carta se encargó por vez primera a una Convención, un organismo compuesto por diversos tipos de representantes de los Estados miembros y de las Instituciones comunitarias, con el objeto de lograr la máxima transparencia en la elaboración de propuestas y en los debates, que fueron de acceso público a través de diversos mecanismos. Unos meses más tarde, durante el Consejo Europeo de Helsinki de 1999, se convocó una Conferencia Intergubernamental -CIG 2000-, que tendría por objeto resolver las cuestiones pendientes relativas a la ampliación de la Unión hacia el centro y este de Europa. En concreto, se trataba de abordar las reformas necesarias que habían quedado pendientes desde la adopción del Tratado de Ámsterdam de

²²¹ La intervención en Irak en 2003 provocaría una importante ruptura de consenso entre los principales países europeos. Algunos Estado miembros como Reino Unido y España apoyaron la intervención militar, mientras que otros, como Alemania y Francia, la condenaron por no contar con el aval de las Naciones Unidas.

²²² El Consejo Europeo fue creado en 1974 como foro informal de debate entre los Jefes de Estado o de Gobierno de la Unión Europea. Adquirió en 1992 un Estatuto oficial pero no es una Institución comunitaria -no se legaliza como tal- hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 (*Infra, cap. 1º, apartado IV.2.2*).

1997 y, entre éstas, eran significativas las relativas al funcionamiento de las Instituciones comunitarias. En el seno de dicha Conferencia Intergubernamental de 2000 se elaboraría el Tratado de Niza de 2001 cuyo objetivo fundamental, preparar a la Unión Europea de cara a su ampliación, en términos generales, se cumplió²²³.

Tanto la elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales por una Convención, como la elaboración del Tratado de Niza de 2001 en el seno de la Conferencia Intergubernamental de 2000, coincidieron en el tiempo, llevándose a cabo los trabajos de forma paralela. Así, en el Consejo Europeo más largo de la historia, el Consejo Europeo de Niza de 7-9 de diciembre de 2000: 1.- se proclamó formalmente la Carta de Derechos Fundamentales de 2000; 2.- se aprobó el Tratado de Niza de 2001, que no entraría en vigor hasta finalizar el proceso de ratificaciones en 2002; y 3.- se presentó la denominada Agenda Social Europea de 2000 que vendría a desarrollar los aspectos sociales de la Estrategia de Lisboa²²⁴.

La década de los años 2000 fue de gran actividad política en el ámbito comunitario. Las reformas que se introdujeron en el Derecho originario por el Tratado de Niza de 2001 fueron productivas, manteniéndose los equilibrios necesarios entre los intereses divergentes de los Estados miembros que hicieron posible llevar a cabo la gran ampliación hasta veintisiete Estados miembros; veintiocho tras la incorporación de la República de Croacia el pasado 1 de julio de 2013. No obstante, quedaban aún pendientes por resolver muchas cuestiones puntuales, todas ellas en el marco de un debate más amplio y profundo sobre el

²²³ GUTIÉRREZ ESPADA, C., "Una reforma difícil pero productiva: la revisión institucional en el Tratado de Niza", Revista de Derecho Comunitario Europeo, año 5, nº 9, 2001, p. 73; ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., "La reforma de las instituciones de la Unión Europea en la perspectiva de las ampliaciones", Información comercial española, ICE, Revista de Economía, nº 809, 2003 (ejemplar dedicado a la Quinta ampliación de la Unión Europea), p. 15.

²²⁴ La Estrategia de Lisboa, adoptada en el Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000, fijó un nuevo objetivo estratégico para la Unión Europea en el período 2000-2010: "*Convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social*". Estos objetivos iban a informar la política social a partir de 2000. Además, según esta Estrategia, el cumplimiento de los objetivos que conforman la misma "*se alcanzarían mejorando los procesos existentes e introduciendo un nuevo método abierto de coordinación*".

desarrollo futuro de Europa, como entidad política, tanto con respecto a sus ciudadanos como con respecto a su posición y papel en el mundo²²⁵. Serios intentos por avanzar en la consecución de estos objetivos vinieron de la mano de la convocatoria de una nueva Convención (sería la segunda de la historia) en 2002 que trabajaría durante un año, con la máxima transparencia, elaborando los trabajos preparatorios para una nueva Conferencia Intergubernamental en 2004 (CIG 2004). La CIG-2004 presentó en octubre de 2004 un nuevo Tratado constitucional o Constitución para Europa, iniciándose el proceso de ratificaciones en los Estados miembros.

El Tratado constitucional de 2004 fue rechazado por Francia, el 29 de mayo de 2005, y por Países Bajos, el 1 de junio de 2005, paralizándose a partir de ahí los procesos de ratificación en los restantes Estados miembros. La Unión Europea entró entonces, a mitad de la década de los años 2000, en un periodo de desorientación y desilusión por el proyecto europeo. Si bien, puesto que dieciocho de los entonces veintisiete Estados miembros de la Unión habían ratificado el Tratado constitucional de 2004, existía ya una base de consenso suficiente desde la que partir hacía delante. Después de varios años de *impasse*, el Consejo Europeo de Bruselas de junio 2007 aprobó un nuevo mandato de convocatoria de una Conferencia Intergubernamental -CIG 2007- que vino a elaborar un nuevo Tratado de reforma, el Tratado de Lisboa de 2007, que entraría en vigor el 1 de diciembre de 2009. Este Tratado de Lisboa vino a incorporar en el Derecho originario, que desde entonces comprenderían el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el contenido principal de aquel fracasado Tratado constitucional de 2004, lo que se denominó rescate selectivo. Finaliza la década de los años 2000 con la presentación por parte de la Comisión en 2010 de nuevos objetivos prioritarios en lo que se conoce como la Estrategia Europa 2020²²⁶, basada en

²²⁵ El propio Tratado de Niza de 2001, en su Declaración nº 23 reconocía la conveniencia de dicho debate: *“que debería ser más amplio que el de las tradicionales conferencias Intergubernamentales con participación de todas las partes interesadas: representantes de los Parlamentos nacionales y de todos los medios que reflejan la opinión pública, tales como los círculos políticos económicos, universitarios, representantes de la sociedad civil, etc.”*

²²⁶ COM (2010) 2020, Bruselas 3.3.2010. Una crítica constructiva sobre esta Comunicación en MAGNUSSON, L., “After Lisbon. Social Europe at the crossroads?”, European Trade Unions Institute, Working paper 2010.01, puede consultarse en la página web del Instituto (etui.org).

cinco objetivos prioritarios²²⁷, para lograr “*un crecimiento inteligente*²²⁸, *sostenible*²²⁹ e *integrador*²³⁰”, ante una Europa sumida en la mayor crisis económica de su historia.

2.- Segundo intento de constitucionalización de los derechos sociales: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.- La Carta de Derechos Fundamentales de 2000 fue proclamada formalmente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión en el Consejo Europeo de Niza en 2000. Esta Carta de Derechos Fundamentales de 2000 se incluía en el proyecto del fracasado Tratado Constitucional de 2004 con la intención de que formara parte del Derecho originario de la Unión Europea; es decir, con la intención de constitucionalización de determinados derechos fundamentales en el ámbito comunitario, incluidos los de carácter social. Sin embargo, no fue hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 que la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 adaptada, en adelante Carta de Derechos Fundamentales de 2007, “*adquiere el mismo valor jurídico que los Tratados*”, según se dispone en el vigente artículo 6.1 primer párrafo TUE²³¹, y que da lugar a diversas interpretaciones (*Infra, cap. 1º, apartado IV.3.1*).

²²⁷ Objetivos principales o prioritarios de la Unión hasta 2020: 1.- el 75 por 100 de la población entre 20 y 64 debería estar empleada; 2.- el 3 por 100 del PIB de la Unión Europea deberá ser invertido en I+D; 3.- debería alcanzarse el objetivo 20/20/20 en materia de clima y energía (incluido un incremento al 30 por 100 de la reducción de emisiones si se dan las condiciones para ello; 4.- el porcentaje de abandono escolar debería ser inferior al 10 por 100 y al menos 40 por 100 de la generación más joven debería tener estudios superiores completos; y 5.- el riesgo de pobreza debería amenazar a 20 millones de personas menos.

²²⁸ Desarrollo de una economía basada en el crecimiento y la innovación. Europa deberá actuar en innovación, educación, formación y aprendizaje a lo largo de la vida; sociedad digital.

²²⁹ Promoción de una economía que utilice más eficazmente los recursos, que sea verde y más competitiva. Europa deberá actuar en competitividad y luchar contra el cambio climático; energía limpia y eficaz.

²³⁰ Fomento de una economía con un alto nivel de empleo que redunde en la cohesión económica, social y territorial. Europa deberá actuar en empleo, cualificaciones y en la lucha contra la pobreza.

²³¹ En este sentido, el vigente artículo 6.1 primer párrafo TUE: “*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*”.

Interesa de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000, el análisis de los siguientes aspectos: En primer lugar, los antecedentes, la finalidad y el método de elaboración, en la denominada Convención-I, de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 (apartado 2.1). En segundo lugar, el contenido de la misma (apartado 2.2). En tercer lugar, se hará referencia a unas Explicaciones elaboradas por la Convención-I, relativas a la interpretación y aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 (apartado 2.3). Por último, se abordará el valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 (apartado 2.4).

2.1.- Antecedentes, finalidad y método de elaboración.- En cuanto a los antecedentes de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000, se suele hacer referencia a dos informes sobre derechos fundamentales elaborados por grupos de expertos europeos: el Informe PINTASILGO²³² y el Informe SIMITIS²³³. Aunque la decisión oficial de elaborar la Carta de Derechos Fundamentales se tomó en 1999, en el Consejo Europeo de Colonia, desde años atrás se venía reclamando que se redactara un documento que contuviera una relación de derechos fundamentales al estilo de las principales Constituciones europeas y codificaciones internacionales²³⁴. La elaboración de una Carta de Derechos Fundamentales respondía claramente a la necesidad, ampliamente demandada, de atender a la legitimidad de la Unión y de dar visibilidad a unos

²³² Informe "Por una Europa de los derechos cívicos y sociales", Bruselas, octubre 1995 –febrero 1996. Comité de sabios presidido por PINTASILGO, en el que destacaba la presencia española de GARCÍA DE ENTERRÍA.

²³³ Informe "Afirmación de los Derechos fundamentales en la Unión Europea. Ha llegado el momento de actuar", Bruselas, octubre 1999. Además de SIMITIS, contó con la presencia de 7 expertos entre los que se encontraba el español MARTÍN RETORTILLO.

²³⁴ SICILIA OÑA, B., *Derechos fundamentales y Constitución Europea*, Colección Derechos Humanos P. Francisco de Vitoria, Arateko, Victoria-Gasteiz, 2006, pp. 434-474; ALONSO GARCÍA, R., "La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea", *Gaceta jurídica de la Comunidad Europea y de la competencia*, nº 209, sep./octubre 2000, pp. 3-17; FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001; DE LA VILLA GIL, L. E. "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 32, 2001, pp. 13-34; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea: cuestiones pendientes tras la Carta de Niza", *Anuario Jurídico de La Rioja 2000-2001*, nº 6 y 7, pp. 387-427; RUBIO LLORENTE, F., "Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 64, 2002.

derechos fundamentales que formaban parte del patrimonio común de los Estados europeos. Mas allá del contenido concreto de dichos derechos, sus valores simbólico y político iban a ser muy importantes tanto en el seno de la Unión²³⁵, como de cara a las relaciones entre la Unión y el resto de los países, pues se consideraba que al exteriorizar sus valores, la Unión Europea podría afirmar y afianzar su posición en el mundo²³⁶.

En el plano geopolítico, fue significativo el contexto en el que se tomó la decisión oficial de elaborar la Carta de Derechos Fundamentales de 2000. Así, a finales de los años noventa se estaban produciendo los siguientes hechos: ampliación de la Unión Europea, introducción de la moneda única, guerra en los Balcanes, intervención en Irak, entrada en la OTAN de República Checa, Hungría y Polonia²³⁷, entre otros. En este contexto tuvo seguramente un peso muy importante la idea de dar visibilidad a un patrimonio común, histórico y cultural, de los Estados europeos que debía conformar un catálogo de los derechos fundamentales. Se trataba de hacer valer unos principios, una comunidad de valores, tanto de cara a la ampliación, como a la hora de reafirmar su posición y su liderazgo, político y militar, en Europa. No se trataba sólo de dar mayor visibilidad a los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión, sino también de atender a la legitimidad de la Unión, a su legitimidad como comunidad

²³⁵ En este sentido, las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Colonia (3 y 4 de junio de 1999), Anexo IV: *“la evolución actual de la Unión exige la redacción de una Carta de Derechos Fundamentales que permita poner de manifiesto ante los ciudadanos de la Unión la importancia sobresaliente de los derechos fundamentales y su alcance”*.

²³⁶ En palabras del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 20 de septiembre de 2000 sobre el asunto “Por una carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea” (SOC/013, CES 1005/2000): *“La Unión Europea entendida como espacio de libertad, seguridad y justicia, adquiere, por medio de una Carta de Derechos Fundamentales vinculante, una nueva dimensión de comunidad de valores inequívocos, formalmente reconocidos por la propia Unión Europea. El valor de este reconocimiento formal se acrecienta tanto a la luz de la futura ampliación como en el contexto de la globalización”*.

²³⁷ Estos tres países ingresan en la OTAN en marzo de 1999 y en la Unión Europea en mayo de 2004. En esta fecha se produce también el ingreso en la Unión Europea de Eslovaquia, Eslovenia, Letonia, Lituania, Estonia, Malta y Chipre. Todos ellos, salvo Malta y Chipre, ingresan en la OTAN en 2004, junto a Bulgaria y Rumania, que acceden posteriormente a la Unión Europea, en enero de 2007. Malta se une a la OTAN en 1995, es retirada en 1996 y de nuevo aceptada en 2008. En cuanto a Chipre, el enfrentamiento entre Turquía, que es miembro de la OTAN, y Grecia mantiene difícil la entrada de Chipre en la OTAN. Información obtenida de la página web NATO.org.

de valores en aras hacia su configuración como entidad política, como Espacio público común.

En cuanto al proceso de elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 se formó, por mandato del Consejo Europeo de Tampere en 1999, una Convención, denominada Convención I, pues en 2003 hubo otra, la Convención II (*Infra, cap. 1º, apartado III.5*). La Convención I recibió el encargo concreto de codificar los derechos fundamentales existentes, a partir de unas indicaciones acordadas en el Consejo Europeo de Colonia de 1999. Así, la Convención utilizó como base de trabajo una lista de derechos elaborada por su Secretaría a partir de dichas indicaciones²³⁸. Estas indicaciones sobre el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000, acordadas en el Consejo Europeo de Colonia de 1999, eran las siguientes: *“Esta carta deberá incluir: 1.- los derechos de libertad e igualdad y los principios procesales fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos y principios generales del derecho comunitario), así como 2.- los derechos básicos que corresponde únicamente a los ciudadanos de la Unión y, por último, 3.- se tendrán en cuenta también derechos económicos y sociales, del mismo modo que en la Carta Social Europea y en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, en cuanto no se limitan a fundamentar los objetivos de la actuación de la Unión*²³⁹”.

El hecho de que la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 fuera encargada a una Convención, por vez primera en el Derecho comunitario, fue muy significativo pues a los trabajos de éste órgano de 62 miembros y composición cuatripartita (16 representantes del Parlamento Europeo, 30 de los Estados miembros -dos por Estado miembro-, 15 de los

²³⁸ La Convención como base de trabajo utilizó una lista de derechos elaborada por su secretaría a partir del Derecho originario, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la declaración de derechos fundamentales del Parlamento Europeo y el informe del liberal belga DE GUCHT que adoptó el Parlamento Europeo en marzo de 1993. SICILIA OÑA, B., *Derechos fundamentales...*, op. cit., p. 94.

²³⁹ Las conclusiones del Consejo Europeo de Colonia de 3 y 4 de junio de 1999, como las correspondientes a cualquier otro Consejo Europeo, pueden verse en la página web de la Comisión Europea, ec.europa.eu.

gobiernos de los Estados miembros y 1 representante de la Comisión)²⁴⁰, podían unirse observadores, otras Instituciones comunitarias, organismos, grupos sociales y expertos. En este sentido el proceso de elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 fue muy abierto y participativo.

12.2.- Contenido.- La Carta de Derechos Fundamentales de 2000 constaba de cincuenta y cuatro artículos, organizados en siete capítulos, en torno a una serie de valores o principios, bajo la rúbrica de los cuales se agrupan derechos, principios y libertades. Procede detenerse en este punto en el contenido de la Carta, ya que es el mismo que permanece en la vigente Carta de Derechos Fundamentales de 2007 (*Infra, cap. 1º, apartado IV.4.1*)²⁴¹.

Título I.- Dignidad²⁴².

Título II.- Libertad: En este Título se prevén tanto derechos civiles, consagrados en las Constituciones de los Estados²⁴³, como otros derechos de

²⁴⁰ En el seno de la Convención se constituyó un *Praesidium* compuesto por 5 personas cuyo Vicepresidente fue el español MÉNDEZ DE VIGO.

²⁴¹ En la Carta de Derechos Fundamentales según fue proclamada en 2007, los Títulos sustituyen a los Capítulos. Sobre el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000, *Vid.*, Observatorio de Relaciones Industriales del Consejo Económico y Social, núm. 35, Diciembre 2000, pp. 1-2.

²⁴² Se reconocen: el derecho a la dignidad, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, y la prohibición de prácticas eugenésicas, en particular las que tienen por finalidad la selección de personas, la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo se conviertan en objeto de lucro, la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos, la prohibición de la pena de muerte, de la tortura, las penas o tratos inhumanos o degradantes, así como la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, con una expresa mención a la prohibición de la trata de seres humanos. Junto a los derechos de la persona de corte clásico, relativos al derecho a la vida y a la integridad física, incluidos en los convenios internacionales de derechos humanos, y en las Constituciones nacionales, aparecen nuevos derechos relacionados con los avances científicos en la biología.

²⁴³ Entre los derechos civiles se encuentra el derecho a la libertad y seguridad, a la protección de datos de carácter personal, a la vida privada y familiar, al domicilio y comunicaciones, a contraer matrimonio y a fundar una familia, la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de expresión y de información, de reunión y de asociación, la libertad de las artes, las ciencias y la libertad de cátedra y el derecho a la educación, en su doble vertiente, recibir e impartir educación. Junto a la educación obligatoria, se reconoce el derecho al acceso a la formación profesional y permanente. Además, junto al derecho a la propiedad privada, reconocido en términos similares a los de las Constituciones nacionales, con una expresa referencia a la propiedad intelectual, el Título se cierra con el derecho de asilo y la protección frente a las expulsiones colectivas que, como hace el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se prohíben, así como se prohíbe también la devolución, expulsión o extradición a un Estado en el que se corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

tipo social. Entre ellos, el derecho a acceder a la formación profesional, la libertad profesional y el derecho a trabajar así como la libertad de empresa. Además, se reconoce a los nacionales de terceros países, que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros, el derecho a “*unas condiciones equivalentes*” a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión²⁴⁴.

Título III.- Igualdad²⁴⁵: Junto a un reconocimiento genérico de igualdad ante la ley, se prevé una cláusula general de prohibición de toda discriminación, con un enunciado amplio y no exhaustivo, que se abre a otras posibles circunstancias no citadas expresamente. Se mencionan, en particular, la discriminación por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. En este Título se garantiza también la igualdad entre hombres y mujeres en todos los ámbitos y se reconoce expresamente la acción positiva o adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado. Por último, este Título se completa con el reconocimiento a los derechos del menor, de las personas mayores así como la integración de las personas con discapacidad.

Título IV.- Solidaridad: Bajo este enunciado se reconocen derechos sociales y económicos. Este Título fue el que creó mayores polémicas, que fueron salvadas con la fórmula añadida a los distintos artículos “*de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales*”. Derechos de claro contenido social se reconocieron en la Carta con sujeción a su actual nivel de protección en el Derecho comunitario y en los Tratados y las legislaciones y prácticas nacionales. Es el caso del derecho de los trabajadores y empresarios, o de sus organizaciones respectivas, a la negociación y a la

²⁴⁴ Lo que significa admitir eventuales diferencias de trato.

²⁴⁵ La prohibición de discriminación figuró entre los principales avances en materia de derechos debidos al Tratado de Ámsterdam, al incluir un nuevo artículo 13 en el TCE, para reconocer el principio de no discriminación. En virtud de este artículo se facultaba al Consejo a adoptar, por unanimidad, las acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, raza, etnia, religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. El principio, no limitado a su aplicación al ámbito social, es sin duda en dicho terreno donde puede tener mayor virtualidad. De hecho, sobre la base del artículo 13 del TUE se aprobaron en 2000 la Directiva 2000/43/CE y la 2000/78/CE.

acción colectiva, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas, incluida la huelga, derecho éste último tuvo que superar muchas dificultades para ser incluido en el texto. Con la misma remisión “*de conformidad con el Derecho comunitario y de acuerdo con las legislaciones nacionales*”, se reconoce el derecho a la protección en caso de despido injustificado, las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales -en caso de maternidad, enfermedad, accidentes laborales, la dependencia o la vejez así como la pérdida de empleo-, la ayuda social y la ayuda a vivienda para combatir la pobreza y la exclusión social, la atención sanitaria y el acceso a los servicios económicos de interés general. Sin esta sujeción, al menos en el texto, se reconoce el derecho al acceso a los servicios de colocación gratuitos y a unas condiciones de trabajo justas y equitativas que respeten la salud, la seguridad y la dignidad. El derecho de información y consulta de los trabajadores en la empresa, también se acoge “*con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales*”, mientras que la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social o la garantía de un alto nivel de protección del medio ambiente y de protección de los consumidores, se establecen sin esa concreta remisión. Por último, el capítulo relativo a los derechos económicos y sociales contiene una expresa prohibición: la del trabajo infantil, aunque no se fija una edad mínima de admisión al trabajo, pues únicamente se señala “*que no podrá ser inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria*”.

Título V.- Ciudadanía²⁴⁶;

Título VI.- Justicia²⁴⁷;

Título VII.- Disposiciones generales que regirán la interpretación y la aplicación de la Carta, entre las que destacaban, las siguientes²⁴⁸:

²⁴⁶ Se reconoce el derecho de voto y de elegibilidad a las elecciones del Parlamento europeo y a las elecciones municipales; el derecho a una buena administración; el derecho de acceso a los documentos; el derecho a recurrir al mediador europeo; el derecho de petición; la libertad de circulación y permanencia y el derecho a la tutela diplomática y consular.

²⁴⁷ En el apartado relativo a la Justicia se reconocen el derecho a un recurso efectivo y a un juez imparcial, la presunción de inocencia y el derecho de defensa; los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y de las penas, y el *non bis in idem*.

²⁴⁸ Puesto que su contenido varía ligeramente, a partir de los nuevos apartados 4, 5, 6 y 7 del artículo 52 de la Carta, se hará referencia a éste posteriormente (*Infra, cap. 1º, apartado IV.4.1*).

En primer lugar, en virtud del principio de subsidiariedad, las disposiciones de la Carta estaban dirigidas a las Instituciones, órganos y organismos de la Unión y a los Estados miembros *“únicamente cuando apliquen Derecho comunitario”*.

En segundo lugar, la Carta no ampliaba el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, ni creaba ninguna competencia o misión nueva, ni modificaba éstas.

En tercer lugar, se permitía que se introdujeran limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos *“cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de derechos y libertades de los demás”*.

2.3.- Primeras Explicaciones.- La Convención I elaboró y presentó, junto al texto principal, unas *“Explicaciones sobre la interpretación y aplicación de la Carta²⁴⁹”*. Estas primeras Explicaciones fueron posteriormente revisadas y modificadas en una segunda Convención formada en 2003²⁵⁰. Las segundas Explicaciones, y no las primeras del año 2000, son las utilizadas en la actualidad en la interpretación de la Carta de Derechos Fundamentales de 2007 que ha sido incorporada al Derecho originario por el Tratado de Lisboa. Como se verá, sorprendentemente, estas segundas Explicaciones forman parte del Derecho originario (*Infra, cap. 1º, apartado IV.4.1*).

2.4.- Valor jurídico.- La Carta de Derechos Fundamentales de 2000 se proclamó formalmente en el Consejo Europeo de Niza de 2000, en el mismo acto en el que se aprobaría el Tratado de Niza 2001. Que la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 fuera proclamada formalmente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión no significaba que obtuviera valor jurídico de ningún tipo. Bien es cierto que su proclamación causó una gran expectación y

²⁴⁹ Documento CHARTE 4473/00, Bruselas, 11 de octubre de 2000.

²⁵⁰ Documento CONV 828/1703, Bruselas, 18 de junio de 2003.

fue objeto de amplio debate y de análisis por la doctrina iuslaboralista²⁵¹. Lo más relevante de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 fue sin duda que con ella se daba mayor legitimidad al concepto de ciudadanía europea, al reunir en un mismo texto derechos civiles, políticos y sociales²⁵². En este sentido, la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000, a pesar de carecer de valor jurídico, fue considerada, mayoritariamente, como un paso adelante hacía la Europa social, hacía el Modelo social europeo que esta Carta pretendía fundamentar (*Infra, cap. 1º, apartado V.1*). Ello a pesar de sus carencias y sus limitaciones precisamente en punto al alcance de los derechos fundamentales de ámbito social que en ella se reconocen²⁵³. En este sentido, señalaba la doctrina, que la forma en la que estaban formulados la mayoría de los derechos sociales contenidos principalmente en el Título IV Solidaridad, acompañados del latiguillo “*de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales*”, limitaba su alcance²⁵⁴. Y, al extremo, criticando el uso del término Solidaridad, en punto a derechos sociales que pudieran materializarse en prestaciones concretas porque “-este término- sugiere que las prestaciones reconocidas serán más exiguas y tendrán menos

²⁵¹ BAQUERO CRUZ, J., “La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Ámsterdam”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 3, 1998, pp. 639-666; DAUBLER, W., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el derecho colectivo del trabajo”, *Revista de Derecho Social*, nº 17, 2002, pp. 13-24; DE LA VILLA GIL, L. E., “La Carta de Derechos...”, cit., pp. 13-34; GIL y GIL, J. L. y USHAKOVA, T., “Los Derechos sociales en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Relaciones Laborales* 8/2003 abril, pp. 93-118; HERREROS LÓPEZ, J. M., “El contenido social de la Carta de los Derechos Fundamentales”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares* nº 2005, 2004-2005, pp. 87-108.

²⁵² Los derechos sociales están unidos a la posición de ciudadano y constituyen un atributo fundamental de la ciudadanía como los demás derechos fundamentales, que se complementan entre sí de forma insoluble. RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “Los derechos sociales fundamentales y la Conferencia Intergubernamental”, *Relaciones Laborales* 1/1997, p. 58.

²⁵³ Entre las carencias más significativas, se echaba en falta el derecho a un ingreso mínimo, que se si incluye en la Carta Social Europea de 1961. Además, en punto a los derechos referidos a la protección de la familia, no se mencionaba el derecho de reagrupamiento familiar de los no residentes y, junto a ello, el derecho a buscar trabajo en cualquier país de la Unión Europea quedaba reservado a los trabajadores comunitarios. En otro orden de cosas, se prohibía el trabajo infantil pero no se fijaba la edad mínima de admisión al trabajo. Se establecía, a su vez, que el trabajador tenía *derecho “a la limitación máxima de trabajo y a periodos diarios y semanales de descanso”* pero no se fijaban límites a la jornada laboral.

²⁵⁴ ARIZA RICO, J., “La Carta de Derechos Fundamentales y la ciudadanía europea”, ejemplar multicopiado, Conferencia pronunciada en el Seminario sobre “Carta Social Europea y Derechos Humanos: un reto para la Comunidad andina”, Bogotá, 18 mayo de 2001.

garantías, pues la idea de solidaridad –con todo el respeto que merece- se refiere generalmente más a un tipo de relación en la que alguien se preocupa de forma altruista por las necesidades de otra persona, que a un reconocimiento a la persona necesitada de un derecho efectivamente exigible a determinadas prestaciones. Esta sospecha se confirma cuando se constata que parte de los derechos se formulan como acceso a servicios que no se sabe quien tiene que prestar o garantizar, o como ayudas o asistencia²⁵⁵”.

3.- Reformas institucionales de cara a la ampliación previstas en el Tratado de Niza de 2001.- En el año 1999, junto a la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 mediante una Convención, se convocó una Conferencia Intergubernamental -CIG 2000- para abordar las materias que habían quedado pendientes tras las reformas operadas en el Derecho originario por el Tratado de Ámsterdam de 1997. En el seno de dicha Conferencia Intergubernamental de 2000 se elaboró el Tratado de Niza de 2001. Este Tratado de reforma de Derecho originario tuvo como objetivo fundamental preparar a la Unión de cara a su ampliación.

El proceso de ampliación de la Unión hacía el centro y este de Europa comenzaría en el año 1993, en el Consejo Europeo de Copenhague, donde se acordaron los criterios de adhesión que iban a exigirse a los nuevos miembros, que fueron los siguientes: 1.- criterio político relativo a la existencia de instituciones estables garantes de la democracia, la primacía del Derecho, el respeto a las minorías y su protección; 2.- criterio económico referente a la exigencia de instaurar una economía de mercado visible y con capacidad para hacer frente a la competencia y a las fuerzas del mercado en el interior de la Unión Europea; y 3.- criterio de la asimilación del acervo comunitario o capacidad de asumir las obligaciones que se derivan de la adhesión y, en concreto, la de asumir los objetivos de la Unión política, económica y monetaria. Así, la pretendida ampliación a los países del este y centro de Europa, que se produciría

²⁵⁵ ESTÉVEZ ARAUJO J. A., “La carta de derechos de la Unión Europea y la dimensión social de la ciudadanía europea”, Revista El vuelo de Ícaro (Revista de Derechos Humanos, crítica política y análisis de la economía), nº 1, 2001, p. 152. “La elección de este rótulo para un capítulo donde se incluyen los derechos relativos a la seguridad social, la salud o la vivienda ya permite sospechar que se ha operado una rebaja en el contenido de dichos derechos.

en 2004 y posteriormente también en 2007, traería beneficios tanto para los nuevos socios como para los antiguos. Para los nuevos Estados miembros, la ampliación iba a suponer la transición desde una economía planificada a una de mercado, el asentamiento de sistemas democráticos y la necesidad de incorporar todo el acervo comunitario. Para los antiguos Estados miembros, la ampliación de la Unión Europea significaría expansión del mercado y de los intercambios comerciales y fortalecimiento de la posición de Europa. Ello no obstante, se consideró, a su vez, que el proceso de ampliación conllevaría potenciales efectos negativos: supondría reducciones en los recursos presupuestarios comunitarios y/o la necesidad de re-equilibrar los mismos; a la par que se producirían cambios significativos en el mercado de trabajo y en las condiciones sociales²⁵⁶. En este sentido, puede afirmarse que la ampliación al centro y este de Europa afectó al desarrollo y consolidación del Modelo social europeo, perfilando su posterior evolución (*Infra, cap. 1º, apartado V.1*).

Con respecto a la elaboración del Tratado de Niza de 2001, la Conferencia Intergubernamental de 2000 se convocó en un primer momento con la intención de atender a dos únicas cuestiones urgentes, relativas ambas a la necesidad de hacer efectivo el proceso de ampliación de Europa: el número de miembros de la Comisión y la modificación de la ponderación de votos en el Consejo. Posteriormente, a medida que trascurrían las deliberaciones, se fueron ampliando los ámbitos del debate, incluyéndose entre ellos, tanto la posible ampliación del sistema de votación por mayoría cualificada, como el tema de las cooperaciones reforzadas²⁵⁷. Finalmente, en 2001 se aprobó el Tratado de Niza,

²⁵⁶ Los potenciales efectos de la ampliación para España fueron analizados en el Informe del 1/2004 del Consejo Económico y Social de España, aprobado en Pleno de 18.2.2004. En la Europa ampliada de 25 miembros, el 16,4 por 100 de la población sería la residente en los nuevos 10 países socios. Mientras que el peso de estas economías se limitaba al 3,7 por 100 del PIB comunitario. Es por ello que la importancia demográfica y económica de los nuevos socios era muy desigual. Polonia concentraba en torno a la mitad de la población y de la actividad económica. Y sólo en cuatro de los nuevos territorios -Polonia, República checa, Hungría y Eslovaquia-, se concentraban el 86 por 100 de los más de 74 millones de nuevos ciudadanos de la Unión y el 84 por 100 de la actividad económica.

²⁵⁷ Que se incluyó en la CIG 2000 a partir del Consejo Europeo de Santa María de Feira de 19 y 20 de junio 2000. Los seis Estados miembros fundadores más Portugal así lo deseaban, argumentando que se trataba, aunque *strictu sensu* no lo parece, de una cuestión institucional. La oposición inicial del Reino Unido, España, Dinamarca o Suecia se diluyó con el consenso de no cerrar el debate, como proponía el primer grupo de Estados, únicamente a dos cuestiones: la eventual eliminación del derecho de veto y la reducción del número de Estados necesario para

con un contenido más amplio del pretendido, que no entraría en vigor, finalizado el proceso de ratificaciones por los Estados miembros, hasta el 1 de febrero de 2003.

Las modificaciones más significativas que introdujo el Tratado de Niza de 2001 en el Derecho originario fueron dirigidas fundamentalmente a reformar la composición, funcionamiento y toma de acuerdos de las principales Instituciones comunitarias. Dado que no se sabían con exactitud los plazos concretos de incorporación de los futuros Estados miembros, las reformas institucionales introducidas por el Tratado de Niza de 2001 se articularon desde una doble perspectiva: por un lado, se proyectaron modificaciones para una Europa de quince miembros -UE 15- y, por otro lado, modificaciones para una Europa ampliada a veintisiete miembros -UE 27-, incluyéndose además previsiones temporales de tránsito. Ello no obstante, determinadas disposiciones, como por ejemplo las relativas al número de escaños en el Parlamento Europeo, el número de votos en el Consejo y el umbral de la mayoría cualificada aplicable desde la incorporación de los nuevos Estados, tuvieron que ser establecidas con posterioridad a la adopción del Tratado de Niza, estableciéndose a tal efecto en los correspondientes Tratados de adhesión²⁵⁸.

En punto al contenido del Tratado de Niza de 2001, interesa analizar las reformas de carácter general que se produjeron en la Comisión (apartado A), en el Consejo (apartado B), en el Parlamento Europeo (apartado C), y en otras Instituciones y/o aspectos varios (apartado D). Es significativo que no se produjera ninguna modificación trascendente en cuanto al Consejo Europeo, que iba a seguir siendo un importantísimo órgano político, definidor de objetivos e impulsor de la Unión Europea, pero sin competencias definidas en el Derecho

abrir una cooperación reforzada. GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Una reforma difícil...”, op. cit., p. 30.

²⁵⁸ Tratado de adhesión de los diez nuevos Estados miembros, suscrito en Atenas el 16 de abril de 2003 y el Tratado de Luxemburgo sobre la adhesión de Rumania y Bulgaria, firmado el 25 de abril de 2005.

originario sino en los propios Consejos Europeos, ni carácter de Institución comunitaria²⁵⁹.

A.- Reformas en la Comisión.- La reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Niza 2001 abordó tres cuestiones fundamentales: el número de miembros de la Comisión o comisarios (apartado a), la elección de los mismos (apartado b) y su funcionamiento y organización interna (apartado c).

a.- Número de comisarios.- El debate se situaba en torno a si ésta Institución debía componerse o no de un representante por cada Estado miembro, incluidos países grandes y pequeños. Sin entrar en el detalle de los debates, el resultado final en cuanto a la composición se recogió en el Protocolo sobre la Ampliación de la Unión Europea, anexo al Tratado de Niza. Se acogió una solución a dos tiempos²⁶⁰: a partir del 1 de enero de 2005 (ampliación a veinticinco países), la Comisión tendría un miembro por país²⁶¹; a partir del momento en que la Unión tuviera veintisiete miembros, la Comisión tendría un

²⁵⁹ Es llamativo que los propios Consejos europeos se re-asignen competencias a sí mismos. Según GUTIÉRREZ ESPADA, C., "Una reforma difícil...", op. cit., p. 35, se re-encomendó en Niza 2000 la facultad para adoptar decisiones de cara a una mayor operatividad de las disposiciones acordadas en Niza relativas a la seguridad y defensa y la necesidad de su autorización de la cooperación reforzada en el ámbito PESC. Pero el Consejo Europeo ya no va a tener derecho de veto en la autorización de cooperaciones reforzadas en los otros dos pilares. También perdió el Consejo Europeo la posibilidad de proponer al Presidente de la Comisión, que a partir del Tratado de Niza de 2001 pasaría a ser propuesto por el Consejo.

²⁶⁰ Sugerida por la Presidencia portuguesa en mayo de 2000. Era una solución de compromiso. Una compensación a los Estados más pequeños. Según GUTIÉRREZ ESPADA, C., "Una reforma difícil...", op. cit., p. 38, "la alternativa más conforme al deber-ser, por decirlo más dulcemente que algunos de mis compatriotas (se refiere a DE AREILZA CARVAJAL), para quien la reforma de la Comisión de Niza revela el salto de los gobiernos nacionales de todos los países, grandes y pequeños a la Comisión (...) que en el futuro puede parecer menos una institución europea supranacional y más un COREPER formado por representantes nacionales que defienden sus intereses abiertamente".

²⁶¹ Art. 2 del Protocolo sobre la Ampliación de la Unión Europea (anexo al Tratado de Niza de 2001): "antes de que el número de Estados miembros exceda de 20, una Comisión formada por un nacional (sólo) de cada Estado miembro, siempre y cuando se modifique la ponderación de votos en el Consejo de manera aceptable para todos los miembros (..) teniendo en cuenta (..) en especial la compensación de aquellos Estados miembros que renuncien a la posibilidad de designar un segundo miembro en la Comisión (artículo 1)".

máximo de 26 miembros, que se elegirían conforme a un sistema de rotación, cuyas modalidades adoptaría el Consejo por unanimidad²⁶².

b.- Elección de comisarios.- La competencia para designar a los miembros de la Comisión o comisarios recayó, a partir del Tratado de Niza, en el Consejo, si bien sobre las listas hechas por cada Estado miembro. Y, con respecto a la elección del Presidente de la Comisión, el Consejo decidiría por mayoría cualificada. Los demás miembros de la Comisión serían designados por el Consejo, por mayoría cualificada y de común acuerdo con el Presidente, tras el voto de aprobación del Parlamento Europeo (art. 214 TCE)²⁶³.

c.- Funcionamiento y organización interna.- La Comisión ejercerá sus funciones bajo la orientación política del Presidente (art. 219 TCE) y sus miembros “*ejercerán sus funciones con absoluta independencia*” (art. 213.2 TCE). La Comisión iba a poder nombrar uno o dos vicepresidentes de entre sus miembros (art. 217 TCE). En este sentido, el Tratado de Niza de 2001 reforzó las funciones del Presidente de la Comisión. A partir de la reforma de Niza, al Presidente le competaría decidir la organización interna y repartir las responsabilidades entre los comisarios e incluso iba a poder exigir la dimisión de algún miembro de la Comisión. Por último, el Tratado de Niza de 2001 amplió la capacidad de iniciativa o de propuesta de la Comisión en determinados ámbitos²⁶⁴.

²⁶² El Protocolo sobre la Ampliación anejo al Tratado de Niza impuso al Consejo dos principios: 1.- “*la diferencia entre el número total de los mandatos que ejerzan nacionales de dos Estados miembros determinados nunca podrá ser superior a dos*”; y 2.- “*cada uno de los colegios sucesivos se constituirá de forma que refleje de manera satisfactoria la diversidad demográfica y geográfica del conjunto de los Estados de la Unión*”. Señala GUTIÉRREZ ESPADA, C., “Una reforma difícil...”, op. cit., p. 71, que son pocos los Estados miembros que siguen creyendo en la independencia, la supranacionalidad y el funcionamiento *pro comunitate* de la Comisión. Quieren todos, y en especial los nuevos, su comisario, porque ven en él su defensor, una especie de consequidor, e incluso hasta su agente.

²⁶³ Tras el Tratado de Ámsterdam de 1997, el Presidente de la Comisión era propuesto por los Gobiernos de los Estados miembros, con aprobación del Parlamento Europeo, y los comisarios se designaban por los Gobiernos de acuerdo con el Presidente de la Comisión, ambos sometidos al voto de aprobación del Parlamento Europeo. ANDRÉS SAÉNZ DE SANTAMARÍA, P., “Las reformas de las Instituciones...”, op. cit., p. 14.

²⁶⁴ Desde la entrada en vigor del Tratado de Niza, la Comisión iba a poder proponer motivadamente al Consejo que constatase la existencia de un riesgo claro de violación grave, por parte de un Estado miembro, de los principios del artículo 6.1 TUE, y dirigirle recomendación adecuada. A su vez, desde 2003, se exigiría Dictamen previo de la Comisión para que el Consejo autorizase una cooperación reforzada de la PESC, a solicitud de los Estados miembros. También

B.- Reformas en el Consejo.- La reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Niza de 2001 vino a significar que se acordaran disposiciones, tanto sobre el sistema de toma de decisiones o reglas de votación en el Consejo (apartado a), como sobre la extensión o ámbito material de la regla de la mayoría cualificada (apartado b). También se vieron ligeramente ampliadas las competencias del Consejo respecto a determinadas materias²⁶⁵.

a.- Sistema de toma de decisiones: La reforma operada por el Tratado de Niza 2001 se propuso revisar la ponderación de votos introducida por el Tratado de Ámsterdam de 1997. De lo establecido en el Tratado de Niza de 2001, en el Protocolo de Ampliación y en la declaración número 2 aneja al Tratado, resultó lo siguiente²⁶⁶:

1.- una ponderación de los votos para los quince miembros -29 votos para Alemania, Francia, Gran Bretaña e Italia; 27 votos para España; 13 para Países Bajos; 12 para Bélgica, Grecia, Portugal; 10 para Austria y Suecia; 7 para Dinamarca, Irlanda y Finlandia, y 4 para Luxemburgo-, con un sistema de seguridad o de verificación democrática para alcanzar la mayoría cualificada²⁶⁷, que empezaría a funcionar el 1 de enero de 2005;

se iba a requerir propuesta preceptiva de la Comisión para la creación por el Consejo de salas jurisdiccionales para conocer en primera instancia de determinadas categorías de recursos en materias específicas (nuevo art. 255-A TCE). GUTIÉRREZ ESPADA, C., "Una reforma difícil...", op. cit., pp. 43-44.

²⁶⁵ A partir de la reforma operada por el Tratado de Niza de 2001, el Consejo iba a poder constatar la existencia de riesgo claro de violación grave de los principios básicos de la Unión por un Estado miembro, pudiendo dirigirle recomendaciones. A su vez, el Consejo iba a ser competente para autorizar las cooperaciones reforzadas en el marco de la PESC y se le reconocieron nuevas competencias en el Título XXI relativo a la cooperación económica, financiera y técnica con terceros países. Por último, a partir del Tratado de Niza, el Consejo, a propuesta de la Comisión, iba a poder crear salas jurisdiccionales encargadas de conocer en primera instancia determinadas categorías de recursos interpuestos en materias específicas.

²⁶⁶ GUTIÉRREZ ESPADA, C., "Una reforma difícil...", cit., pp. 71-73 y ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, P., "La reforma de las instituciones...", cit., pp. 12.13.

²⁶⁷ La mayoría cualificada, en el caso de decisiones previa propuesta de la Comisión, se alcanzaría con 169 votos de un total máximo posible de 237 -en 69 pues la minoría de bloqueo que representen la mayoría de los miembros como mínimo y, en el caso de que el Consejo pueda decidir sin previa propuesta del Comisión, 169 votos que encarnen dos tercios de los Estados miembros como mínimo. Tanto en un caso como en otro, todo Estado miembro iba a poder solicitar que se comprobara que la mayoría cualificada comprendía como mínimo un 62 por 100 de la población total de la Unión Europea y, si no llega, la decisión en cuestión no sería adoptada. Concesión esta última a Alemania por haber aceptado la paridad de votos ponderados con los

2.- una nueva ponderación de votos o reponderación cuando la Unión Europea llegara a veintisiete Estados miembros²⁶⁸; y

3.- reglas a aplicar desde el 1 de enero de 2005 y mientras la Unión no llegue a veintisiete Estados miembros²⁶⁹;

b.- Extensión de la mayoría cualificada.- El otro gran tema objeto de debate era la extensión de la mayoría cualificada. En este sentido la Comisión había propuesto que se redujera la unanimidad a sólo tres supuestos²⁷⁰. En la reforma finalmente adoptada no se fue tan lejos: se sustituyó la unanimidad por la mayoría cualificada en numerosos supuestos²⁷¹, y permaneció la unanimidad en temas fundamentales como fiscalidad, seguridad social, asilo e inmigración, Fondo de cohesión, entre otros.

C.- Reformas en el Parlamento Europeo.- El Tratado de Niza de 2001 introdujo modificaciones en el Derecho originario en punto a las competencias y funcionamiento del Parlamento Europeo en determinados aspectos

otros tres grandes países -Francia, Gran Bretaña e Italia- pese a contar con una población mayor. El 62 por 100 sólo se alcanzaría en el supuesto de que Alemania se uniera a dos de los grandes.

²⁶⁸ La mayoría cualificada necesitaría 255 votos ponderados de un total de 345, fijándose, por tanto, en 91 la minoría de bloqueo.

²⁶⁹ Mientras la Unión no llegara a 27 Estados, el umbral de la mayoría cualificada se iría estableciendo sucesivamente a tenor de cada ampliación -en función del ritmo de las adhesiones- desde un porcentaje inferior al actual (71,26 por 100) hasta alcanzar un máximo del 73,4 por 100), inferior en todo caso a 258 votos.

²⁷⁰ 1.- Aquellos en los que el Consejo adopta actos o acuerdos que luego deben ser ratificados por los Estados miembros según su derecho interno (por ejemplo, procedimiento electoral eurodiputados); 2.- decisiones institucionales esenciales que afecten al equilibrio interinstitucional (por ejemplo aumentar o disminuir el número de jueces del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea); y 3.- disposiciones relativas a la armonización de legislaciones en temas fiscales o de seguridad social.

²⁷¹ Unos treinta. Puede verse la relación en GUTIÉRREZ ESPADA, C., "Una reforma difícil...", op. cit., p. 47: art. 67.5 TCE, visados, asilo, inmigración; arts. 100, 111 y 123.4, política económica y monetaria; art. 139.2, política social; art. 157.3, industria; arts. 159 y 161, cohesión económica y social; art. 181, cooperación al desarrollo; art. 187, asociación con los países de ultramar; arts. 190.5 y 191, Parlamento Europeo, estatuto de los diputados y sobre los partidos políticos europeos; art. 207.2, nombramiento de secretarios del Consejo; art. 214.2, nombramiento del Presidente de la Comisión; arts. 223, 224, 247 y 284.4, Reglamentos interiores del TJCE, TPI y Tribunal de Cuentas; art. 259.1, nombramiento miembros del Comité Económico y Social Europeo; artículo 263, nombramiento miembros del Comité de Regiones; y art. 279.1, disposiciones financieras.

fundamentales: el número de sus diputados²⁷² y su Estatuto²⁷³, los partidos políticos europeos²⁷⁴, su mayor legitimación procesal ante el TJCE y su participación en el procedimiento decisorio, relativa a que se ampliaron los supuestos en los que resultaba preceptivo su dictamen consultivo, dictamen conforme y procedimiento de co-decisión, pero no se suprimió el de cooperación como habían propuesto la Comisión y el propio Parlamento Europeo.

D.- Reformas en otras Instituciones comunitarias y/o aspectos varios.- La aprobación del Tratado de Niza de 2001 introdujo también diversas modificaciones en otras Instituciones comunitarias. En concreto, las siguientes: 1.- En el Tribunal de Cuentas, se modificaron el número de miembros y su mandato, la reestructuración de sus salas y se adoptó un reglamento interno. 2.- En el Comité Económico y Social Europeo, se fijó el número máximo de 350 miembros y se modificó el sistema de nombramiento de los miembros pero no se acogieron otras reivindicaciones como extender su mandato a 5 años y ampliar los ámbitos materiales de su dictamen preceptivo. 3.- En el Comité de las Regiones, las modificaciones afectaron a su composición numérica, procedimiento de nombramiento y requisitos para ser miembro.

Otros aspectos relevantes que fueron abordados por el Tratado de Niza de 2001 fueron los siguientes:

- La reforma del poder judicial: básicamente se convierte al Tribunal de Primera Instancia en juez común comunitario y al TJCE en órgano supremo

²⁷² Se aumentó de 626 a 732 a pesar de que el Tratado de Ámsterdam de 1997 marcaba como límite 700. En cuanto al reparto, se contemplaron disposiciones específicas en el Protocolo anexo al Tratado de Niza de 2001 y en su Protocolo anejo sobre la Ampliación de la Unión Europea. ANDRÉS SAÉNZ DE SANTAMARÍA, P., "La reforma de las instituciones ...", op. cit., p. 15, dice que la distribución efectuada en Niza mantuvo las desigualdades ya existentes en la asignación de escaños tanto entre los entonces 15 miembros -Alemania con un diputado por cada 830.000 habitantes y Luxemburgo, uno por cada 73.000- como entre éstos y los nuevos socios -las diferencias se dan entre los 22 escaños de Bélgica, Portugal o Grecia y los 20 de República Checa o Hungría, con población similar-.

²⁷³ Modificación del artículo 190 TCE para establecer que el Consejo aprobará, por mayoría cualificada y no por unanimidad y previo dictamen de la Comisión, las decisiones del Parlamento Europeo estableciendo el Estatuto y las condiciones generales de ejercicio de las funciones de los eurodiputados.

²⁷⁴ Modificación del artículo 191 TCE añadiéndose un párrafo por el que se otorgaban competencias al Consejo para adoptar, con base en el procedimiento de co-decisión, el estatuto de los partidos políticos a escala europea y, en particular, normas relativas a su financiación.

distinto del anterior. El TJCE pasaría a estar compuesto por un número de jueces igual al de Estados miembros pero podría funcionar en pleno²⁷⁵.

- La reforma de la cooperación judicial en materia penal²⁷⁶.

- Modificaciones en el sistema de la cooperación reforzada. En torno a esta cuestión, el debate político se situaba de nuevo, como ya había ocurrido en las negociaciones que tuvieron lugar con ocasión del Tratado de Ámsterdam de 1997, en el tipo de proceso de construcción europea, profundización versus ampliación, así como en la legitimidad o no de que unos Estados miembros pudieran y quisieran avanzar más que otros y si se debía o no aceptar dicha flexibilidad²⁷⁷. El Tratado de Niza de 2001 suprimió la posibilidad de veto tanto en el Primer como en el Segundo Pilar y, a su vez, estableció el umbral mínimo de ocho Estados miembros para el establecimiento de una cooperación reforzada. A pesar de la reforma se siguieron manteniendo algunos aspectos criticables como el establecimiento de procedimientos de activación distintos para cada Pilar, la imprecisa utilidad jurídica de los dictámenes de la Comisión en algunos de estos procedimientos y la no participación del Parlamento Europeo en el momento de autorizar la incorporación de un Estado a una cooperación ya activada, lo que resulta especialmente criticable en el Pilar comunitario. En definitiva, “la nueva regulación ni resuelve la dicotomía entre profundización y ampliación..(..) ni desvela las incertidumbres, ni disipa los recelos existentes entre los Estados miembros²⁷⁸”.

²⁷⁵ Más información en ROLDÁN BARBERO, J., “La reforma del poder judicial en la Comunidad Europea”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 9, año 5, 2001 (ejemplar dedicado al Tratado de Niza), pp. 77-116.

²⁷⁶ *Vid.*, QUEL LÓPEZ, F. J., “Análisis de las reformas en el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Tratado de Niza”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 9, año 5, 2001 (ejemplar dedicado al Tratado de Niza), pp. 117-144.

²⁷⁷ Se hacía necesario un enfoque político jurídico que compatibilizara, sin distorsiones, la igualdad y la ausencia de discriminaciones, permitiendo así el progreso de la integración comunitaria frente a los riesgos de la dilución de la integración. Como indicaron los profesores MANGAS MARTÍN y LIÑAN, finalmente se adoptó un planteamiento de opciones a la carta para avanzar, despojándolo de perspectivas negativas y excluyentes ya que se trataba de avanzar y no desmarcarse de los objetivos comunitarios. PONS RAFOLS, X., “Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 9, año 5, 2001 (ejemplar dedicado al Tratado de Niza), pp. 150 y 154.

²⁷⁸ PONS RAFOLS, X., “Las cooperaciones reforzadas...”, cit., pp. 194-195.

4.- Modificaciones de carácter social en el Derecho originario a partir del Tratado de Niza de 2001.- El Tratado de Niza de 2001 introdujo las determinadas modificaciones en materia social: por un lado, unas dirigidas a la reorganización de los objetivos sociales y a la mayor visibilidad de los mismos (apartado 4.1); por otro lado, otras relativas a la consolidación del método abierto de coordinación o método de producción de *soft law* en materia social (apartado 4.2). La reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Niza se limitó básicamente a introducir dos nuevos objetivos en materia social, la lucha contra la exclusión y la protección social, y a reorganizar e introducir ligeras modificaciones en las disposiciones de contenido social previstas en el Título XI del TCE. Entre ellas, de gran relevancia fue la que confirmó la extensión del método abierto de coordinación o técnica de producción de *soft law* a todas las materias de carácter social y también la creación del Comité de protección social en un nuevo artículo 144 TCE-2001, actual artículo 160 TFUE. Por lo demás, en materia social colectiva, las disposiciones sobre diálogo social y negociación colectiva, relativos a los acuerdos transitorios y los acuerdos sustitutorios, permanecieron sin cambios trascendentales en su regulación; es decir, lo dispuesto sobre diálogo social y negociación colectiva en el Derecho originario tras la reforma operada por el Tratado de Ámsterdam 1997, que supuso la incorporación literal de lo dispuesto en el Acuerdo sobre política social de 1992 (*Supra, cap. 1º, apartado II.3.4*), permanece en la actualidad básicamente inalterado, en la redacción dada a partir de la adopción del Tratado de Niza de 2001²⁷⁹.

4.1.- Reorganización de los objetivos sociales y mayor visibilidad de los mismos.- Una de las principales manifestaciones de la reorganización que se produjo en las disposiciones sociales es la relativa a que el artículo 137 TCE, actual artículo 153 TFUE, siguiente al artículo 136 TCE, actual artículo 151

²⁷⁹ A salvo de que la reforma operada por el Tratado de Niza de 2001 modifica la redacción, pero no el significado y alcance, del artículo 139.2 segundo párrafo del TCE. Este artículo se refiere a la mayoría necesaria en el Consejo para convalidar acuerdos colectivos. Así, si éstos se refieren a materias sensibles -seguridad social y protección social, protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato, representación y defensa colectiva de los intereses de los empresarios y trabajadores, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto sobre materias vetadas, y las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad-, se iba a requerir el voto unánime del Consejo. En caso contrario, resto de materias del artículo 137.1 TCE, los acuerdos se iban a poder convalidar con la mayoría cualificada del Consejo (art. 139.2 segundo párrafo TCE).

TFUE, que abre el Título sobre Política social, reagrupa y numera con letras a-k, los ámbitos de actuación comunitaria en materia social. Así, a partir de la reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Niza de 2001, el artículo 137.1 TCE, actual artículo 153.1 del TFUE, reagrupó una relación de materias sociales, que anteriormente a la reforma estaban situadas en tres disposiciones distintas –los artículos 136, 137.1 y 137.3 TCE-versión 1997-. Estas materias eran las siguientes:

“a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores;

b) las condiciones de trabajo;

c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores;

d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral;

e) la información y consulta a los trabajadores;

f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5;

g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad;

h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 150;

i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado de trabajo y al trabajo;

j) la lucha contra la exclusión social; y

k) la modernización de los sistemas de protección, sin perjuicio de la letra c”.

De esta relación de materias, las dos últimas, las relativas a los apartados f) -lucha contra la exclusión social, más allá de la exclusión del mercado laboral

mencionada en la letra h-, y k) -modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c), es decir, de mayor ámbito -de carácter asistencial- que los servicios de protección de los trabajadores y la seguridad social, se habían mencionado ya en el artículo 136 TCE, que no sufre modificación en la reforma operada por el Tratado de Niza 2001. La única novedad es que pasan a ser también, no sólo objetivos compartidos de la Unión Europea y de los Estados miembros en materia social, sino ámbitos concretos de actuación. Por lo demás, tanto la incorporación de estos nuevos ámbitos a la relación del materias recogidas en el artículo 137.1 TCE, actual artículo 153.1 TFUE, como la relación en sí misma contenida en este nuevo artículo 137.1 TCE estaba en consonancia con las actuaciones prevista en la Agenda Social Europea de 2000, adoptada durante el periodo de elaboración del Tratado de Niza de 2001.

La adopción de la Agenda Social Europea en 2000, un mero documento político, vino a reforzar la actuación comunitaria en materia social y a reafirmar la existencia de objetivos comunes. Esta Agenda tuvo por objeto desarrollar los aspectos sociales de la famosa máxima o Estrategia de Lisboa, que había sido adoptada en el Consejo Europeo de Lisboa de 23-24 de marzo 2000, y que fijaba un nuevo objetivo estratégico para la Unión Europea para el periodo 2000-2010: *“convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos²⁸⁰ y con mayor cohesión social²⁸¹”*. Reunidos en Consejo Europeo, un mero foro sin valor jurídico, los Estados miembros y la Unión Europea fijaron unos retos comunes²⁸² y unas orientaciones para la

²⁸⁰ El objetivo de pleno empleo consistía en: *“elevar el índice de empleo, del 61 por 100 actualmente en promedio, a un nivel lo más próximo posible al 70 por 100 de aquí a 2010 y lograr que la proporción de mujeres activas, el 51 por 100 actualmente en promedio, supere el 60 por 100 de aquí a 2010”*. Los jefes de Estado y de Gobierno subrayaron, también, que *“un índice medio de crecimiento económico de alrededor de 3 por 100 debería constituir una previsión realista para los próximos años si las medidas decididas el Lisboa se aplican en un marco macroeconómico sólido”*.

²⁸¹ *“Para conseguir este objetivo es precisa una estrategia destinada a modernizar el modelos social europeo, invirtiendo en capital humano y luchando contra la exclusión social”*.

²⁸² Retos comunes: realizar el pleno empleo y movilizar todo el potencial de empleo disponible, beneficiarse del progreso técnico, desarrollar la movilidad; sacar partido de la integración económica y monetaria; responder al envejecimiento de la población; reforzar la cohesión social;

política social. Estas orientaciones de carácter social se agruparon en torno a las siguientes materias:

I.- Por un mayor número y una mejor calidad de los puestos de trabajo²⁸³.

II.- Anticiparse a los cambios del entorno laboral y sacar partido de los mismos desarrollando un nuevo equilibrio entre flexibilidad y seguridad. En esta orientación se encontraban recogidas menciones a los derechos de información, consulta y participación interna²⁸⁴ y, junto a ellos, se establecía la evaluación y revisión de las Directivas clásicas o de crisis, y la promoción del diálogo con los interlocutores sociales²⁸⁵, entre otras medidas²⁸⁶.

conseguir que la ampliación sea un éxito en el ámbito social; y afirmar la dimensión social de la mundialización.

²⁸³ En este ámbito, las acciones se dirigían hacia: aumentar la participación en el Trabajo; intensificar y prolongar la estrategia coordinada para el empleo; calidad de empleo; lucha contra el empleo de larga duración; apoyar las dimensiones local y regional de la estrategia para el empleo; mejorar el acceso efectivo a la educación y formación permanentes, especialmente en el ámbito de las nuevas tecnologías; promover la definición y difusión de buenas prácticas sobre el empleo y la dimensión social de la sociedad de la información; facilitar la movilidad de los ciudadanos europeos; promover el reconocimiento a nivel europeo de las competencias y aptitudes adquiridas; mejorar las normas sobre derechos de seguridad social de los trabajadores migrantes; salvaguardia de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores que se desplacen dentro de la Unión Europea; iniciar una reflexión sobre los vínculos existentes entre los movimientos migratorios y las políticas de empleo; seguir examinando la relación entre la política social y la política en materia de competencia.

²⁸⁴ *“Reforzar la participación de los trabajadores en la gestión de los cambios que se produzcan, mejorando de aquí a 2002, el marco comunitario relativo a los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores (revisión de la Directiva sobre el comité de empresa europeo, continuación del examen de las directivas sobre la información y consulta y sobre el aspecto social de la sociedad europea)”*.

²⁸⁵ *“Mejorar el funcionamiento del diálogo macroeconómico previsto en el Consejo europeo de Colonia de 3 y 4 de junio de 1999 para que contribuya plenamente a la interacción positiva y dinámica de las políticas económica, social y del empleo. Favorecer los intercambios de información entre las instituciones comunitarias y los interlocutores sociales, sobre los cambios que se produzcan en relación con el modo de formación de los salarios y su compasión”*.

²⁸⁶ Desarrollar una estrategia comunitaria en materia de seguridad y salud en el trabajo; tener en cuenta las transformaciones del entorno del trabajo y las relaciones laborales; establecer un Observatorio europeo del cambio; organizar un cambio de impresiones sobre los despidos individuales, teniendo en cuenta las prestaciones de la seguridad social y las características nacionales del mercado laboral; completar la legislación comunitaria relativa al tiempo de trabajo, ultimando las disposiciones relativas al sector transporte por carretera; adelantar los trabajos relativos a los textos en materia de armonización social en el transporte marítimo y aéreo.

III.- Luchar contra cualquier forma de exclusión y de discriminación para favorecer la integración social²⁸⁷.

IV.- Modernizar la protección social²⁸⁸.

V.- Fomentar la igualdad entre el hombre y la mujer²⁸⁹.

VI.- Reforzar la dimensión social de la ampliación y de las relaciones exteriores de la Unión Europea²⁹⁰.

²⁸⁷ Desarrollar un plan nacional de acción para luchar contra la pobreza y la exclusión social; utilizar las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación para reducir la exclusión social, fomentando el acceso de todos a la sociedad del conocimiento; garantías mínimas de recursos que deberán ofrecer los sistemas de protección social y examinar las iniciativas posibles para acompañar los avances en la materia; política urbana par luchar contra los fenómenos de segregación social y espacial; lucha contra toda discriminación: desarrollar intercambios de experiencias y buenas prácticas; una política más enérgica en materia de integración de nacionales de terceros países que residan de forma regular en el territorio de la Unión Europea; desarrollar todas las acciones tendentes a garantizar una mejor integración de las personal minusválidas en todos los ámbitos de la vida social; crear las condiciones para llevar a cabo una asociación eficaz con los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales, las administraciones territoriales y los organismos que gestionan los servicios sociales. Implicar a las empresas en dicha asociación para reforzar su responsabilidad social.

²⁸⁸ En esta área establecen las siguientes acciones: proseguir la cooperación y los intercambios entre los Estados sobre aquellas estrategias que permitan garantizar en el futuro unas pensiones seguras y viables; analizar los ajustes introducidos en los sistemas de protección social así como los progresos que deberán aun alcanzarse para hacer que el trabajo resulte más ventajoso y para fomentar ingresos seguros; reflexionar sobre la manera de garantizar, respetando las exigencias en materia de solidaridad, un nivel alto y duradero de protección de la salud, teniendo en cuenta las repercusiones del fenómeno del envejecimiento; examinar la situación en materia de acceso transfronterizo a una atención y unos productos sanitarios de calidad; garantizar el seguimiento y la evaluación de una cooperación más estrecha en materia de protección social; prever y desarrollar los indicadores apropiados en este ámbito.

²⁸⁹ Integrar el concepto de igualdad entre hombre y mujer en todos los ámbitos pertinentes, en la concepción, en el seguimiento y la evaluación de políticas, estableciendo los mecanismos e instrumentos apropiados; ampliar el acceso de al mujer a la toma de decisiones; directiva basada en el artículo 13 TCE con vistas a fomentar la igualdad de trato entre el hombre y la mujer en ámbitos distintos del empleo y de la actividad profesional; creación de un instituto europeo del género; ampliar y reforzar iniciativas y medidas tendentes a fomentar la igualdad profesional entre hombre y mujer, especialmente en materia de remuneración; garantizar una mejor articulación entre la vida familiar y la vida profesional, en particular fomentando una atención de calidad para los niños y las personas discapacitadas.

²⁹⁰ Organizar de manera periódica, junto con los interlocutores sociales, intercambios de puntos de vista sobre todos los aspectos sociales relacionados con la ampliación; facilitar que los países candidatos adopten la estrategias europea de empleo, la aplicación de los objetivos para luchar contra la pobreza y la exclusión social y la cooperación más estrecha en materia de protección social; respaldar el papel del diálogo social; contribuir al desarrollo de las ONGs correspondientes de los países candidatos; desarrollar un enfoque concertado sobre las cuestiones sociales internacionales; desarrollar un enfoque concertado sobre las cuestiones sociales internacionales en el seno de las instituciones multilaterales -ONU, OMS, Consejo de Europa, OMT y, en su caso, la OMC y la OCDE-; reforzar la dimensión social de la política de cooperación

Estas orientaciones previstas en la Agenda Social Europea de 2000, junto a los cambios que se produjeron con la reorganización del artículo 137.1 TCE, actual 153.1 TFUE, vinieron a confirmar que se abogaba por dar mayor protagonismo y visibilidad a la protección de los derechos sociales. A ello habría que añadir que el Tratado de Niza recuperaba en el Derecho originario las menciones a la *“equiparación por la vía del progreso”* y a la *“mejora de las condiciones de vida y de trabajo”* como objetivos del artículo 136.1 TCE, que permanecen en el actual artículo 151 TFUE. A partir de la reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Niza puede decirse que ya no cabe realizar una distinción entre materias sociales vinculadas a los objetivos del artículo 136.1 TCE, actual artículo 151 TFUE, y las que no lo están. En otros términos, como consecuencia de la reorganización operada en el artículo 137.1 TCE, actual artículo 153.1 TFUE, a partir de la aprobación del Tratado de Niza, todas las materias de ámbito social, es decir, todas las del artículo 137.1 TCE²⁹¹, actual artículo 153.1 TFUE, van a quedar bajo la protección del artículo 136 TCE²⁹², actual artículo 151 TFUE. Esto significa que todas las materias sociales previstas deben ser desarrolladas, teniendo presentes los objetivos del artículo 151 TFUE, por lo que tendrán que desarrollarse *“teniendo presentes los derechos sociales fundamentales como se indican en la Carta Social europea de 1961 y en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989”*.

especialmente la lucha contra la pobreza y el desarrollo de la sanidad y de la educación, teniendo en cuenta la igualdad entre hombres y mujeres (en particular en el marco del proceso euro-mediterráneo.

²⁹¹ Art. 137.1 TCE: *“a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo; c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; e) la información y consulta; f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5; g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad; h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 150; i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado de trabajo y al trabajo; j) la lucha contra la exclusión social; y k) la modernización de los sistemas de protección, sin perjuicio de la letra c”*.

²⁹² El artículo 136.1 TCE que abre el capítulo establece como objetivos *“el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo a fin de conseguir una equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social; el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha de las exclusiones”*.

4.2.- Mejor posicionamiento del método abierto de coordinación en materia social.- Otra de las modificaciones importantes que se produjeron con ocasión de la reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Niza es la relativa al mejor posicionamiento del método abierto de coordinación o producción de *soft law* en materia social. Si bien, no se alteró el esquema originario diseñado en el artículo 117 del Tratado de Roma de 1957 relativo a las vías de actuación en materia social, con las modificaciones recibidas del Acuerdo sobre política social de 1992 e incorporadas al Derecho originario por el Tratado de Ámsterdam de 1997. Las modificaciones introducidas en el artículo 137.1 TCE, actual artículo 153.1 TFUE, tuvieron como consecuencia, sin duda, una mayor visualización y posicionamiento del método o vía de producción de *soft law*.

Sin perjuicio de un análisis posterior más detallado (*Infra, cap. 1º, apartado V.1*), las vías de actuación en materia social a partir del Tratado de Niza son básicamente las siguientes: 1.- la vía dialogo social, que comprenden principalmente los acuerdos transpositivos y acuerdos sustitutorios; 2.- la vía legislativa mediante el procedimiento de co-decisión del original artículo 251 TCE, actual artículo 294 TFUE, con decisión por mayoría cualificada, previo dictamen del Parlamento Europeo, en las materias del 137.1, actual artículo 153 TFUE, excepto en las relativas a las letras c), d) f) y g)²⁹³ en las que el Consejo decidiría por unanimidad²⁹⁴; y 3.- la vía o método abierto de coordinación o producción de *soft law* por parte de la Comisión prevista en el artículo 140 TCE, actual artículo 156 TFUE, que no sufre modificación y estaba destinada a que la

²⁹³ En concreto, c) *seguridad social y protección social de los trabajadores*; d) *la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral*; f) *la representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión*; y g) *condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Comunidad*).

²⁹⁴ No obstante, el Consejo podrá decidir por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, que sobre las materias anteriores, excepto la relativa a la seguridad social y protección social de los trabajadores, se aplique el artículo 251 TCE (es decir, que puedan adoptarse normas por mayoría cualificada, en lugar de unanimidad).

Comisión fomentara la colaboración entre los Estados miembros y la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social²⁹⁵.

Pues bien, en la nueva reorganización del artículo 137.1 TCE, actual artículo 153.1 TFUE, se produce un cambio muy significativo consistente en que a la competencia general, ya prevista antes del Tratado de Niza de 2001, reconocida al Consejo para adoptar medidas tendentes a facilitar la cooperación entre los Estados miembros (*“mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias”*) se añade que (dicha colaboración) se hará *“con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”* (introducido por el Tratado de Niza). Esta competencia del Consejo relativa a una nueva vía o método abierto de coordinación no excluye la vía legislativa, pues, en este sentido, aunque el la vía del método abierto de coordinación no puede suponer armonización, no excluye que la haya.

Si bien la vía del método abierto de coordinación o de producción de *soft law* por parte del Consejo estaba prevista ya en el antiguo 137.2 tercer párrafo TCE-97, la reforma operada por el Tratado de Niza refuerza e incluso prioriza esta vía o instrumento de actuación en materia social. Por un lado, porque se posiciona como primer mecanismo y después de la vía legislativa propiamente dicha aunque como hemos dicho sin excluir la misma; y, por otro lado, porque expresamente se refuerza la producción de *soft law* al añadir la expresión *“con exclusión de toda armonización”*. El mejor posicionamiento del método abierto de coordinación o producción de *soft law* frente a *hard law* que se positiviza en estos cambios que se produjeron en la reorganización del artículo 137 TCE, actual artículo 153 TFUE, por la reforma operada por el Tratado de Niza,

²⁹⁵ Art. 140 TCE. *“Con el fin de alcanzar los objetivos expuestos en el artículo 136, y sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado, la Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social tratados en el presente capítulo, particularmente en las materias relacionadas con: el empleo, el derecho del trabajo y las condiciones de trabajo, la formación y el perfeccionamiento profesionales; la seguridad social; la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales; la higiene del trabajo; el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores. A tal fin, la Comisión actuará en estrecho contacto con los Estados miembros”*

confirmaba la tendencia que venía manteniéndose en estas fechas sobre las orientaciones que debiera seguir la política social comunitaria: no se buscaba la armonización plena, sino que se perseguía prioritariamente el establecimiento de objetivos comunes y la coordinación de las políticas sociales entre los Estados miembros²⁹⁶.

Este cambio de tendencia había sido ya anunciado con ocasión de la famosa Estrategia de Lisboa establecida en el Consejo Europeo de Lisboa de 2000, que, introduciendo una estrategia global e integrada *“destinada a conseguir la renovación económica, social y medioambiental de la Unión Europea²⁹⁷”*, había establecido que dicha estrategia se alcanzaría, desde el punto de vista procedimental o técnica de intervención, *“mejorando los procesos existentes”* e *“introduciendo un nuevo método abierto de coordinación”* y, desde el punto de vista político, *“por la función de guía y de coordinación más firme por parte del Consejo Europeo”*. Así, para conseguir control *“más efectivos de los trabajos”* se establecía que fuera el Consejo Europeo el que *“cada primavera determinará los mandatos correspondientes y garantizará su cumplimiento²⁹⁸”*. Desde luego es muy significativo el papel que, en 2000, se otorga al Consejo Europeo una entidad política o reunión de Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros, que no es una Institución de naturaleza legal de la Unión hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre 2009 (*Infra, cap. 1º, apartado IV.1*).

Finalmente, en apoyo del mejor posicionamiento de la nueva vía o método abierto de coordinación, ha de señalarse que la reforma operada en el Derecho

²⁹⁶ BERCUSSON, B., *European Labour Law*, 2º ed., cit., p. 190.

²⁹⁷ *“Obtener dicho objetivo requiere una estrategia global dirigida a: 1.- preparar el paso a una economía y una sociedad basadas en el conocimiento mediante la mejora de las políticas relativas a la sociedad de la información y de I + D, así como mediante la aceleración del proceso de reforma estructural a favor de la competitividad y la innovación, y la culminación del mercado interior; 2.- modernizar el modelo social europeo mediante la inversión en capital humano y la lucha contra la exclusión social; y 3.- mantener las sólidas perspectivas económicas y las expectativas favorables de crecimiento mediante la aplicación de un conjunto de medidas políticas macroeconómicas adecuadas”*.

²⁹⁸ Extracto de la Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa de 23-24 de marzo 2000.

originario por el Tratado de Niza, como novedad, facultó al Consejo para la creación de un nuevo órgano consultivo, el Comité de Protección Social regulado en el artículo 144 TCE, actual artículo 160 TFUE. Este nuevo organismo tuvo como misiones principales: supervisar la situación social y la evolución de las políticas de protección social; facilitar el intercambio de informaciones entre los Estados miembros y con la Comisión; y elaborar informes y dictámenes²⁹⁹.

5.- El fracasado Tratado Constitucional de 2004: la pretendida incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 al Derecho originario.- El 29 de octubre de 2004 fue presentado en Roma por los Jefes de Gobierno de los Estados miembros, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. El Tratado Constitucional de 2004 no llegó a aprobarse formalmente pues no se superaron las dificultades de ratificación en algunos Estados miembros, principalmente en Francia y en Países Bajos. Interesa señalar que uno de los aspectos más relevantes del contenido de este Tratado, junto a muchos otros³⁰⁰, era el relativo a la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 en la segunda parte del mismo. De haberse aprobado el Tratado Constitucional de 2004, el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 hubiera constituido Derecho originario. A

²⁹⁹ Además el Comité de protección social, según lo dispuesto en el nuevo artículo 144 TCE, podría emprender otras actividades a petición del Consejo, de la Comisión o por propia iniciativa. Cada Estado miembro y la Comisión designaría dos miembros en este Comité. Para llevar a cabo su mandato, el Comité entablaría *“los contactos adecuados con los interlocutores sociales”*. El Comité de Protección social trabaja actualmente en 5 áreas prioritarias: Inclusión social; pensiones; atención sanitaria; vínculo entre las políticas de protección social y las políticas activas de empleo; y racionalización (*streamlining*). Puede verse su actividad principal en la página web ec.europa.eu.

³⁰⁰ Las novedades más importantes que aportaba el Tratado Constitucional de 2004 eran las siguientes: fusión de la Comunidad Europea y de la Unión Europea; definición clara de las competencias -exclusivas, compartidas y de apoyo- entre la Unión Europea y los Estados miembros; cláusula de retirada voluntaria; simplificación de los instrumentos de acción y simplificación de la terminología -leyes europeas y leyes marco europeas-; iniciativa legislativa popular; nueva distribución de escaños en el Parlamento Europeo; institucionalización del Parlamento Europeo; reducción en el número de comisarios; nombramiento de un Ministro de Asuntos exteriores; nuevo sistema de mayoría cualificada y extensión del voto; supresión de los tres pilares; refuerzo de la política exterior y de seguridad común; definición progresiva de una política de defensa; y políticas comunes en materia de asilo, inmigración y control de fronteras y de cooperación judicial y policial. MANGAS MARTÍN, A., “Delimitación y modo de ejercicio de las competencias en el Tratado Constitucional de la Unión Europea”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 57, marzo 2005, pp. 49-74. DE LA VILLA GIL, L. E., “El Tratado de Constitución Europea ¿esperanza o realidad?”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 57, 2005, pp. 9-18.

pesar del fracaso en la aprobación de este pretendido Tratado de reforma de 2004, interesa detenerse, por un lado, en sus objetivos, método de elaboración y contenido (apartado A); y por otro, en las repercusiones del rechazo del Tratado Constitucional de 2004 en punto al proceso de constitucionalización de los derechos sociales en el ámbito europeo (apartado B).

A.- Objetivos, método de elaboración y contenido.- El Tratado Constitucional de 2004 fue concebido como una prolongación del proceso de reformas institucionales que se había iniciado con ocasión del Tratado de Niza de 2001. Con la aprobación del Tratado de Niza, que entraría en vigor en 2003, se había conseguido llegar a un acuerdo sobre cómo debían funcionar las Instituciones comunitarias en la Europa ampliada, permitiéndose que dicha ampliación fuese posible. Una vez atendidas las cuestiones relativas a la ampliación, el proceso de integración debía seguir su marcha. En este sentido, el Tratado de Niza, en una declaración aneja al mismo, aconsejaba la conveniencia de abrir un *“debate más amplio y profundo sobre el desarrollo futuro de la Unión”* y preveía, a tal efecto, la convocatoria de una Conferencia Intergubernamental, que debería abordar cuatro grandes materias:

1.- Delimitación clara entre las competencias de la Unión y las competencias de los Estados miembros.

2.- Estatuto preciso de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.

3.- Simplificación de los Tratados constitutivos³⁰¹

4.- Papel de los Parlamentos nacionales en la arquitectura europea.

El proceso de elaboración del Tratado Constitucional de 2004 fue sin duda largo y ambicioso. En diciembre de 2001, durante el Consejo Europeo de

³⁰¹ Desde hacía tiempo se requería proceder a una sistematización y reorganización de los Tratados en aras de una mayor transparencia y comprensión de los mismos. Estas cuestiones habían sido ya examinadas por la Comisión en el marco de la Conferencia Intergubernamental de 1996 que daría lugar al Tratado de Ámsterdam de 1997. Si bien este Tratado de 1997 había procedido a una cierta simplificación, mediante la derogación y supresión de disposiciones, los Tratados seguían siendo algo obsoletos y algo carentes de claridad y, en bastantes ocasiones, asociaban disposiciones de carácter fundamental a otras de carácter técnico, de importancia a veces muy desigual. SICILIA OÑA, B., *Derechos fundamentales..*”, op. cit., p. 99.

Laeken, se tomó la decisión de convocar una Convención, al estilo de la primera Convención que había elaborado la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 (*Supra, cap. 1º, apartado III.2.1*). A esta segunda Convención se le encargaría la preparación de la reforma y la presentación de propuestas sobre el Tratado Constitucional. El propio Parlamento Europeo ya había alertado de que el método tradicional de convocatoria de una Conferencia Intergubernamental no era suficientemente adecuado y que era preferible que se abriera un debate público, que fuera lo más amplio posible³⁰². A su vez, en el citado Consejo Europeo de Laeken de diciembre de 2001, la declaración del mismo nombre, Declaración de Laeken, había puesto de manifiesto que la Unión Europea se encontraba en un punto de inflexión, con nuevos e importantes retos que iban a requerir profundas reformas, que necesitarían de la mayor participación y aceptación posibles³⁰³. Una mayor participación de la sociedad civil en las reformas de ámbito europeo y un mayor debate podría realizarse a través de la convocatoria de una nueva Convención. Así, la Convención II, compuesta por 105 personalidades, inició sus trabajos, que servirían de punto de partida para las negociaciones de la Conferencia Intergubernamental, en febrero de 2002, y los concluyó en julio de 2003³⁰⁴. Con objeto de lograr la máxima transparencia, todas las deliberaciones y documentos fueron públicos y accesibles por Internet en la web oficial de la Convención y en múltiples foros. Sobre la base de este trabajo, en la Conferencia Intergubernamental se introdujeron algunas

³⁰² El Parlamento Europeo, en Resolución de 13 de diciembre de 1993, ya había considerado que el método tradicional de la Conferencia Intergubernamental era inadecuado y que “*debería convocarse una Convención similar a la que elaboró la Carta de Derechos Fundamentales, en la que participen representantes de los países candidatos y en la que ninguna parte tenga derecho de veto y que, tras un amplio debate público, elabore un proyecto de reforma, simplificación, reorganización de los Tratados en un documento único, claro y conciso*”.

³⁰³ Sobre la Declaración de Laeken y sobre los retos que se planteaban, *Vid.*, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis institucional*, Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional, Madrid 17-18 de diciembre de 2007, Iustel, 2008, p. 6.

³⁰⁴ La Convención estuvo presidida por Valerie GISCARD DÉSTAIN y sus trabajos fueron impulsados por un activo *Praesidium* -Presidente y dos vicepresidentes de la Convención ,AMATO y DEHAENE- y por 9 miembros representantes de los Gobiernos que ostentasen presidencia durante la Convención -España, Dinamarca y Grecia-, junto a 2 representantes de los parlamentos nacionales, 2 del Parlamento Europeo y 2 representantes de la Comisión. La actividad de la misma se organizó en sesiones plenarias, grupos de trabajo y círculos de debate. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa...*”, cit., p. 6; y SICILIA OÑA, B., *Derechos fundamentales...*”, op. cit., pp. 118-123.

modificaciones, presentándose finalmente en Roma, en octubre de 2004, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 2004.

El Tratado Constitucional de 2004 se dividía en cuatro grandes partes. Después de un Preámbulo de carácter constitucional, la primera parte estaba dedicada a los principios, objetivos y disposiciones institucionales por los que tendría que regirse la nueva Unión Europea³⁰⁵. La segunda parte consistía en la inserción de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 al Derecho originario. La tercera parte incluía disposiciones relativas a las políticas y al funcionamiento de la Unión Europea y, entre ellas, las disposiciones relativas al mercado interior, a la Unión Económica y Monetaria y al espacio de libertad, seguridad y justicia, así como la política exterior y de seguridad común (PESC)³⁰⁶. Por último, la cuarta parte se dedicaba a las disposiciones generales y finales del Tratado relativas a su entrada en vigor, su revisión y a la derogación de Tratados vigentes.

B.- Repercusiones del rechazo del Tratado Constitucional de 2004 en punto al proceso de constitucionalización de los derechos sociales en el ámbito europeo.- De haberse aprobado el Tratado Constitucional de 2004, el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 hubiera constituido Derecho originario. La no aprobación de este Tratado Constitucional provocó un retraso o demora importante en el proceso de configuración del Modelo social europeo. La proclamación formal de la Carta en 2000 había sido recibida, mayoritariamente, como un paso adelante en dicho proceso³⁰⁷. Que se hubiera

³⁰⁵ La primera parte estaba dividida en 9 títulos: 1.- Definición y objetivos de la Unión Europea. 2.- Derechos fundamentales y ciudadanía. 3.- Competencias. 4.- Instituciones. 5.- Ejercicio de las competencias. 6.- Vida democrática de la Unión Europea. 7.- Finanzas. 8.- La Unión Europea y su entorno más cercano. 9.- La pertenencia a la Unión Europea.

³⁰⁶ Esta tercera parte comprendía también: disposiciones de aplicación general, la no discriminación y la ciudadanía, la acción y políticas interiores, la asociación de los países y territorios de ultramar y la acción exterior de la Unión Europea.

³⁰⁷ Fue unánime el planteamiento de que la, entonces previsible, inserción de los derechos sociales en el Tratado constituía el medio mediante el cual la política social de la Comunidad dejaría de ser un Anexo de la política económica. WEISS, M., "Los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea", Conferencia pronunciada en Seminario Internacional en la Universidad Complutense de Madrid, Octubre 2000. En sentido similar LYON-CAEN, A., en su ponencia en el citado Seminario Internacional, destacó "el indiscutible valor de la Carta de

planteado su inclusión en el Derecho originario, significó desde ese momento que se sucedieran en el ámbito comunitario interesantes debates en torno a la naturaleza y el alcance de los derechos sociales recogidos en la misma, ejercitables o no³⁰⁸. Muchos, sin embargo, no valoraron positivamente, ni la existencia misma de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000, ni su pretendida incorporación al Derecho originario, pues consideraban que la formulación de los derechos sociales en la Carta no constituía un *minimum* social comunitario y suponía un importante recorte en la protección de los derechos sociales fundamentales. En este sentido, su no aprobación fue considerada más bien como motivo de alegría, más que de preocupación³⁰⁹.

Las referencias judiciales a la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 fueron desde entonces muy numerosas, tanto aquellas limitadas a hacer referencia a determinados artículos de la Carta, sin entrar en el valor jurídico de ésta, como aquellos otros pronunciamientos en los que se entra a valorar el valor jurídico de la misma. Entre estos últimos destacaban las siguientes afirmaciones: que la Carta *básicamente “no tiene carácter vinculante, son valores compartidos unánimemente por los Estados, pero se les dota de mayor presencia al situarlos en una Carta”*; *“deben ocupar el más alto nivel y sería inexplicable no acudir a la Carta para identificar los elementos que permitan distinguir los derechos fundamentales de los demás derechos”*; *“es fuente preciosísima del común denominador de los valores jurídicos primordiales en los Estados miembros, de donde emanan a su vez, los principios generales del derecho”*; *“es parámetro de referencia fundamental para todos los actores de la escena comunitaria”*³¹⁰.

derechos fundamentales como elemento que altera el proceso hegemónico de corte mercantilista que ha caracterizado el desarrollo de la Unión Europea”.

³⁰⁸ Se planteaba también la importante cuestión sobre la conveniencia de que la Carta contuviera tan sólo aquellos derechos que puedan ser ejercitables judicialmente o, por el contrario, debían incorporarse también otros, de carácter más general, que se configuraran como objetivos de la Comunidad. A juicio de WEISS, M., nada obstaba para incluir ambas categorías siempre y cuando -y esto era fundamental- se separara con claridad cuales constituían derechos susceptibles de reclamación judicial y que otros eran realmente conceptos de valor abiertos a futuros desarrollos.

³⁰⁹ ESTÉVEZ ARAUJO J. A., “La carta de derechos...”, op. cit., p. 159.

³¹⁰ Puede verse una relación de todos estos pronunciamientos en SICILIA OÑA, B., *Derechos fundamentales*..., op. cit., pp. 241-259.

Fue necesario esperar a la adopción del Tratado de Lisboa en 2007 para que los derechos fundamentales previstos en la Carta adquirieran, al menos formalmente, un determinado valor jurídico (*Infra, cap. 1º, apartado IV.3.1*). Hasta ese momento, los derechos fundamentales recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 permanecerían vigentes como principios generales de derecho comunitario, principios que iban a orientar la actuación de las Instituciones comunitarias y en especial la del Tribunal de Justicia comunitario.

IV.- CUARTA ETAPA: LA PRECARIA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: LA REFORMA DE 2007.

1.- Antecedentes y génesis de la adopción del Tratado de Lisboa de 2007.- Desde los Estados miembros y desde las propias Instituciones de la Unión se hacía patente la necesidad de superar el sonado fracaso del Tratado Constitucional de 2004. Los procesos de ratificación del pretendido Tratado Constitucional llevados a cabo en los Estados miembros se habían iniciado en octubre de 2004, en paralelo con la adhesión de diez nuevos Estados miembros, en mayo de 2004. El rechazo al nuevo Tratado Constitucional, en votación en Francia, el 29 de mayo de 2005, y en los Países Bajos, el 1 de junio de 2005, significó la paralización de los restantes procesos de ratificación en los Estados miembros³¹¹. A raíz de estos rechazos, la Unión Europea entró en una situación de desorientación y de desilusión: “El rechazo produjo un estado de generalizado aturdimiento político que no sólo paralizó el proceso de ratificación, sino que también condujo al Tratado constitucional y, con él, al propio desarrollo de la Unión Europea a un preocupante callejón del que su salida era muy incierta. Y, lo que es peor, desbarató la ilusión constitucional³¹²”.

³¹¹ Ello a pesar de que en una Declaración nº 30 aneja al citado Tratado de 2004 se preveía la posibilidad de que el proceso de ratificaciones presentará dificultades y la posibilidad de subsanarlas. Esta declaración precisaba que si transcurrido un plazo de dos años desde la firma del Tratado Constitucional “*las cuatro quintas partes de los Estados miembros lo han ratificado y uno o varios Estados miembros han encontrado dificultades para proceder a dicha ratificación, el Consejo examinará la cuestión*”.

³¹² MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa...*, cit., p. 8.

En estas fechas, el Consejo abrió un periodo de reflexión con la intención de buscar una salida satisfactoria que no sirvió para gran cosa. Más no podía ignorarse que una mayoría de los Estados miembros, dieciocho de veintisiete, habían ratificado el Tratado Constitucional y había que buscar una solución entre los que pretendían sacar el Tratado adelante con modificaciones, y quienes, por el contrario, deseaban aprovechar la oportunidad para enterrarlo definitivamente³¹³. Se decía que uno de los principales errores había sido, quizás, querer emular una Constitución: comparar y analizar el proyecto como si fuera una Constitución de Estado³¹⁴. Lo que parecía claro es que el debate constitucional al que se había enfrentado Europa en 2004 estaba en íntima relación con el modelo de Estado que se quería para Europa, sobre el que no parecía haber acuerdo³¹⁵. En el plano social, el debate se situaba, en palabras de RODRÍGUEZ PIÑERO en torno a la configuración de un Estado social federalizado, que supondría la reconstrucción a nivel supranacional de las capacidades de control político de la economía y de lo social, “que no es posible y no es realista”, versus un Federalismo cooperativo, en el que se preservara la autonomía social de los Estados y en el que el nivel comunitario tendría más bien un papel de coordinación y de supervisión estimulando respuestas eficaces a problemas comunes. (..) “este modelo cooperativo asigna un papel primordial a la constitucionalización y a la existencia de un catálogo de derechos sociales fundamentales reconocidos directamente en el nivel de la Unión Europea, pero sin aspirar a sustituir sistemas nacionales de protección social sino a salvaguardarlos”.

Existían argumentos, en todo caso, en favor de que existiera una cultura común europea, si bien, cuestión distinta era la elaboración de un texto

³¹³ MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa...*, cit., p. 9.

³¹⁴ MANGAS MARTÍN, A., “Lisboa, un Tratado con vocación de futuro, Estudio introductorio” en *Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento y otros actos básicos de la Unión Europea*, 15ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, p. 18. Según esta autora, la utilización del término Constitución se sacó de contexto en la Declaración de Laeken de 2001 pues la opción Constitución se mencionaba para dar solución a la falta de comprensión y transparencia en la quincena de tratados existentes hasta entonces.

³¹⁵ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “Derechos sociales fundamentales y Unión Europea”, *Relaciones Laborales* nº 19, 2007, tomo II, LA LEY 5335/2007.

constitucional de ámbito supranacional. Para esto último, Europa no parecía estar preparada. Como señaló un importante constitucionalista alemán MERLI “no podemos esperar de una organización supranacional el mismo grado y tipo de democracia que la que conocemos en nuestros Estados constitucionales, precisamente porque las Constituciones de éstos no permiten que la Unión Europea llegue a organizarse como un Estado. Para alcanzar ese sistema constitucional, Europa no está aún preparada³¹⁶”.

Tuvieron que transcurrir más de dos años de *impasse* constitucional para que la Unión Europea encontrara el camino para salir de la complicada situación en la que se situaba³¹⁷. Fue en el Consejo Europeo de Bruselas celebrado los días 21 y 22 de junio de 2007. En esta cumbre europea se aprobó un mandato preciso de convocatoria de una nueva Conferencia Intergubernamental llamada a elaborar un nuevo Tratado de Reforma, que se materializaría finalmente en el Tratado de Lisboa de 2007. La adopción del Tratado de Lisboa respondía a la necesidad urgente de relanzar el proyecto europeo y de dotarlo de mayor consistencia³¹⁸. Se trataba de dar mayor estabilidad a la Unión Europea, a sus bases jurídicas y políticas, y mejorar el funcionamiento de sus Instituciones, pero también había que atender al funcionamiento del mercado interior, cuyo objetivo fundamental era la libre circulación de personas, capitales y servicios. Las ampliaciones de la Unión Europea al este y centro de Europa, con la incorporación de cien millones de nuevos ciudadanos comunitarios en 2004, habían supuesto un fuerte impacto, social y económico, que había que

³¹⁶ MERLI, F., “Hacia una Constitución Común Europea”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 9, 2001, p. 245.

³¹⁷ Durante este periodo, SARKOSY presentó unos provocadores mini-tratados de Constitución. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa...*, cit., pp. 11-13: “el principal escollo llegó paradójicamente de tres Estados que habían firmado sin rechistar el Tratado constitucional en Roma pero, ignorando el principio *pacta sunt servanda*, aprovecharon la coyuntura para reabrir la negociación a aspectos cruciales ya cerrados y plantearon líneas rojas sobre las más variadas cuestiones”.

³¹⁸ MARTÍN VALVERDE, A. y MIRANDA BOTO, J. M., “El Tratado de Lisboa y el Derecho social de la Unión Europea”, Actualidad Laboral, nº 19, quincena del 1 al 15 de noviembre, 2010, tomo 2, LA LEY 13367/2010, p. 1.

atemperar; a la par que, en el plano político, se requería sin lugar a dudas hacer el proyecto europeo más accesible, más creíble y más aceptable.

La elaboración del Tratado de Lisboa en 2007 en el seno de una Conferencia Intergubernamental -CIG 97- fue planificada en detalle³¹⁹, pues se pretendía que la adopción del nuevo Tratado se llevara a cabo con la máxima celeridad y siempre tomando como base los trabajos realizados en la anterior Conferencia Intergubernamental de 2004 para la elaboración del fracasado Tratado Constitucional de dicha fecha³²⁰. En este sentido, se produjo un rescate selectivo de todo lo que resultaba aceptable por todos³²¹. La Conferencia Intergubernamental de 2007 debía de concluir sus trabajos *“con la mayor celeridad posible”* y, en cualquier caso, *“antes de final de 2007”*, de manera que *“exista margen temporal suficiente para ratificar el Tratado antes de las elecciones al Parlamento Europeo de junio de 2009”*³²². En atención a dicha celeridad, la Conferencia Intergubernamental de 2007 fue la más rápida de la historia, seguramente para impedir que se dilataran las negociaciones y/o que éstas desembocarán en nuevos fracasos, y también fue la más técnica³²³. Para

³¹⁹ El contenido del mandato del Consejo Europeo de Lisboa de junio 2007 a la Conferencia Intergubernamental de 2007 fue muy preciso y detallado. En un total de quince páginas se recogían las principales modificaciones que se realizarían en el TUE *“que constará de seis títulos”*, en el TCE, especificando claramente, por un lado, las *“modificaciones que se introducen con respecto a las novedades de la Conferencia Intergubernamental de 2004”* y, por otro, las *“modificaciones en comparación con los resultados acordados en la Conferencia Intergubernamental de 2004”*.

³²⁰ El punto 4 del mandato de la Conferencia Intergubernamental de 2007, establecido en documento anejo a las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas, 21-22 de junio de 2007, establecía que se integraran en los nuevos TUE y TFUE, las novedades resultantes de la Conferencia Intergubernamental de 2004. Se refieren, *“en particular, a las competencias respectivas de la Unión Europea y de los Estados Miembros y su delimitación; al carácter específico de la Política exterior y de seguridad común; al mayor papel de los Parlamentos nacionales; al tratamiento de la Carta de Derechos Fundamentales; y a un mecanismo, en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, que permita avanzar en un determinado acto a los Estados miembros que deseen utilizarlo, dejando la posibilidad de no participar a los Estados miembros que no deseen hacerlo”*.

³²¹ Se trataba de reflotar la Unión a partir de los elementos salvables del contenido del proyecto fracasado para encarrilarlo sobre los raíles tradicionales del tren europeo compuesto de numerosos vagones, tantos como tratados en vigor. MANGAS MARTÍN, A., *“Lisboa, un Tratado con vocación...”*, cit., pp. 17-18; MANGAS MARTÍN, A., *“Reflotar Europa tras hundir la nave constitucional”*, artículo publicado por El Mundo 25.07.07.

³²² Los entrecomillados pertenecen al punto 11 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 21-22 de junio de 2007.

³²³ Sobre todo el proceso y dictámenes del Parlamento Europeo, Comisión y Banco Central Europeo, *Vid.*, MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa...*, cit., pp. 13-16.

muchos la salida del laberinto constitucional fue posible por los cambios en los procesos políticos producidos en los factores condicionantes de la parálisis, el contexto y los actores³²⁴.

2.- Novedades de carácter general en el Derecho originario a partir del Tratado de Lisboa de 2007.- Las novedades que introdujo el Tratado de Lisboa de 2007 en el Derecho originario son muchas y de gran profundidad. A primera vista, el Tratado de Lisboa se asemeja a los anteriores Tratados de reforma: simplificado en la forma con sólo siete artículos, cinco de ellos disposiciones finales. Sin embargo, los dos primeros artículos contienen un total de ciento setenta y tres páginas de modificaciones, tratándose a tal efecto de un texto sumamente complejo³²⁵. Interesa detenerse en determinadas novedades de carácter general agrupadas bajo los siguientes epígrafes: 1.- Reordenación del marco jurídico e institucional (apartado 2.1.). 2.- Reformas en las Instituciones comunitarias (apartado 2.2). 3.- Delimitación, ejercicio y distribución de competencias en el ámbito de la Unión Europea (apartado 2.3). 4.- Modificaciones en los procesos legislativos y en la técnica o método de coordinación abierta o MAC (apartado 2.4).

2.1.- Reordenación del marco jurídico e institucional.- Las reformas que introdujo el Tratado de Lisboa de 2007 produjeron modificaciones sustanciales en la ordenación del marco jurídico e institucional comunitario y en la propia concepción de la Unión Europea. Las reformas más significativas fueron las siguientes³²⁶:

³²⁴ ALDECOA LUZÁRRAGA, F., "El tratado de Lisboa como salida al laberinto constitucional", en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El tratado de Lisboa...*, cit., pp. 35-55.

³²⁵ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "Estudio Preliminar sobre el Tratado de Lisboa", artículo publicado en la página web del Real Instituto Elcano, *Especiales sobre el Futuro de Europa, 2007*, p. 18: Sin olvidar la trascendencia de los protocolos anejos al Tratado de Lisboa, ni sus anexos y 65 declaraciones. Es de agradecer que no se mencione en el Preámbulo que deseo de mejorar "la transparencia de la Unión y sus Instituciones y/o acercar éstas a los ciudadanos ..(...)"; ni deseándolo adrede se hubiera logrado mejor que el texto ahuyentara a cuantos tuvieran la curiosidad de acercarse a él para conocer *grosso modo* su contenido.

³²⁶ Se sigue en este punto a MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., "Estudio Preliminar..", cit.

Primera.- Desaparición de la tradicional separación diseñada por el Tratado de Maastricht de 1992 entre un Pilar comunitario, la Comunidad Europea, y los dos extracomunitarios, Política exterior y de Seguridad común y Cooperación policial y judicial en materia penal. Esta desaparición de la distinción de los Tres Pilares está en consonancia con la tendencia hacia una mayor comunitarización de materias anteriormente ajenas a la Comunidad Europea.

Segunda.- Cambio de denominación de los Tratados de Derecho originario, que no tendrán carácter constitucional, y que se denominarían Tratado de la Unión Europea o TUE y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE. El Tratado de la Unión Europea conservaría su denominación pero el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea pasaría a ser denominado Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pues la Unión tendrá una única personalidad jurídica y la palabra Comunidad se sustituirá por Unión³²⁷. *“La Unión sustituye y sucede a la Comunidad”* (art. 1.3 TUE)³²⁸. El Tratado de la Unión Europea va a contener los aspectos más relevantes de la Unión Europea, que ahora ha sustituido a la Comunidad Europea, y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea concretaría el funcionamiento de la Unión y diversos aspectos institucionales, procedimentales, de competencia y otros. A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, ambos Tratados *“tendrán el mismo valor jurídico”* (art. 1.3 TUE).

Tercera.- Modificación de los artículos 2 y 3 TUE en relación a los valores y objetivos que defiende la Unión. El artículo 2 TUE reproduce básicamente en contenido del antiguo artículo 6.1 TUE, y hace referencia a los valores en los que se fundamenta la Unión Europea: la dignidad humana, la libertad, la democracia,

³²⁷ Punto 3 del mandato de la Conferencia Intergubernamental de 2007 que establecía además que la terminología reflejará ese cambio: *“El Ministro de Asuntos Exteriores pasará a denominarse Alto representante de la Unión para Asuntos Exteriores y de Política de Seguridad y se abandonan las denominaciones ley y ley marco, conservándose los de reglamento, directiva y decisión actuales”*.

³²⁸ Art. 1.3 TUE: *“La Unión se fundamenta en el presente Tratado y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Ambos Tratados tienen el mismo valor legal. La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea”*.

la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos³²⁹. En cuanto a los objetivos de la Unión Europea, el artículo 3 TUE, viene a incorporar lo dispuesto en los antiguos artículos 2 del TUE y del TCE, con algunas modificaciones relativas principalmente a las relaciones de la Unión con el mundo (art. 2.5 TUE)³³⁰, así como a los objetivos de carácter social (*Infra, cap. 1º, apartado IV.2.1*).

Cuarta.- Desaparición en el Derecho originario de una referencia expresa al principio de primacía del Derecho comunitario. Si bien, como se señaló en la propia Conferencia Intergubernamental de 2007, el principio de primacía del Derecho comunitario, frente a los derechos nacionales de los Estados miembros, es inherente a la naturaleza específica de la Unión Europea³³¹. Por lo que, el hecho de que no aparezca expresamente en el Derecho originario, no cambia en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia vigente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³³².

Quinta.- Reconocimiento de valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales, que va a tener “*el mismo valor jurídico que los Tratados*” (art. 6.1. TUE), y anuncio sobre la futura adhesión de la Unión Europea a la Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6.2 TUE). Por la amplia extensión de estas novedades se analizarán en un apartado independiente (*Infra, cap. 1º, apartado IV.4*).

Sexta.- Introducción de un nuevo Título en el TUE, el Título II, relativo a los “*Principios democráticos*” de la Unión Europea que comprende los artículos

³²⁹ Estos valores, en la letra del artículo 2 TUE, “*son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres*”.

³³⁰ Art. 3.5 TUE: “*En sus relaciones con el mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho Internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de Naciones Unidas*”.

³³¹ En este sentido se expresa el Acta final de la Conferencia Intergubernamental de 2007 que incorpora el Dictamen jurídico del Consejo, Documento 11197707, JUR 60.

³³² MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES J., “*Estudio Preliminar...*”, cit., p. 18.

9-12 TUE. El artículo 9 TUE introduce una cláusula de garantía transversal del principio de igualdad (*“la Unión respetará en todas sus actividades el principio de Igualdad”*)³³³ y define la ciudadanía de la Unión Europea (*“Será ciudadano de la Unión Europea toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión Europea se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”*). El artículo 10 TUE establece que el funcionamiento de la Unión Europea se basa en la democracia representativa, lo que significa básicamente que: 1.- Los ciudadanos estarán directamente representados en el Parlamento Europeo (art. 10.2 TUE). 2.- Los Estados miembros estarán representados en el Consejo Europeo, que ahora pasa a ser una Institución comunitaria (*Infra, cap 1º, apartado IV.2.2*), por su Jefe de Estado o de Gobierno y en el Consejo por sus Gobiernos, que serán democráticamente responsables. 3.- *“Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión”* (art. 10.3 TUE). 4.- Los partidos políticos europeos contribuirán a fortalecer la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión Europea (art. 10.4 TUE). El artículo 11.4 TUE regula a su vez la iniciativa popular³³⁴ y el artículo 14 TUE las nuevas competencias atribuidas a los Parlamentos nacionales³³⁵.

³³³ A su vez los artículos 18 y 19 TFUE establecen disposiciones de aplicación general con respecto al principio de no discriminación.

³³⁴ Art. 11.4 TUE: *“Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados. Los procedimientos y las condiciones preceptivas de una iniciativa de este tipo se fijaran de conformidad con el párrafo primero del artículo 24 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”*.

³³⁵ Art. 12 TUE: *“Los Parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión, para lo cual: a) serán informados por las Instituciones de la Unión y recibirán notificación de los proyectos de actos legislativos de la Unión de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea; b) velarán porque se respete el principio de subsidiariedad de conformidad con los Protocolos sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad; c) participarán, en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, en los mecanismos de evaluación de las políticas de la Unión Europea en dicho espacio, de conformidad con el artículo 70 TFUE y estarán asociados al control político de la Europol y a la evaluación de las actividades de Eurojust, de conformidad con los artículos 88 y 85 de dicho Tratado; d) participarán en los procedimientos de revisión de los Tratados de conformidad con el artículo 48 TUE; e) serán informados de las solicitudes de adhesión a la Unión de conformidad con el artículo 49 TUE; y f) participarán en la cooperación interparlamentaria entre los Parlamentos nacionales y con el Parlamento Europeo, de conformidad con el Protocolo sobre los cometidos de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea”*.

Séptima.- Introducción de nuevos mecanismos de reforma de los Tratados, a través de dos procedimientos de revisión, ordinario y simplificado, según el alcance de la misma (art. 48 TUE)³³⁶. Es llamativo en este punto que se posibilite que los proyectos de reforma *puedan “estar encaminados a incrementar o a reducir las competencias atribuidas”* (art. 48.2 TUE). Es muy significativo también que, por primera vez en el Derecho originario, se hable formalmente de reducir competencias atribuidas a la Unión³³⁷.

2.2.- Reformas en las Instituciones comunitarias.- Las más relevantes fueron las siguientes:

A.- Nueva composición del Parlamento Europeo³³⁸ y nuevo papel de colegislador, junto al Consejo³³⁹.

B.- Conversión del Consejo Europeo en Institución comunitaria y creación de la Presidencia del Consejo Europeo³⁴⁰.

³³⁶ El primero, procedimiento de revisión ordinario, se llevará a cabo, salvo casos excepciones, a través de la convocatoria de una Convención, con alta participación institucional. Reglas especiales más rigurosas están previstas para la admisión por unanimidad de nuevos miembros. El procedimiento simplificado, que no es utilizable para aumentar las competencias atribuidas a la Unión y sólo puede alcanzar las disposiciones del TFUE, se ha de apoyar en una decisión del Consejo Europeo por unanimidad. *Vid.*, ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, P., “El sistema institucional en el Tratado de Lisboa: entre la continuidad y el cambio”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa...*, cit., pp. 205-224.

³³⁷ Según MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa...*, cit., p. 28, trasluce el deseo de algunos Estados miembros –cada vez menos disimulado- de renacionalizar algunas competencias de la Unión. Según MARTÍN VALVERDE, A. y MIRANDA BOTO, J. M., “El Tratado de Lisboa...”, cit., p. 1, sólo se mantiene el carácter evolutivo de la Unión Europea en el Preámbulo y en el artículo 1 del TUE. MANGAS MARTÍN, A., “Lisboa, un Tratado con vocación...”, cit., p. 36, menciona el “imparable reforzamiento de los Estados miembros se cobra con la posibilidad de hacer revisiones devolviendo competencias a los Estados miembros, algo que ningún Tratado comunitario admitió en el pasado”.

³³⁸ Art. 14.2 TUE. El número de diputados se reduce a 750, además del Presidente. Se reducen el número máximo de diputados por cada Estado miembro. “*La representación de los ciudadanos será decrecientemente proporcional, con un mínimo de 6 diputados por Estado miembro. No se asignará a ningún Estado más de 96 escaños*”.

³³⁹ Arts. 14.1 TUE y 16.1 TUE. Art. 14.1 TUE: “*El Parlamento Europeo ejercerá conjuntamente con el Consejo la función legislativa y la función presupuestarias. Ejercerá funciones de control político y consultivas, en las condiciones establecidas en los Tratados. Elegirá al Presidente de la Comisión*”.

³⁴⁰ La Presidencia del Consejo Europeo se atribuye a un órgano de nueva creación: el Presidente del Consejo Europeo, elegido por éste “*para un mandato de dos años y medio, que podrá renovarse una sola vez*” (art. 15.5 TUE). Las competencias de la Presidencia se enumeran en el artículo 15.6 TUE. Se crea además para la política exterior la figura del Alto representante de la Unión para asuntos Exteriores y política de seguridad (art. 18 TUE), que participará también en

C.- Nueva composición de la Comisión y fortalecimiento de su Presidente³⁴¹.

D.- Se convierten en Instituciones comunitarias el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas.

E.- Se reorganiza formalmente el sistema jurisdiccional: el TJCE pasa a denominarse TJUE; este nombre genérico o común a todo el sistema se desglosa en tres (art. 19.1 TUE): 1.- Tribunal de Justicia; 2.- Tribunal General - antiguo Tribunal de Primera instancia-; y 3.- Tribunales especializados que comprenden las salas creadas por el Tratado de Niza de 2001 y que conocerán de recursos en primera instancia en materias específicas³⁴².

2.3.- Delimitación, ejercicio y distribución de competencias en el ámbito de la Unión Europea.- Según lo dispuesto en el artículo 5 TUE, los principios que delimitan la actuación comunitaria o ejercicio de competencia son básicamente dos: 1.- el **principio de atribución** que significa que la Unión Europea sólo actuará cuando los Estados miembros le hayan atribuido expresamente, en los Tratados, competencia para ello; y 2.- el **principio de subsidiariedad**, que determina que la actuación de la Unión será siempre subsidiaria de la de los Estados miembros, es decir, se actuará a nivel comunitario cuando *“la acción nacional para alcanzar unos objetivos sea insuficiente y dichos objetivos si puedan ser alcanzados mejor a nivel*

los trabajos del Consejo europeo (art. 15.2 TUE). Sobre el mayor peso otorgado al Consejo, y la necesidad de que España se posicione en ese debate, pueden verse las sugerencias de CLOSA MONTERO, C. y MOLINA DE CIENFUEGOS, I., “La elaboración y coordinación por el Gobierno de la política europea: apuntes para negociar mejor la maraña post-Lisboa” publicado en la web oficial del Real Instituto Elcano el 21/07/2010.

³⁴¹ Se limita número de miembros de la Comisión, a partir del 1 de noviembre de 2014, a los dos tercios del número de Estados miembros, estableciéndose un sistema de rotación igualitario entre éstos (art. 17.4 TUE). Hasta el 1 de noviembre de 2014, un comisario por Estado miembro.

³⁴² Entre ellas, la función pública europea. MANGAS MARTÍN, A., “Lisboa, un Tratado con vocación...”, cit., p. 35. La composición y competencias del sistema jurisdiccional no se alterarán respecto de las reformas de Niza de 2001. Se confirma que en el Tribunal de Justicia y en el Tribunal General habrá un juez por cada Estado miembro; incluso, en este último, se mantiene la posibilidad de que haya más de un Juez por Estado miembro. Y se mantiene el sistema de recurso con ligeras reformas, como la del recurso de nulidad, que se abre al Comité de las Regiones sólo para la defensa de sus propias prerrogativas o facultades, y la relativa al recurso interpuesto por particulares o asimilados -regiones, ayuntamientos, etc.-; en este sentido, el artículo 263 TFUE.

comunitario³⁴³. Con respecto a estos principios de actuación y de distribución de competencias comunitarias, la reforma operada por el Tratado de Lisboa ha significado lo siguiente:

- En cuanto al **principio de atribución**, lo más llamativo de la reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa 2007 ha sido que se reitera en numerosas ocasiones la vigencia de este principio. Así, aparece mencionado al menos en varias disposiciones del TUE (art. 1 primer párrafo³⁴⁴, art 4.1³⁴⁵, art. 4.2 in fine³⁴⁶, art 5³⁴⁷, y art 6.1 segundo párrafo³⁴⁸) y en otras del TFUE (art. 1.1³⁴⁹ y art. 7³⁵⁰). Es interesante la insistencia en dejar claro algo sobre lo que nadie tiene la menor duda: que las competencias no atribuidas a la Unión corresponden a los Estados miembros³⁵¹. Toda capacidad de actuar de la Unión se deriva de lo recibido por sus Estados miembros para la consecución de determinados objetivos por obra de los Tratados. Parece que la intención detrás

³⁴³ Art. 5.3 TUE: “En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”.

³⁴⁴ En el primer párrafo del artículo 1 TUE se lee que “los Estados miembros atribuyen (a la Unión) competencias para alcanzar sus objetivos comunes”; y, desde el otro ángulo, el artículo 52 TUE viene a decir lo mismo cuando afirma que “en virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinen”.

³⁴⁵ Art. 4.1 TUE: “(De conformidad con lo dispuesto en el art. 5), toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros”.

³⁴⁶ Art. 4.2 in fine TUE: “.. en particular, la seguridad nacional seguirá siendo competencia exclusiva de cada Estado miembro”.

³⁴⁷ Art. 5 TUE: “La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad”.

³⁴⁸ Art. 6 segundo párrafo TUE: “Las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados”.

³⁴⁹ Art. 1.1 TFUE: “El presente Tratado organiza el funcionamiento de la Unión y determina los ámbitos, la delimitación y las condiciones de ejercicio de sus competencias”.

³⁵⁰ Art. 7 TFUE: “La Unión velará por la coherencia entre sus diferentes políticas y acciones, teniendo en cuenta el conjunto de sus objetivos y observando el principio de atribución de competencias”.

³⁵¹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa...*, cit., p. 26.

de estas menciones es reafirmar, y marcar con claridad, por parte de los Estados miembros, el territorio de sus propias competencias³⁵².

- Con respecto al **principio de subsidiariedad**, la reforma de Lisboa ha retocado su formulación, limitando en mayor medida la actuación de la Unión, y en favor de retener mayores competencias y/o mayor margen de actuación a los Estados miembros³⁵³. Así, el vigente artículo 5.3 TUE³⁵⁴ dice que la Unión Europea intervendrá “*sólo en el caso de que*” los objetivos cuya consecución se le asigna no puedan ser alcanzados por los Estados miembros en ninguno de los niveles de su organización territorial, “*ni el nivel central, ni a nivel regional o local*”.

- A su vez, la reforma de Lisboa introduce un **nuevo mecanismo para controlar la aplicación del principio de subsidiariedad**. A partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, puede articularse un novedoso mecanismo para que los Parlamentos nacionales y regionales controlen la aplicación del principio de subsidiariedad, es decir, para que controlen si la actuación comunitaria se ha excedido o no en el ámbito de sus competencias. El importante mecanismo denominado de alerta temprana dota de un mayor papel a los Parlamentos nacionales y regionales, estimulando, y legitimando, sus pareceres en temas relativos a la Unión Europea³⁵⁵. Los Parlamentos nacionales

³⁵² MARTÍN VALVERDE, A., y MIRANDA BOTO, J. M., “El Tratado de Lisboa...”, cit., p 3.

³⁵³ MARTÍN VALVERDE, A. y MIRANDA BOTO, J. M., “El Tratado de Lisboa...”, cit., p. 5. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La nueva regulación del régimen de competencias en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control de la subsidiariedad” en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa...*, cit., p. 273.

³⁵⁴ Art. 5.3 TUE: “*En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en el caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión*”.

³⁵⁵ Con anterioridad al Tratado de Lisboa, la labor de los Parlamentos nacionales sobre la subsidiariedad se reflejaba en unos dictámenes y en los resultados de unas votaciones que sólo sirven para aportar materia de reflexión al legislador. El sistema de alerta temprana será un aliciente o un revulsivo para estimular el control de los Parlamentos nacionales, o regionales quizás en conflicto, sobre la posición de sus gobiernos en cuestiones concretas o en debates generales sobre temas de la Unión Europea. MANGAS MARTÍN, A., “El control de la subsidiariedad” en *La constitucionalización del proceso de integración europea; Colección Escuela Diplomática* nº 9, Escuela Diplomática, Madrid, 2005, pp. 53-79.

y regionales van a poder participar en los procesos legislativos comunitarios pues, si detectaran violaciones del principio de subsidiariedad, podrían vetar e incluso desestimar determinadas propuestas legislativas de la Unión³⁵⁶. La adecuación o virtualidad de este nuevo mecanismo de control de la subsidiariedad por parte de los Parlamentos nacionales o regionales ha sido puesto en entredicho por algunos autores³⁵⁷.

La reforma operada por el Tratado de Lisboa, rescatando el contenido del fracasado Tratado Constitucional de 2004³⁵⁸, realiza en los artículos 2-5 TFUE, una importante clarificación de la distribución de competencias en el ámbito de la Unión. En el artículo 2 TFUE se clasifican las competencias de la Unión Europea en tres grandes bloques: A.- Competencias exclusivas; B.- Competencias compartidas y C.- Competencias complementarias.

A.- Competencias exclusivas: Sobre estas competencias, sólo la Unión Europea podrá legislar y adoptar actos jurídicos vinculantes (art. 2.1 TFUE³⁵⁹). En consecuencia, con respecto a las competencias exclusivas, no juega, no es de aplicación, el principio de subsidiariedad, que es válido únicamente en

³⁵⁶ En este sentido, el artículo 7 del Protocolo sobre aplicación del principio de subsidiariedad y proporcionalidad introduce en su apartado 3 la previsión de que en el supuesto de que una mayoría simple de los votos atribuidos a los parlamentos nacionales considere que existe una violación del principio de subsidiariedad tendrá por consecuencia que la *“propuesta deberá volver a estudiarse”* y, además, *“por mayoría de 55 por 100 de los miembros del Consejo o por mayoría de los votos emitidos en el Parlamento europeo, podrá ser desestimada”*.

³⁵⁷ Para PETSCHEN, es una cuestión envenenada pues los Parlamentos nacionales no pertenecen a la Unión, sino a los Estados. Por estar formado por representantes de los ciudadanos aparecen como factor de democracia pero al estar situados en un ámbito distinto al de la representación, el Estado, pueden apuntalar estructuras poco democráticas. Además, considera este autor, que para decidir si una gestión debe ser gestionada por la Unión Europea o por los Estados, es necesario acudir a una autoridad imparcial. Si se acude a una autoridad estatal se eleva la parte a la condición de juez. PETSCHEN, S., “El mandato para el Tratado de la reforma: la consolidación definitiva del *establishment* político de los Estados”, página web del Real Instituto Elcano, 19/09/2007.

³⁵⁸ Sin olvidar, como señala MANGAS MARTÍN, A., “Lisboa, un Tratado con vocación...”, cit., p. 22, que el fracasado Tratado Constitucional lo que hacía era resumir o codificar el acervo jurisprudencial de cincuenta años.

³⁵⁹ Según lo dispuesto en el art. 2.1 *in fine* TFUE: *“...los Estados miembros, en cuanto a tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión”*. Se recuerda así que, como regla general, corresponde a los Estados miembros la aplicación del Derecho de la Unión Europea.

ámbitos compartidos por la Unión y por los Estados miembros³⁶⁰. Según lo dispuesto en el artículo 3 TFUE son competencias exclusivas de la Unión Europea, enumeración exhaustiva o cerrada³⁶¹, las siguientes: “*Unión aduanera, establecimiento de las normas sobre competencias necesarias para el funcionamiento del mercado interior, política monetaria (zona euro), conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común y política comercial común*”.

B.- Competencias compartidas: Las competencias compartidas, ya no se llaman concurrentes, son aquellas sobre las que, tanto la Unión como los Estados miembros tienen “*potestad para legislar y adoptar actor jurídicos vinculantes*” (art. 2.2 TFUE). Los Estados miembros “*ejercerán su competencia en la medida en que la Unión Europea no haya ejercido la suya*” (art. 2.2 *in fine* TFUE). Así, según el artículo 4.2 TFUE, son competencias compartidas las que se refieren a: a) mercado interior (que afecta a la libre circulación de trabajadores); b) la política social “*en los aspectos definidos en el presente Tratado*”; c) la cohesión económica, social y territorial; d) la agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos; e) el medio ambiente; f) protección de los consumidores; g) los transportes; h) redes transeuropeas; i) la energía; j) y el espacio de libertad, seguridad y justicia; y k) asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública.

Es en el ámbito de las competencias compartidas donde el principio de subsidiariedad adquiere su máxima expresión: por un lado, intenta proteger la capacidad de decisión y de actuación de los Estados miembros y, por otro, legitima la intervención de la Unión Europea cuando los Estados miembros no puedan alcanzar de forma satisfactoria los objetivos de una acción en virtud de las dimensiones y los efectos de la acción prevista. En este sentido, en materias compartidas, el principio de subsidiariedad sirve de criterio regulador del ejercicio

³⁶⁰ No obstante, la línea divisoria es variable. El Tratado de Lisboa, al definir los ámbitos de competencia exclusiva y compartida de la Unión, debería poner fin a las divergencias de interpretación sobre el ámbito de aplicación de la subsidiariedad.

³⁶¹ Además, el artículo 3.2 TFUE establece que la Unión dispondrá de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando ésta esté prevista en un acto legislativo de la Unión y cuando sea necesaria para permitirle ejecutar su competencia interna en la medida que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.

de las competencias compartidas entre la Unión Europea y los Estados miembros. El Tratado de Ámsterdam de 1997 había introducido el denominado mecanismo de las cooperaciones reforzadas en materias compartidas o posibilidad de que determinados Estados miembros disfruten de ritmos distintos de participación en las políticas comunes (*Supra*, cap. 1º, apartado II.4.1). La reforma operada por el Tratado de Lisboa extiende la posibilidad de establecer cooperaciones reforzadas a todas las materias compartidas, a instancia de nueve Estados miembros y sin posibilidad de veto *a posteriori* por los Estados miembros restantes.

C.- Competencias complementarias.- Son aquellas en las que la Unión Europea dispone de competencia para llevar a cabo “*acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros*” (art. 6 TFUE). Así, entre ellas se incluyen competencias de “*coordinación de política económicas y de empleo*”, las competencias “*en materia de política exterior y de seguridad común*” y, genéricamente, las de apoyo, coordinación o complemento “*en determinados ámbitos y en las condiciones establecidas en los Tratados*”. El artículo 6 TFUE menciona a su vez otras materias³⁶².

2.4.- Modificaciones en los procesos legislativos y en la técnica o método abierto de coordinación.- Entre otras reformas de carácter general introducidas en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa de 2007 destacan significativamente las relativas a las modificaciones en los procesos legislativos y en la técnica o método de coordinación abierta.

En cuanto a las reformas en los procesos legislativos, la más relevante es la referente a que el anterior procedimiento de co-decisión, Parlamento Europeo/Consejo, se generaliza como principal procedimiento legislativo de la Unión, denominado “*procedimiento ordinario*”, en consonancia con la nueva cotitularidad Parlamento Europeo/ Consejo de la función legislativa (arts. 14.1 y 16.1 TUE). En este procedimiento ordinario, la toma de decisiones en el Consejo se hará por mayoría cualificada. El Tratado de Lisboa de 2007 da, en este sentido, una nueva definición sobre la mayoría cualificada (art. 16.4 TUE) que se

³⁶² Protección y mejora de la salud humana, industria, cultura, turismo, educación, formación profesional, juventud, deporte, protección civil, y cooperación administrativa.

utilizará a partir del 1 de noviembre de 2014³⁶³, así como determinadas disposiciones de carácter transitorio (art. 238 TFUE). Es la denominada fórmula de la doble mayoría, de un 55 por 100 de Estados miembros, con un mínimo de 15, que suponga un 65 por 100 de la población, que retrasa su aplicación, por exigencia polaca, a través de un complicado sistema articulado en dos fases temporales³⁶⁴. Junto a este procedimiento legislativo ordinario se crea una amplia categoría de “*procedimientos legislativos especiales*”, en el que se integra, entre otros, la antigua consulta. Desaparecen la cooperación y el dictamen conforme. El procedimiento legislativo especial, en el que básicamente se requiere unanimidad, tiene carácter excepcional.

Con respecto a la técnica de producción de *soft law* o método abierto de coordinación, incorporada al Derecho originario por el Tratado de Ámsterdam en materia de empleo y en materias sociales en general por el Tratado de Niza, la reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa dota al mismo de mayor fundamento jurídico (art. 5 TFUE)³⁶⁵ y extiende su utilización a numerosas materias: empleo (art. 149 TFUE), política social (arts. 153, 156 y 160), educación (art. 165 TFUE), formación profesional (art. 166 TFUE), salud pública (art. 168 TFUE), industria (art. 173 TFUE), e investigación y desarrollo (art. 181 TFUE).

3.- Novedades en materia social en el Derecho originario a partir del Tratado de Lisboa de 2007.- Sin perjuicio de las novedades relativas a la protección de los derechos fundamentales, incluidos los de carácter social (*Infra, cap. 1º, apartado IV.4*), las modificaciones más relevantes en materia social

³⁶³ Art. 16.4 TUE. “A partir del 1 de noviembre de 2014, la mayoría cualificada se definirá como un mínimo del 55 por 100 de los miembros de Consejo, que incluya al menos a quince de ellos y que represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65 por 100 de la población”.

³⁶⁴ Entre 2009 y 1 de noviembre de 2014 se seguirá aplicando el mecanismo del 205.2 TUE - artículo 238 TFUE-. Para el período comprendido entre el 1 de noviembre de 2014 y el 31 de marzo de 2017 se fija un periodo transitorio –suplementario- en el que cualquier miembro del Consejo podrá solicitar que la medida en cuestión se siga aprobando conforme a la actual regulación vigente. Por otro lado, se rescata una suerte de compromiso de Ioannina de no fácil interpretación. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa...*, cit., pp. 25-28.

³⁶⁵ “La Unión tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas” (art. 5.2 TFUE), facultando además a la Unión Europea para “tomar iniciativas encaminadas a la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros” (art. 5.3 TFUE).

introducidas en el Derecho originario a partir de la reforma operada por el Tratado de Lisboa, van dirigidas: por un lado, a reforzar la dimensión social de la Unión Europea al incorporarse nuevos objetivos sociales al Tratado de la Unión Europea (apartado 3.1); y por otro, a realizar una reorganización sistemática de las disposiciones sociales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (apartado 3.2).

3.1.- Nuevos objetivos sociales en el Tratado de la Unión Europea.-

La reforma operada por el Tratado de Lisboa de 2007 ha modificado los artículos 2 y 3 del TUE en relación a los valores y objetivos que defiende la Unión Europea (*Supra, cap. 1º, apartado IV.2.1*). El artículo 3 TUE relativo a los objetivos de la Unión viene a incorporar los antiguos artículos 2, tanto del TUE³⁶⁶ como del TCE³⁶⁷, ambos con amplio contenido social. En términos más concretos, en cuanto a los objetivos sociales de la Unión Europea, las siguientes consideraciones:

Primera.- El nuevo artículo 3.3 TUE incorpora los objetivos de carácter social ya mencionados en el Derecho originario con anterioridad a la reforma operada por el Tratado de Lisboa (antiguos arts 2 del TUE y del TCE), que eran los siguientes: *“el progreso social”, “alto nivel de empleo”, “alto nivel de protección social”, “la igualdad entre el hombres y la mujer”, “la cohesión económica y social”*. En el segundo párrafo del nuevo artículo 3.3, se añaden nuevos objetivos de carácter social: *“combatir la exclusión social y la discriminación, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los*

³⁶⁶ Art. 2 TUE (anterior al Tratado de Lisboa de 2007): *“La Unión tendrá los siguientes objetivos: promover el progreso económico y social y un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado”*.

³⁶⁷ Art. 2 TCE (anterior al Tratado de Lisboa de 2007): *“La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas y acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida y la cohesión económica y social entre los Estados miembros”*.

*derechos del niño*³⁶⁸. Se produce, sin embargo, un importante cambio en la redacción, en la retórica que se utiliza, entre lo dispuesto en los anteriores artículos 2 del TUE y TCE y el nuevo artículo 3 TUE. Estos cambios a la hora de determinar los objetivos de la Unión Europea afectarán, muy probablemente, al alcance de los mismos. Las razones de los mismos se apoyan en la necesidad de acomodar el hecho de que ya no se trata de objetivos comunitarios, de la Comunidad Europea como Primer Pilar, sino de objetivos de la Unión Europea, que comprende ahora a los tres Pilares.

Segunda.- El nuevo artículo 2 TUE, recuerda los valores en los que se funda la Unión: *“valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”*³⁶⁹ Quizás se introdujeran en los artículos iniciales del TUE ante un posible no reconocimiento de valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales.

Tercera.- El artículo siguiente, artículo 3 TUE, menciona objetivos típicos de los otros dos Pilares que no son el comunitario. Ello como consecuencia de la desaparición de la distinción entre los tres Pilares. Así, el artículo 3.1 TUE comienza señalando que la finalidad de la Unión es *“promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos”*; y el artículo 3.2 TUE habla de que *“la Unión Europea ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”*.

Cuarta.- Hay que esperar hasta el tercer apartado del artículo 3 TUE para divisar el contenido estrictamente social y el cambio es significativo. Así, si

³⁶⁸ Art. 3.3 segundo párrafo TUE: *“La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño”*.

³⁶⁹ Art. 2 TUE: *“La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”*.

anteriormente se decía *“la Comunidad Europea tendrá por misión.... un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida y la cohesión económica y social entre los Estados miembros”*. Ahora, en virtud del artículo 3.3 TUE, la Unión Europea *“obrara en pro del desarrollo sostenible de Europa, basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente..”*. Se habla en el artículo 3.3 TUE, expresamente, de *“una economía social de mercado altamente competitiva”*; término rescatado del fracasado Tratado Constitucional de 2004 referente a que el crecimiento económico debe alcanzarse por medio del mercado con fines sociales. Para algunos parece ciertamente que los tradicionales objetivos sociales van a quedar diluidos en y por esa *“economía social altamente competitiva”*³⁷⁰. Para otros, no ha de otorgarse mayor trascendencia a esta formulación, por cuanto que no se han producido cambios, ni en el modelo económico de la Unión, que sigue siendo una economía de mercado abierta y de libre competencia, ni en los objetivos de sus políticas económicas³⁷¹. Se observa que a cambio de reconocer, a nivel de la Unión, la existencia de valores comunes y de la importancia de éstos (*“el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad”*.. etc.) se resta trascendencia a los anteriormente considerados objetivos sociales a nivel de la Comunidad Europea como Primer Pilar. Parece como si la desaparición de ésta hubiera afectado a la

³⁷⁰ Por ejemplo, GÓMEZ MUÑOZ, J. M., *“Las fuentes del derecho social comunitario..”*, cit.

³⁷¹ MAESTRO BUELGA, G., *“Estado de Derecho y Constitución Económica: Algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea”*, Revista de Derecho Constitucional Europeo, año 2007, nº 8, p. 43. Debe destacarse la continuidad de la constitución económica con las versiones anteriores de los Tratados, sin que quepa otorgar una especial trascendencia a la fórmula economía social de mercado altamente competitiva. Más aún, la reciente jurisprudencia del TJCE evidencia la fuerte centralidad del mercado en el modelo, introduciendo una asimetría, incluso, entre las libertades económicas y la libre circulación de trabajadores. La constitución económica multinivel evidencia la tensión entre la intervención económica disciplinaria, tendente a la protección del modelo y la relación interterritorial, concebida como espacio de competencia. De la que se resiente la integración social.

trascendencia de aquéllos³⁷².

Quinta.- El resto del artículo 3 TUE relativo a los objetivos de la Unión y el artículo 4 TUE se dedican a reafirmar el principio atributivo: *“la Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados”* (art. 3.6); *“toda competencia no atribuida a la Unión corresponderá a los Estados miembros”* (art. 4.1 TUE); y *“los Estados miembros se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión”* (art. 4.3 último párrafo).

Sexta.- En consonancia con los cambios operados en el Tratado de la Unión Europea, el nuevo artículo 9 TFUE obliga a la Unión Europea a tener presentes los objetivos sociales *“en la definición de sus políticas y acciones”*. Esta disposición se ha denominado por la doctrina, “cláusula social de seguridad”. También en el artículo 8 TFUE se establece que *“en todas sus acciones la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”* y, por último, en el artículo 10 TFUE se establece, de nuevo, que *“en la definición y ejecución de sus políticas y acciones”, la Unión “tratará de luchar contra toda discriminación (sexo, raza, origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual)”*.

3.2.- Reorganización sistemática de las disposiciones sociales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.- La reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa ha supuesto también una reorganización sistemática de las disposiciones sociales, pero sin cambios de trascendencia. En este sentido, la libre circulación de trabajadores pasa a ocupar el capítulo I del Título IV, artículos 45 a 48 TFUE; la política de inmigración, el capítulo II del Título V del TFUE; la política de empleo, el Título IX, artículos 145 a 150 TFUE; el siguiente Título X, artículos 151 a 161 TFUE está dedicado a la política social. Desgajada ahora de la política social se encuentran en el nuevo Título XI del TFUE las disposiciones sobre el Fondo Social Europeo y, en un

³⁷² Para MARTÍN VALVERDE, A. y MIRANDA BOTO, J. M., “El Tratado de Lisboa...”, cit., p. 5., la concentración de los objetivos sociales en los dos preceptos citados (arts. 2 y 3 TUE) permite apreciar de manera más clara los rasgos propios del Modelo social europeo.

nuevo Título XII, las normas de Derecho originario sobre educación, formación profesional, juventud y deporte. Por último, la cohesión económica y social se regula en el Título XVIII, artículos 174 a 178 TFUE.

Por lo demás, las competencias comunitarias en materia social no han sufrido grandes modificaciones a partir de la aprobación del Tratado de Lisboa. Ya se ha dicho que, en la delimitación de competencias prevista en los artículos 2-5 TFUE, la política social “*en los aspectos definidos en el Tratado*” es una competencia compartida (art. 4.2 TFUE), y ello significa que sólo se podrá actuar, en virtud del principio de subsidiariedad, cuando la acción estatal sea insuficiente y la comunitaria pueda ser más eficaz. En este sentido, la elaboración y aplicación de las políticas sociales que excedan de lo previsto en los Tratados seguirán siendo competencias estatales. Y la Unión Europea se dedicará a completar, coordinar y supervisar las actuaciones de los Estados miembros.

El antiguo artículo 136 TCE, que abría el Título sobre Política social, ahora independiente del de educación, formación profesional, juventud y deporte, pasa a ser ahora el artículo 151 TFUE. A salvo de pequeñas modificaciones, el contenido de las disposiciones del Derecho originario en materia social sigue siendo prácticamente el mismo que el existente con carácter anterior a la reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa. Puede afirmarse que se ha dejado pasar una gran oportunidad para re-ordenar y mejorar técnicamente las mismas, y de concordarlas con los nuevos valores y objetivos de la Unión Europea, previstos en los mencionados artículos 2 y 3 TUE³⁷³. En todo caso, las pequeñas modificaciones que se ha incorporado en las disposiciones sociales del Derecho originario han sido las siguientes:

1.- Introducción de nuevo artículo, el 152 TFUE³⁷⁴, que básicamente se limita a reconocer y promover el papel de los interlocutores sociales.

³⁷³ MARTÍN VALVERDE, A. y MIRANDA BOTO, J. M., “El Tratado de Lisboa...”, cit., p. 9. En efecto, la enumeración de materias que contiene el precepto, artículo 153 TFUE, es poco precisa, desordenada e induce a la confusión, al entremezclarse las remisiones al procedimiento legislativo ordinario y al especial, y las menciones de la votación por mayoría cualificada y la votación por unanimidad. Según estos autores, era bastante mejor la redacción del Tratado de Ámsterdam que la actual.

³⁷⁴ Art. 152 TFUE: “*La Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Facilitará el diálogo entre*

2.- Se ha añadido un nuevo inciso en el primer párrafo del artículo 153.3 TFUE³⁷⁵, donde se recuerda que los interlocutores sociales nacionales pueden aplicar, a semejanza de lo que ocurre con cualesquiera otras Directivas sociales, las decisiones del Consejo adoptadas de conformidad con el artículo 155 TFUE (antiguo 139 TCE) que recogía la posibilidad de celebrar acuerdos colectivos, así como que la incorporación/transposición de la normativa social se realice a través de norma convencional o acuerdos transpositivos.

3.- En atención al nuevo papel del Parlamento Europeo y a los nuevos procedimientos legislativos ordinario y extraordinarios, se introducen las consiguientes modificaciones en el artículo 153.3 TFUE. El procedimiento legislativo ordinario está previsto para las materias en las que co-legislará el Parlamento Europeo junto al Consejo, previa consulta Comité Económico y Social y al Comité de Regiones, que son las siguientes: *“la mejora del entorno de trabajo, para proteger la seguridad y salud de los trabajadores”*; *“las condiciones de trabajo”*; *“la información y consulta a los trabajadores”*; *“la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 166”*; *“la igualdad entre hombres y mujeres en lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo”*; *“la lucha contra la exclusión social”*; y *“la modernización de los sistemas de protección social”*. Menciones al procedimiento legislativo especial, que exige unanimidad del Consejo, se prevén cuando se intervenga en las siguientes materias más sensibles: *“la seguridad social y la protección social de los trabajadores”*; *“la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral”*; *“la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión”*; y *“las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión”*.

ellos, dentro del respeto de su autonomía. La cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo contribuirá al diálogo social”.

³⁷⁵ Art. 153.3 primer párrafo TFUE: *“Todo Estado miembro podrá confiar a los interlocutores sociales, a petición conjunta de estos últimos, la aplicación de las directivas adoptadas en virtud del apartado 2, o, en su caso, la aplicación de una decisión del Consejo adoptada de conformidad con el artículo 155”*.

4.- Se modifica el artículo 140 TCE, ahora artículo 156 TFUE, en respuesta a la incorporación del método abierto de coordinación o producción de *soft law* en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a su extensión en materia de política social y especialmente a las materias listadas en ese artículo³⁷⁶.

4.- Novedades que introduce el Tratado de Lisboa de 2007 en la protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea.- Dos son las novedades más significativas que se introducen en el Derecho originario a en punto a la protección de los derechos fundamentales a partir del Tratado de Lisboa: en primer lugar, el reconocimiento de valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión previsto en el artículo 6.1 TUE (apartado 4.1); y en segundo lugar, el anuncio de la futura adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos recogida en el artículo 6.2 TUE (apartado 4.2). Con respecto a estas novedades, la reforma operada por el Tratado de Lisboa 2007 ha dejado muy claro que, ni las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales, ni la futura adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos *“modificará(n) (en modo alguno) las competencias de la Unión tal y cómo se definen en los Tratados”*³⁷⁷.

4.1.- Reconocimiento de valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales.- El nuevo artículo 6.1 TUE reconoce el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000, tal cómo fue re-proclamada en Estrasburgo en 2007³⁷⁸, y le dota del *“mismo valor jurídico que a los Tratados”*³⁷⁹.

³⁷⁶ Son las siguientes: *“el empleo”, “el derecho del trabajo y las condiciones de trabajo”; “la formación y perfeccionamientos profesionales”; “la seguridad social”, “la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales”; la higiene en el trabajo” y “el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores”.*

³⁷⁷ Artículos 6.1 segundo párrafo y 6.2 TUE.

³⁷⁸ La Carta de Derechos Fundamentales fue proclamada, como ya ocurrió en 2000, el 12 de diciembre de 2007 ante el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo en Estrasburgo (Francia) sede del Parlamento Europeo. Como ya se ha señalado (*Supra*, cap. 1º, apartado III.5), el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales no ha sido modificado.

³⁷⁹ Art. 6.1 TUE: *“La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los derechos fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del Título VII de la Carta por las que se*

Integrar la Carta de Derechos Fundamentales en los Tratados de Derecho originario había sido una de las principales reivindicaciones de los promotores del fracasado Tratado Constitucional de 2004 (*Supra, cap. 1º, apartado III.5*). La Carta de Derechos Fundamentales aparece ahora anexa al Tratado de Lisboa de 2007, pero no forma parte del cuerpo de los Tratados. En términos jurídicos, la Carta de Derechos Fundamentales es un auténtico tratado internacional, que se ha incorporado al Derecho originario por vía de referencia -incorporación por referencia-³⁸⁰. Que se le haya dotado del “*mismo valor jurídico que a los Tratados*” significa que la Carta tiene naturaleza de Derecho originario, es por ello que algunos la han denominado tercer tratado originario³⁸¹, con fuerza o *vis* jurídica similar a aquella de los Tratados³⁸². El hecho de que se haya dotado formalmente a la Carta de Derechos Fundamentales del “*mismo valor jurídico*” que los Tratados de Derecho originario ha sido considerado un paso importante o novedad, al menos desde un punto de vista simbólico o identitario. Opina la doctrina que se visibiliza la protección de derechos fundamentales y en este sentido, a pesar de sus carencias, “la mera existencia de la Carta ha de valorarse positivamente pues, solamente un documento escrito procura transparencia al ciudadano y puede proporcionar a la dogmática de los derechos fundamentales el irrenunciable marco de referencia de un texto y de una contextualización³⁸³”. A su vez, con la adopción de la Carta se institucionaliza un espacio común de libertad, seguridad y justicia, “capaz de guiar a las Instituciones de la Unión en

rige su interpretación y aplicación, y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”.

³⁸⁰ FERNÁNDEZ TOMÁS, A., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa...*, cit., p. 123.

³⁸¹ El solemne compromiso se convierte en derecho positivo. E. PACHE/F. Rösh, “Europäischer Grundrechtsschutz nach Lissabon –die Rolle der EMRK und der Grundrechtserklärung in der EU” *EuZW*, 2008, p. 519, citado por KOTZUR, M., “Los derechos fundamentales en Europa”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 12, julio-diciembre, 2009, p. 76.

³⁸² GAMBINO, S., “Derechos sociales, Carta de derechos fundamentales e integración europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 9, enero/junio 2008, p. 125.

³⁸³ KOTZUR, M., “Los derechos fundamentales en Europa”..., cit., p. 90. La Carta de Derechos Fundamentales clarifica lo que el TJCE había desarrollado jurisprudencialmente, y quiere ser, o convertirse al mismo tiempo, en la base de valores de la Unión que se está construyendo. Mediante sus contenidos de derechos fundamentales innovadores va mucho más allá de las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es un prolífica actualización”.

el desempeño de sus competencias que le han sido otorgadas (...) y desvela una vocación nueva, capaz de asegurar mayor vitalidad y realce a conceptos igualmente esenciales en el proceso de construcción europea como el concepto de ciudadanía de la Unión o el significado de la confianza mutua entre los Estados³⁸⁴.

Si bien el hecho de haber obtenido el consenso necesario de los Estados miembros en punto a dotar a la Carta de cierto valor jurídico es altamente significativo, principalmente de cara a dotar de entidad política al proyecto europeo, lo es también que el propio TUE (art. 6.1) deja claro que las disposiciones de la Carta *“no suponen de ningún modo modificación de las competencias de la Unión tal y cómo se definen en los Tratados”*; es decir, el hecho de haber dotado de valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales no significa, de ninguna manera, que se amplíen competencias en el plano legislativo, ni tampoco que se modifique el sistema jurisdiccional, ni las vías de acceso al mismo³⁸⁵. Además, de gran importancia es que en un Protocolo nº 30 anejo al Tratado de Lisboa se recogen determinadas reservas en la aplicación de la Carta para determinados Estados miembros: Reino Unido, Polonia y, posteriormente de forma extemporánea, República Checa³⁸⁶. Este Protocolo nº 30 fue inicialmente redactado y negociado por el Reino Unido, poniéndose de manifiesto, una vez más, que es el gobierno británico el que decide excluirse de determinados avances en la construcción comunitaria. Uno de los objetivos principales del gobierno británico con respecto a la Carta era evitar que ésta otorgara al TJCE o a los tribunales británicos facultades para derogar o reinterpretar el derecho nacional y, en particular, su legislación laboral y social. Se temía seguramente que la Carta sirviese al TJCE para expandir sus

³⁸⁴ GAMBINO, S., “Jurisdicción y justicia entre Tratado de Lisboa, Convenio Europeo de Derechos Humanos y ordenamientos nacionales”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 13, enero/junio 2010, p. 102.

³⁸⁵ La Comisión lo reafirmó en su Comunicación sobre la naturaleza de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea manifestando que: *“hay que insistir en que la Carta no modificará los recursos ni el sistema jurisdiccional configurados por los Tratados ya que en su parte dispositiva no se prevé abrir nuevas vías de acceso a la jurisdicción comunitaria”*. Documento COM (2000) 644 final, de 11 de octubre de 2000, párrafo 9.

³⁸⁶ Como señala MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa...*, cit., p. 25, se avanza, pero al elevado precio de permitir a determinados Estados un criticable menú a la carta y no sólo en los aperitivos, sino incluso en los platos principales.

competencias, lo cual esta claramente infundado porque la Carta contiene ya una serie de disposiciones horizontales, a petición del Reino Unido, que impide que se reconozcan nuevas competencias para la Unión. Ya se comentó sobre la postura británica con respecto a la adopción de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989 (*Supra*, cap. 1º, apartado II.2) y con respecto al Acuerdo sobre política social de 1992 (*Supra*, cap. 1º, apartado II.3). De nuevo, con la adopción del mencionado Protocolo nº 30 anejo al Tratado de Lisboa, la política británica renueva su euroescepticismo.³⁸⁷.

Las razones que movieron tanto a Polonia como a la República Checa, de forma absolutamente extemporánea con respecto a este último país, a adherirse al Protocolo nº 30 son bien distintas. Para entender la posición polaca ha de conocerse el contexto o situación de Polonia durante las negociaciones que desembocarían en la adopción del Tratado de Lisboa³⁸⁸. Con respecto a la República Checa, la adhesión al Protocolo nº 30 se produce poco antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en octubre de 2009. En esas fechas, el gobierno checo presidido por KLAUS exigió al Consejo como condición para firmar el Tratado de Lisboa la extensión de los efectos del Protocolo nº 30 a la República Checa basándose en diversas justificaciones en gran medida ajenas al contenido y alcance de la Carta³⁸⁹.

³⁸⁷ CRESPO ALCÁZAR, A., "El euroescepticismo de David Cameron ¿una apuesta coherente o arriesgada?", página web del Real Instituto Elcano, 14.5.2010. Este autor muestra hasta qué punto el Reino Unido será en los próximos años un *awkward partner*.

³⁸⁸ El Estado polaco gobernado por los hermanos KAZYNSKI dieron la batalla en defensa de una concepción ultra católica de la moral y de la protección de la familia, frente a los atentados que para la misma suponen el aborto y el matrimonio de personas del mismo sexo. Antes y durante la Conferencia Intergubernamental de 2007 surgió una campaña mediática para desprestigiar la Carta, según puede verse en la cierta web eurofarm se llega a afirmar que, gracias a un extraño conflicto de normas dentro de la Carta, la propia Carta podría fomentar no sólo la homosexualidad, sino incluso la pedofilia. FERNÁNDEZ TOMÁS, A., "La Carta de Derechos Fundamentales...", cit., p. 124

³⁸⁹ La principal justificación era evitar que los alemanes expulsados de Sudetes, región de Europa oriental, al término de la segunda guerra mundial, reclamaran los bienes que les fueron expropiados. Después de la segunda guerra mundial y del establecimiento del comunismo en Checoslovaquia, fueron expulsados tres millones de alemanes residentes en este país. Tras la desintegración de la ex Unión Soviética y la caída de sistema comunista en Europa oriental, los alemanes expulsados de Checoslovaquia y sus descendientes habían presentado demandas ante tribunales de Europa para recuperar sus bienes. TAJADURA TEJEDA, J., "La desconstitucionalización de los derechos fundamentales en el Tratado de Lisboa: los límites de

Las reservas en la aplicación de la Carta en estos Estados miembros, Reino Unido, Polonia y República Checa, previstas en el Protocolo 30, son más mediáticas que reales o jurídicas. Como señala MANGAS MARTÍN, “es evidente que rompe la identidad de valores. No se respeta la intangibilidad de la Carta como instrumento pleno e igual. Pero también es cierto que esa fractura puede hacer un daño más simbólico que real. La excepción (*opt out*) es más espectacular y mediática que real y jurídica³⁹⁰”. Así, el alcance jurídico de la reserva no es tal, por las siguientes razones:

Primera.- porque formalmente no caben reservas al Derecho de la Unión salvo que se articulen mecanismos de cooperaciones reforzadas -que exigen al menos nueve Estados miembros- y, especialmente, la protección de derechos fundamentales no admite dicha reserva.

Segunda.- porque la reserva no afecta a la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales en otros Estados miembros, ni tampoco afecta a la aplicación en Reino Unido, Polonia y República Checa de las disposiciones de la Carta no incluidas en el Protocolo (la reserva) que se refiere “*en especial*” – aunque no exclusivamente- “*al Título IV de la Carta*”. El Título IV de la Carta de Derechos Fundamentales hace referencia a los siguientes derechos sociales y económicos: derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27); derecho de negociación colectiva y de acción colectiva (art. 28); derecho de acceso a los servicios de colocación (art. 29); protección en caso de despido injustificado (art. 30); condiciones de trabajo justas y equitativas (art. 31); protección del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo (art. 32); vida familiar y vida profesional (art. 33); seguridad social y ayuda social (art. 34); protección de la salud (art. 35); acceso a los servicios de interés económico general; protección del medio ambiente (art. 37) y protección de los consumidores (art. 38).

la integración diferenciada”, VIII Congreso ACE, Derecho Constitucional Europeo, San Sebastián, 4 y 5 de Junio de 2010, p. 18.

³⁹⁰ MANGAS MARTÍN, A., “Lisboa, un Tratado con vocación...”, cit., p. 27; FERNÁNDEZ TOMÁS, A., “La Carta de Derechos Fundamentales...”, cit., p.123.

Tercera.- porque el alcance de la reserva va a quedar muy matizado, incluso dicha reserva podría calificarse de innecesaria o nula³⁹¹, de optarse por considerar que el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales carece de contenido jurídico vinculante a pesar de que formalmente se le atribuye “*el mismo valor jurídico que a los Tratados*”, como se argumentará con mayor detalle posteriormente (*Infra, cap. 1º, apartado V.3*).

Cuarta.- porque es el propio artículo 6.1 tercer párrafo TUE el que establece cómo ha interpretarse y aplicarse el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales de 2007. Sólo a la vista de estas reglas podrá valorarse el alcance de las reservas en la aplicación de la Carta en determinados Estados miembros. En concreto, el artículo 6.1 tercer párrafo TUE³⁹² establece, por un lado, que han de tenerse debidamente en cuenta unas Explicaciones, a las que hace referencia la Carta de Derechos Fundamentales de 2007 (apartado A); y, por otro lado, que la Carta se aplicará e interpretará con arreglo a unas Disposiciones generales previstas en los artículos 51-54 que comprenden el Título VII de la misma (apartado B).

A.- Con respecto a las **Explicaciones**, ya se dijo que la Convención I para la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 elaboró unas Explicaciones sobre la interpretación y aplicación de la misma (*Supra, cap. 1º, apartado III.2.3*). Estas primeras Explicaciones fueron posteriormente revisadas y modificadas en la Convención II (2003)³⁹³. Son estas segundas Explicaciones las que han de utilizarse actualmente en la interpretación del contenido y alcance de los derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de 2007. Sobre el valor jurídico de estas segundas Explicaciones existen diversas posturas: para algunos forman parte del Derecho originario de la misma forma y

³⁹¹ TAJADURA TEJEDA, J., “La desconstitucionalización de los derechos fundamentales...”, cit., p. 5 y p. 21.

³⁹² Art. 6.1 tercer párrafo TUE: “*Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del Título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a las que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas explicaciones*”.

³⁹³ Estas explicaciones se recogían en un Documento elaborado por el *Praesidium* de la Convención que lleva por título “*Explicaciones actualizadas sobre el texto de la Carta de los Derechos Fundamentales*”. Documento CONV 828/1/03, Bruselas, 18 de junio de 2003.

con la misma intensidad que la propia Carta, porque lo dice el artículo 52.7 de la Carta³⁹⁴; para otros, carecen de valor jurídico, porque lo dice el propio documento que las contiene³⁹⁵, y por ello no deberían ser vinculantes de ninguna manera³⁹⁶.

B.- Con respecto a las Disposiciones generales sobre la interpretación y aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de 2007, previstas en los artículos 51-54 de la misma, de difícil interpretación, interesa hacer referencia a los siguientes aspectos: 1.- alcance y ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de 2007 (apartado a); 2.- distinción entre Derechos y principios (apartado b); 3.- límites a los Derechos Fundamentales (apartado c); y 4.- cláusulas de salvaguardia general y de prohibición del abuso de derecho (apartado d).

a).- Alcance y ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de 2007.- El artículo 51.1 de la Carta³⁹⁷, establece que las disposiciones de la Carta van dirigidas, dentro del respeto al principio de

³⁹⁴ BALLESTER PASTOR, M. A., “Los derechos sociales de la Carta...”, cit., p. 6. Art. 52.7 de la Carta: “Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta, serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros”.

³⁹⁵ “Las presentes explicaciones fueron elaboradas inicialmente bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Han sido actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, a la vista de las adaptaciones de la redacción del texto de la Carta realizadas por la Convención (en particular, los artículos 51 y 52) y de la evolución del Derecho de la Unión. Si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta”.

³⁹⁶ BERCUSSON, B., *European Labour Law*, 2º ed., cit., p. 220, ha dicho directamente que las Explicaciones no deberían ser vinculantes de ninguna manera: no habían sido autorizadas por los iniciales redactores de la Carta de Derechos fundamentales en 2000 (convención I), y se realizan bajo plena responsabilidad del Praesidium de la Convención II (2004), con clara mano negra británica, con tradicionales intenciones dirigidas a eliminar o reducir en la medida de lo posible que los derechos sociales, sobre todo los que afectan a las relaciones industriales, sean considerados derechos fundamentales.

³⁹⁷ Art. 51.1 de la Carta: “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios, y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión”..

subsidiariedad, a las Instituciones, órganos y organismos de la Unión³⁹⁸, por un lado, y a los Estados miembros, por otro, en la medida en que, y sólo cuando, apliquen Derecho comunitario³⁹⁹. A continuación, en los artículos 51.1 segundo párrafo y 51.2 de la Carta⁴⁰⁰, se vuelve a reafirmar el mandato recogido en el artículo 6 TUE relativo a que la adopción de la misma: el hecho de haber sido dotada del *“mismo valor jurídico que los Tratados”*, no significa de ningún manera que se modifiquen, ni que se creen nuevas, ni que se amplíen las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión⁴⁰¹.

b).- Distinción entre Derechos y principios- Se intuye, aunque no se establece expresamente en el contenido de la Carta de Derechos Fundamentales, que existe una distinción entre Derechos Fundamentales y principios. En este sentido, el artículo 51.1 segundo párrafo de la Carta⁴⁰² menciona a los Derechos, *“que se deberán respetar”*, y a los principios, *“que serán observados”*. A partir de ahí, las disposiciones siguientes se dedican a

³⁹⁸ La Explicación al artículo 51 de la Carta establece que los términos organismos y órganos se utilizan generalmente en los Tratados para referirse a todas las instancias creadas por los Tratados o por actos de derecho derivado (véanse por ejemplo, los artículos 15 y 16 del TFUE). En este sentido, el comité de empresa europeo o cualquier instancia de representación o de participación entraría en esta categoría.

³⁹⁹ Con respecto a la aplicación en los Estados miembros, la Explicación a este artículo matiza, aportando jurisprudencia del TJUE, que bien se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión (sentencia de 13 de julio de 1989, Wachauf, asunto 5788, Rec. 1989, p. 2609; sentencia de 18 de junio de 1991, ERT, Rec. 1991, p. I-2925; sentencia de 18 de diciembre de 1997, asunto C-309/96, Annibaldi, Rec. 1997, p. I-7493), bien cuando aplican normativa comunitaria (Sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, Rec. 2000, p-I2737, apartado 37).

⁴⁰⁰ Art. 51.2 de la Carta: *“La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados”*

⁴⁰¹ En la Explicación a esta disposición, se reconoce que lo dispuesto en el artículo 51.2 y última frase del artículo 51.1: *“se trata de mencionar explícitamente lo que lógicamente se infiere del principio de subsidiariedad y del hecho de que la Unión sólo disponga de competencias de atribución”*. Se cita también jurisprudencia comunitaria (sentencia de 17 de febrero de 1998, asunto 294/96, Grant, Rec. 1998, p. I-621) para apoyar que la Carta no puede tener como efecto ampliar el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión definidas en los Tratados.

⁴⁰² Art. 51.1 segundo párrafo de la Carta: *“Por consiguiente, éstos (los Estados miembros) respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que los Tratados atribuyen a la Unión”*.

sentar ciertas reglas sobre los Derechos, por un lado, y sobre los principios, por otro.

En cuanto a los Derechos:

- Por lo que respecta a los que constituyen derechos de los Tratados, “se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos” (art. 52.2 CDF)⁴⁰³.

- Por lo que se refiere a los que se correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁰⁴, “su sentido y alcance serán iguales a los que le confiere la Convención Europea de Derechos Humanos..” (se añade “esta disposición no obstará a que el derecho de la Unión conceda una protección más extensa, art. 52.3 CDF)⁴⁰⁵. A su vez, la Explicación al mencionado artículo 52.3 de la Carta prevé el derecho a derogar, no aplicar o establecer excepciones a los derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos en caso de estado de excepción, guerra u otro peligro público. En este sentido, la Explicación se remite a lo dispuesto, por un lado, en el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que prevé el derecho de derogación para las partes contratantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁰⁶ y, por otro, a determinados preceptos de Derecho originario, los

⁴⁰³ Art. 52.2 de la Carta: “Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos”. Nos dice la Explicación que este apartado se refiere a derechos que ya han sido explícitamente consagrados por el TCE, que han sido reconocidos por la Carta y que se encuentran ahora en los Tratados (en particular, los derechos derivados de la ciudadanía de la Unión). La Carta no modifica el régimen de los derechos conferidos por el TCE, recogidos en los Tratados.

⁴⁰⁴ Según la Explicación a este apartado, la referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos se entiende hecha tanto al Convenio como a sus Protocolos y también a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁴⁰⁵ Art. 52.3 de la Carta: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”. Según la Explicación con esta disposición se pretende que el nivel de protección ofrecido por la Carta de Derechos Fundamentales no pueda nunca ser inferior al garantizado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁴⁰⁶ Art. 15 CEDH (Derogación en caso de estado de excepción): 1.- “En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las

artículos 4.1 TUE y 72 y 347 TFUE, relativos al derecho de derogación en caso de excepción reconocido a los Estados miembros de la Unión Europea individualmente considerados⁴⁰⁷.

- “Los (derechos) que resulten de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones (artículo 52.4 CDF)⁴⁰⁸”. Dice la Explicación a este artículo 52.4 que esta disposición se basa en el artículo 6.3 TUE (“los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros formarán parte del derecho de la Unión como principios generales”), y toma debidamente en consideración el planteamiento de las tradiciones constitucionales comunes seguidas por el TJCE⁴⁰⁹. Además, la citada Explicación al artículo 52.4 de la Carta se aventura aquí a explicar también el artículo 6.3 TUE, estableciendo en este sentido que: “según esta norma (artículo 6.3 TUE), en lugar de seguir un planteamiento rígido de <mínimo común denominador>, los derechos correspondientes recogidos en la Carta deben interpretarse de forma que

restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional”; 2.- La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7 (prohibición de la tortura, esclavitud o servidumbre y no hay pena sin ley). 3.- “Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación”.

⁴⁰⁷ En este sentido, dice la Explicación al artículo 52.3 de la Carta que “se hará con arreglo a las responsabilidades reconocidas en artículo 4.1 TUE y artículos 72 y 347 del TFUE”. El artículo 4.1 TUE reafirma el principio de atribución (“toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros). El artículo 72 TFUE establece que mantener el orden público y la seguridad interior es competencia de los Estados miembros. El artículo 347 TFUE establece que “los Estados miembros se consultarán a fin de adoptar de común acuerdo las disposiciones necesarias para evitar que el funcionamiento del mercado interior resulte afectado por las medidas que un Estado miembro pueda verse obligado a adoptar en caso de graves disturbios internos que alteren el orden público, en caso de guerra o de grave tensión internacional que constituya una amenaza de guerra, o para hacer frente a las obligaciones contraídas por el mismo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional”.

⁴⁰⁸ Art. 52.4 de la Carta: “En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados Miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”.

⁴⁰⁹ Por ejemplo, dice la Explicación, la sentencia de 13 de diciembre de 1979, asunto 44/79, Hauer, Rec. 1979, p.3727, sentencia de 18 de mayo de 1982 asunto 155/79, AM & S, Rec. 1982, p.1575.

ofrezcan un elevado nivel de protección que resulte apropiado para el Derecho de la Unión y esté en armonía con las tradiciones constitucionales comunes”.

En cuanto a los principios, el artículo 52.5 de la Carta establece una regulación que acrecienta su carácter programático, es decir, que no son directamente aplicables ni alegables, que necesitan norma de desarrollo. En concreto, se establece en este artículo que: *“Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos”.* Con respecto a esta disposición, dice su correspondiente Explicación, se aclara la distinción entre principios y derechos. Y continua diciendo que los *“derechos objetivos deben respetarse y los principios deben observarse”*. A partir de ahí la Explicación al artículo 52.5 de la Carta detalla lo siguiente:

- Que los principios pueden aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos adoptados por la Unión en función de sus competencias y por los Estados miembros sólo en aplicación del Derecho de la Unión.

- Que en determinados casos, una disposición de la Carta de Derechos Fundamentales puede incluir elementos de un derecho y de un principio⁴¹⁰.

- Que los principios son importantes para los tribunales sólo cuando se trata de la interpretación o revisión de dichos actos, actos legislativos o ejecutivos adoptados por la Unión o por los Estados miembros. En este sentido, el artículo 52.5 *in fine* establece que *“sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos”*.

- Que los principios no dan lugar a derechos inmediatos a obtener acciones positivas de las Instituciones de la Unión o de las autoridades de los

⁴¹⁰ Dice la Explicación al artículo 52.5 de la Carta, por ejemplo, los artículos 23, 33 y 34 de la misma correspondientes, respectivamente, a igualdad entre hombres y mujeres, vida familiar y vida profesional, y seguridad social y ayuda social.

Estados miembros, lo que es coherente tanto con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁴¹¹, como con el planteamiento “de los sistemas constitucionales de los Estados miembros respecto de los principios, en particular en el ámbito del derecho social⁴¹²”.

c).- Límites a los Derechos Fundamentales.- De gran trascendencia, y de gran problemática, es la previsión contenida en el artículo 52.1 de la Carta⁴¹³ relativa a la posibilidad de que se limiten los derechos fundamentales y libertades, “cuando (estas limitaciones) sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión⁴¹⁴ o a la

⁴¹¹ Dice la Explicación: “Véase en particular jurisprudencia sobre el principio de cautela que figura en el artículo 191.2 TFUE; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2002 en el asunto T-13/99 Pfizer contra Consejo, así como una serie de sentencias sobre el artículo 33 (antiguo 39) sobre los principios de la legislación agrícola por ejemplo la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto 265/85, Van der Berg, Rec. 1987, p. 1155; control del principio de estabilización de mercados y de confianza legítima”.

⁴¹² Es muy significativo que la Explicación al artículo 52.5 de la Carta mencione a los derechos sociales y no a otro tipo de derechos, por un lado, dando a entender que todos ellos son *principios* en todos los sistemas constitucionales de los Estados miembros (ello no es así, por ejemplo en España, Italia y Portugal en algunas constituciones de los países del Este). Y ya expresamente se dice que entre los ejemplos de principios reconocidos en la Carta se encuentran determinados derechos sociales: artículo 25 -Derechos de las personas mayores-, artículo 26 -Integración de las personas con discapacidad- y artículo 37 -Protección del medio ambiente-.

⁴¹³ Art. 52.1 de la Carta: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por Ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

⁴¹⁴ La Explicación relativa al artículo 52 de la Carta nos dice que “la mención de intereses generales reconocidos por la Unión abarca tanto los objetivos mencionados en el artículo 3 TUE como otros intereses protegidos por disposiciones específicas de los Tratados, artículo 4.1 TUE, y artículos 35.3, 36 y 346 del TFUE”. Nótese, en concreto, el apartado 3 del artículo 35 TFUE no existe. El artículo 36 TFUE trata sobre prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad pública, protección de salud y vida de las personas o animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. “No obstante”, sigue diciendo el artículo 36 TFUE, “tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados Miembros”. Por su parte, el artículo 346 TFUE establece que “las disposiciones de los Tratados no obstarán a las normas siguientes: a) ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad; b) todo Estados miembros podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones o material de guerra; estas medidas no deberán alterar las competencias en el mercado interior respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares; 2.- El Consejo por unanimidad y a propuesta de la Comisión, podrá introducir modificaciones en la lista, que estableció el 15 de abril de 1958, de los productos sujetos a las disposiciones de la letra b) del apartado 1”.

necesidad de proteger derechos y libertades de los demás". En esta disposición, artículo 52.1 de la Carta, se está legitimando una importantísima vía de escape en la protección de los derechos fundamentales pues se está permitiendo que se establezcan límites *"respetando el contenido esencial de dichos principios y libertades"*; pero, a su vez, dentro del (peligroso e inseguro) *"principio de proporcionalidad"*. La Explicación al artículo 52.1 de la Carta no aclara mucho más⁴¹⁵.

d).- Cláusulas de salvaguardia general y de prohibición de abuso de derecho.- La Carta de Derechos Fundamentales contiene dos cláusulas, de salvaguardia general y de prohibición de abuso del derecho respectivamente, seguramente para contrarrestar el impacto que genera que la propia Carta que reconoce derechos fundamentales, posibilite que se admitan limitaciones a los mismos. Así, en el artículo 53 de la Carta se establece una cláusula de salvaguardia general, denominada cláusula de nivel de protección, bastante confusa⁴¹⁶: *"Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de derechos humanos y libertades fundamentales reconocidas en sus respectivos ámbitos de aplicación, por el derecho de la Unión, el derecho de los Estados miembros y el derecho internacional, los convenios internacional.. y las constituciones de los Estados*

⁴¹⁵ La Explicación al artículo 52 de la Carta nos dice que *"la fórmula empleada, se inspira en la jurisprudencia del TJCE"*. Literalmente la Explicación comienza así: *"El artículo 52 tiene por objeto fijar el alcance de los derechos y de los principios de la Carta y establecer normas para su aplicación. El apartado 1 trata del régimen de limitaciones de los derechos. La fórmula empleada se inspira en la jurisprudencia..."* ¿Cómo es posible comenzar una disposición sobre alcance de unos derechos (fundamentales) hablando de la fórmula que han encontrado para limitarlos? La Explicación no deja duda: se orienta al juzgador para que permita más bien tolere limitaciones a derechos fundamentales cuando *"(éstas) sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad; (y no constituyan una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos"* -STJCE de 13 de abril de 2000 C-292/97-).

⁴¹⁶ Lo más llamativo es que, lo que dice la Explicación al artículo 53 de la Carta, no tiene mucho que ver con lo que dice el propio artículo. Es la Explicación la que afirma con mayor sentido que *"el objetivo de esta disposición es mantener el nivel de protección que ofrecen actualmente en sus respectivos ámbitos de aplicación el derecho de la Unión, el derecho de los Estados miembros y el derecho internacional. Se menciona, debido a su importancia, el Convenio Europeo de Derechos Humanos"*.

miembros". Finalmente, el artículo 54 de la Carta establece una última cláusula relativa a la prohibición del abuso de derecho⁴¹⁷.

4.2.- Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.- Junto al reconocimiento del *"mismo valor jurídico que a los Tratados"* a la Carta de Derechos Fundamentales, el anuncio sobre una futura adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos es la segunda gran novedad introducida en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa en relación con la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión. Así, el artículo 6.2 TUE, establece que *"la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales"*, dejándose claro que *"esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que definen en los Tratados"*⁴¹⁸.

El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en adelante, Convenio Europeo de Derechos Humanos o CEDH, firmado en Roma en 1950, es el instrumento más importante del Consejo de Europa, organismo internacional con sede en Estrasburgo⁴¹⁹. Lo que anuncia el nuevo artículo 6.2 del TUE es la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. No se especifica en esta disposición si esta adhesión ha de entenderse o no referida también a los Protocolos del Convenio⁴²⁰. Adherirse al Convenio Europeo de Derechos

⁴¹⁷ Art. 54 de la Carta: Prohibición del abuso de derecho. *"Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta"*.

⁴¹⁸ Art. 6.2 TUE: *"La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados"*.

⁴¹⁹ El Convenio Europeo de Derechos Humanos entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Puede verse una versión actualizada elaborada por la Secretaría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en junio de 2010 en la página web conventions.coe.int. El texto del Convenio se presenta tal y como ha sido modificado por las disposiciones del Protocolo nº 14 a partir de su entrada en vigor el 1 de junio de 2010.

⁴²⁰ Curiosamente es la Explicación al artículo 52.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea la que establece que *"la referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos se entiende hecha tanto al Convenio como a sus Protocolos y también a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"*. El Informe JÁUREGUI del

Humanos significa, entre otros aspectos, poder acceder al sistema de control internacional que supone el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 19 CEDH)⁴²¹. Este Tribunal está formado por jueces, tantos como Altas partes contratantes (art. 20 CEDH), que son elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (art. 22 CEDH)⁴²². Desde la entrada en vigor del Protocolo 11 de 1998 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tanto Estados como personas físicas, independientemente de su nacionalidad, Organizaciones No Gubernamentales o grupos de particulares pueden presentar demandas por violación, agotadas las vías previas (art. 35 CEDH)⁴²³, a los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, por alguna de las partes contratantes del mismo (arts. 33 y 34 CEDH). Antes de la entrada en vigor de este Protocolo nº 11, los particulares tenían vetado el acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴²⁴.

En la actualidad, el proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos está en curso. El Consejo de la Unión Europea acordó, el pasado 4 de junio de 2010, el mandato de negociación de la adhesión

Parlamento Europeo sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 6 de mayo de 2010 (2009/2241/INI) documento A7-0144/2010, aboga porque la Unión Europea se adhiera también a todos los Protocolos del Convenio, con independencia de que hayan sido o no ratificados por los Estados miembros, a nivel individual. En este informe se propone también la adhesión a la Carta Social Europea.

⁴²¹ Art. 19 CEDH: “*Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas partes contratantes del Presente Convenio y sus protocolos, se instituye un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante denominado “El tribunal”. Funcionará de manera permanente”.*”

⁴²² Art. 22 CEDH: “*Los jueces serán elegidos por al Asamblea parlamentaria a título de cada Alta Parte Contratante, por mayoría de los votos emitidos, de una lista de tres candidatos presentada por esa Alta parte Contratante”.*”

⁴²³ Se requiere agotar la vía previa, vías de recursos internas en los Estados contratantes, antes de poder plantear un asunto ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁴²⁴ Hasta ese momento, el particular tenía acceso al sistema de la Comisión Europea de Derechos Humanos, eliminado por el Protocolo nº 11, si se aceptaba por el Estado en causa la cláusula facultativa del artículo 25 del Convenio y cuya doble función era decidir sobre la admisión y la elaboración de un informe secreto sobre la violación alegada. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, F., “Perfecciones e imperfecciones en el Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (1-XI-1998)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, nº. 56, mayo-agosto 1999, pp. 135-162. Según KOTZUR, M., “Los derechos fundamentales...”, cit., p. 85, “este Protocolo permitió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos convertirse en verdadero Tribunal constitucional”.

a favor de la Comisión Europea⁴²⁵. Por su parte, el Comité de Ministros del Consejo de Europa acordaba, el 20 de mayo de 2010, un mandato de negociación a favor del Comité Director de Derechos Humanos⁴²⁶. Durante el año 2011 se formaron determinados grupos -formales e informales- de trabajo integrados por expertos con la misión de orientar el complicado proceso de adhesión, sujeto a importantes condicionantes políticos⁴²⁷. El proyecto de Acuerdo de Adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, presentado por el Comité Director de Derechos Humanos de la Unión al Comité de Ministros del Consejo de Europa en octubre de 2011, no ha obtenido hasta la fecha el consenso necesario para su adopción. Son muchos los interrogantes y problemas que plantea dicha adhesión. Junto a razones políticas de diversas índole⁴²⁸, interesa analizar, en primer lugar, la competencia de la Unión Europea para adherirse a este Tratado Internacional y las pautas a seguir en dicho proceso (apartado A); en segundo lugar, la problemática que plantea que una comunidad de Estados como la Unión Europea, participe en el Consejo de Europa sin formar parte del mismo y, junto a ello, que la Unión Europea se integre en un sistema de protección diseñado para Estados, o Partes Contratantes individualmente considerados, con todos los matices que ello conlleva: la composición, funcionamiento y financiación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el acceso al mismo y la necesidad de compatibilizar varios sistemas jurisdiccionales -el nacional, el comunitario, el internacional- (apartado B).

⁴²⁵ Doc 8356/10 *Restreint* UE de 8 de abril de 2010.

⁴²⁶ Decisión nº CM/882/26052010.

⁴²⁷ El Comité Director de Derechos Humanos encomendó la tarea a un grupo de 14 expertos: 7 de Estados miembros y de la Unión Europea y 7 procedentes de Estados no miembros. Este grupo celebró ocho reuniones de trabajo con la Comisión Europea y mantuvo contactos con representantes de la sociedad civil. Se formó también un grupo informal de trabajo formado por miembros del Parlamento Europeo y de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, cuyos trabajos pueden verse en CDDH-UE (2011) 04 y en CCDH-UE (2011) 05.

⁴²⁸ Según se desprende de lo dispuesto en algunas preguntas parlamentarias del Parlamento Europeo a la Comisión determinados Estados miembros, como Francia y el Reino Unido, se están interponiendo en el camino. En este sentido, la pregunta parlamentaria del grupo verde-alemán de 8 de febrero de 2012 (0-000032/2012), en la que los parlamentarios alemanes recuerdan que *“aparcar la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de los gobiernos vulnera el principio de cooperación leal”* (artículo 4.3 TUE).

A.- Competencia de la Unión Europea para la adhesión y pautas para la misma.- El Tratado de Lisboa ha dado por fin vía libre a una vieja aspiración de la Comunidad Económica Europea: adherirse al mencionado Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6.2 TUE)⁴²⁹. Esta adhesión había sido objeto de debate en el ámbito comunitario durante décadas. En el año 1994, el TJCE se había mostrado reticente a que se llevara a cabo la misma, alegando que *“no existían en los Tratados competencias ni explícitas ni implícitas para la adhesión”*⁴³⁰. Posteriormente, en 2004, con ocasión de los trabajos relativos al fracasado Tratado constitucional de 2004 (*Supra, cap. 1º, apartado III.5*), algunos Estados miembros mostraron su rechazo a la adhesión por diversos motivos⁴³¹. Al mismo tiempo, el Consejo de Europa reformaba el Protocolo nº 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, añadiéndose un nuevo párrafo al artículo 59 del mismo al objeto de posibilitar la adhesión⁴³².

⁴²⁹ En este sentido se pronunciaban el Memorándum de la Comisión dirigido al Consejo de 1979, COM (79) 210 final y el Parlamento Europeo (documento número I-547/82). NAVARRO PÉREZ, J., *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: un paso adelante en la protección de los derechos fundamentales*, Tesina, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, p. 5.

⁴³⁰ Apartado 30 del Dictamen 2/94, Adhesión de la Comunidad a la Convención Europea de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, compilación 1996, I.1759. El TJCE reconocía que los derechos humanos eran requisito de legalidad de los actos comunitarios pero la adhesión *“entrañaría un cambio sustancial del actual régimen comunitario, en la medida en que implicaría la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto (apartado 34)”*. *“Una modificación semejante (..) tendría una envergadura constitucional (apartado 35)”*. El TJCE paso de puntillas la cuestión de posibles competencias implícitas y, al objeto de determinar que la Unión Europea carecía de competencias para la adhesión, se apoyó en el artículo 235 del TCEE señalando que *“no puede servir de fundamento para la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuviesen por resultado una modificación del Tratado efectuada sin respetar el procedimiento de modificación previsto en el mismo”* (apartado 30). Este Dictamen suscitó encontradas opiniones doctrinales y variados desacuerdos entre los Estados miembros. SICILIA OÑA, B., *Derechos fundamentales...*, cit., pp. 359- 363. NAVARRO PÉREZ, J., *La adhesión...*, cit., pp. 11-13; PI LLORENS, M., *Los Derechos Fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 9; y HERMIDA DE LLANO, C., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, Anthropos, 2005.

⁴³¹ Puede verse, por ejemplo, el documento de trabajo CONV 72/02 del grupo de trabajo II de la Convención de Laeken de 15 de diciembre de 2001.

⁴³² Art. 59.2 CEDH: *“La Unión Europea podrá adherirse al presente Convenio”*.

El Tratado de Lisboa previó en un Protocolo nº 8 anejo al mismo sobre el artículo 6.2 TUE, que anuncia y legitima la adhesión, determinadas pautas sobre cómo debía llevarse a cabo la misma; son las siguientes:

1.- “que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión⁴³³”;

2.- “que no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones⁴³⁴”;

y 3.- “que ninguna disposición del Acuerdo de Adhesión afecte al artículo 344 TFUE⁴³⁵”. Significa esto que los asuntos entre las partes contratantes del Convenio Europeo de Derechos humanos que sean a su vez Estados miembros de la Unión Europea, están obligados a someter sus discrepancias según procedimientos establecidos en los Tratados de la Unión.

En virtud del artículo 218.8 del TUE⁴³⁶, la adhesión no será efectiva hasta que el Acuerdo de adhesión haya sido aprobado por unanimidad en el Consejo y ratificado por los Estados miembros de la Unión Europea. Con respecto al

⁴³³ Art. 1 Protocolo nº 8 TUE: (..) “en particular por lo que se refiere a: a) las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del Convenio Europeo; b) los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten correctamente contra los Estados miembros, contra la Unión, o contra ambos, según el caso”.

⁴³⁴ Art. 2 Protocolo nº 8 TUE: “(el acuerdo) garantizará que ninguna de sus disposiciones afecte a la situación particular de los Estados miembros respecto del Convenio europeo, en particular respecto de sus protocolos, de las medidas que adopten los Estados miembros como excepción al Convenio Europeo con arreglo a su artículo 15 y de las reservas al Convenio Europeo formuladas por los Estados miembros con arreglo a su artículo 57”. Ya se dijo que el artículo 15 del Convenio establecía la posibilidad de derogación “de las obligaciones previstas en el Convenio” en caso de estado de excepción (guerra o peligro público que amenace la vida de la nación). El artículo 57 del Convenio regula las reservas: “Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas con carácter general”.

⁴³⁵ Art. 344 TFUE (antiguo art. 295 TCE): “Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos”.

⁴³⁶ Art. 218.8 TFUE: “(..) el Consejo se pronunciará también por unanimidad sobre el acuerdo de adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales; la decisión de celebración de dicho acuerdo entrará en vigor después de haber sido aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales”.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin perjuicio de lo que podría pactarse en un futuro Acuerdo de adhesión, todas las Altas Partes Contratantes del mismo tendrán que dar su consentimiento a la adhesión; y por indicación de su artículo 59.4, el Convenio no entraría en vigor para la Unión Europea hasta “*el momento del depósito del instrumento de ratificación*”.

B.- Problemas principales que plantea la adhesión.- A la espera de que se alcancen los consensos necesarios para la adopción del Acuerdo sobre la futura adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, son muchas las cuestiones que se están planteando y negociando, sobre las que aún pesan importantes reticencias. Este proceso de adhesión no se deja de suscitar resistencias que provienen tanto de determinados Estados miembros de la Unión ante la eventualidad de que el carácter obligatorio de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la atribución de competencia para su acatamiento acabe ampliando las competencias de la Unión, como de los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos humanos que no son miembros de la Unión Europea, “que ven en la intervención de sus Instituciones o en la configuración de una mayoría de Estados miembros de la Unión Europea con obligación de cooperar y coordinarse, un riesgo de que el sistema de control del Convenio se incline hacia las posiciones de éstos⁴³⁷”.

Los principales problemas que se plantean en la proyectada adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, son los siguientes:

a).- Participación de la Unión Europea en el Comité de Ministros del Consejo de Europa.- La Unión Europea no es miembro del Consejo de Europa pero ha de participar en determinadas funciones que le corresponderían como

⁴³⁷ BLASCO LOZANO, I., “Proceso de negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea*, Jornada de expertos, Madrid 21 de octubre de 2011, p. 53. Puede verse también: SANZ CABALLERO, S., “Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 15, nº 38, 2011, pp. 99-128; SALINAS DE FRIAS, A., “Una historia de amor y desamor: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea*, Jornada de expertos, Madrid 21 de octubre de 2011, pp. 19-32.

parte integrante del Convenio Europeo de Derechos Humanos, atribuidas específicamente a los miembros del Consejo de Europa, por ejemplo, y principalmente, la función relativa a supervisar la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 46.2 CEDH). A su vez, en el Consejo de Europa están representados países que no son miembros de la Unión Europea⁴³⁸, que podrían cuestionar el doble peso de países que forman parte del Consejo de Europa individualmente y, a su vez, como Estados miembros de la Unión Europea. Por último, ¿cómo se ejercerá el derecho de voto, en el seno del Comité de Ministros del Consejo de Europa, por los países de la Unión Europea que son a su vez partes contratantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos? ¿voto doble?⁴³⁹

b).- Juez procedente de la Unión Europea.- El artículo 20 del Convenio establece que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se compondrá de un número de jueces igual al de las Altas Partes Contratantes. ¿Significa esto que tendrá que designarse un juez de la Unión Europea? y, en caso afirmativo, ¿cómo se llevará a cabo dicha elección si, en virtud del artículo 22 del Convenio⁴⁴⁰, los jueces son elegidos por la Asamblea legislativa del Consejo de

⁴³⁸ Entre ellos, Turquía y Rusia pero también los siguientes: Islandia, Chipre, Liechtenstein, San Marino, Andorra, Albania, Moldova, Macedonia, Ucrania, Serbia, Montenegro, Mónaco, Croacia, Georgia, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina.

⁴³⁹ En la propuesta de Acuerdo de adhesión se han establecido las siguientes reglas: 1.- Cuando el Comité de Ministros supervise el cumplimiento de obligaciones de la Unión Europea sola o en unión de dos o más de sus Estados miembros conjuntamente, los Tratados de la Unión Europea obligan a que la Unión y sus Estados miembros expresen posiciones y voten de forma coordinada. Las reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de sentencias y arreglos amistoso deberán adaptarse para asegurar el ejercicio efectivo de sus funciones en estas circunstancias. 2.- Cuando el Comité de Ministros supervise el cumplimiento de sus obligaciones por un Estado que sea miembro de la Unión Europea, ésta no puede, de acuerdo con su orden legal interno, expresar una posición o ejercer el derecho de voto. Los Tratados de la Unión Europea no obligan a los Estados miembros de la Unión Europea a expresar posiciones o a votar de forma coordinada. 3.- Cuando el Comité de Ministros supervise el cumplimiento de sus obligaciones por un Estado que no sea miembro de la Unión Europea, los Tratados de la Unión Europea no obligan a los Estados miembros de la Unión Europea a expresar posiciones o a votar de forma coordinada, incluso ésta expresa una posición o ejerce su derecho a voto.

⁴⁴⁰ Art. 22 CEDH: “*Los jueces serán elegidos por la Asamblea Parlamentaria a título de cada Alta Parte Contratante, por mayoría de votos emitidos, de una lista de tres candidatos presentada por esa Alta Parte Contratante*”.

Europa? De alguna manera habrá que atender al derecho de la Unión Europea a presentar su lista de candidatos para la función de juez⁴⁴¹.

c).- Participación de la Unión Europea en los gastos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.- ¿En qué medida va a contribuir la Unión Europea al presupuesto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos? Según el artículo 50 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los gastos del funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos correrán a cargo del Consejo de Europa⁴⁴².

d).- El mecanismo de co-demandado.- Uno de los principales escollos en el proceso de adhesión es el relativo a la adaptación de los procedimientos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, solicitada desde la Unión Europea, para su participación en el mismo. Son muchas las cuestiones que se plantean en torno a dicha aspiración: por un lado, las partes contratantes del Convenio que a su vez no son miembros de la Unión Europea no desean que se altere el sistema procesal actual pues vulneraría el principio de igualdad entre partes contratantes (art. 33 CEDH)⁴⁴³; por otro lado, los Estados miembros de la Unión Europea están obligados a someterse a los procedimientos previstos en los Tratados (art. 344 TFUE)⁴⁴⁴; por último, no debería permitirse que un Estado

⁴⁴¹ Según el Informe JAUREGUI del Parlamento Europeo, de 6 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos (2009/2241/INI) documento A7-0144/2010, punto 7, el Parlamento Europeo participará en la elaboración de la lista de candidatos con arreglo a un procedimiento similar al previsto en el artículo 255 TFUE, con respecto a los candidatos para el ejercicio de las funciones de juez en el TJCE, o con arreglo a un procedimiento análogo a las comparecencias de los candidatos a Comisarios europeos. En la propuesta de Acuerdo de adhesión (octubre 2011) se establece que un Juez procedente de la Unión Europea formará parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos conforme a los artículos 22 y 26 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para su elección, el Parlamento Europeo tendrá en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa tantos representantes como los que corresponden al Estado miembro del Consejo de Europa con mayor representación.

⁴⁴² En la propuesta de Acuerdo de adhesión de octubre 2011 se cifra su aportación en una cantidad igual al 34 por 100 de la mayor contribución de un Estado miembro del Consejo de Europa al presupuesto ordinario del mismo en el año anterior.

⁴⁴³ Art. 33 CEDH -Asuntos entre Estados: "*Toda Alta parte contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Parte Contratante*".

⁴⁴⁴ Art. 344 TFUE (antiguo art. 295 TCE): "*Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos*".

miembro se escude en normativa de la Unión Europea para eludir sus obligaciones como Estado soberano en el ámbito internacional, bien alegando que la normativa de la Unión Europea le permite, o por el contrario le obliga, a actuar de una forma determinada, violando o contraviniendo lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁴⁵. Así, el establecimiento y la regulación del denominado mecanismo del co-demandado en el futuro Acuerdo de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, vendría a resolver la intervención conjunta de los Estados miembros de la Unión Europea y de la Unión Europea en sí misma considerada en procesos que se susciten ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁴⁶. En el origen de la problemática se encuentran las numerosas ocasiones en que este Tribunal se ha encontrado en la tesitura de tener que admitir litigios en los que se demanda a las Comunidades Europeas o a alguno sus Estados miembros por una

⁴⁴⁵ En este sentido, las demandas de organizaciones como Amnistía Internacional, Informal Working group on the Accessión of the European Union to the European Convention on Human Rights (CDDH-UE), AI index: IOR 61/003/2011, en el que se presentan una relación de supuestos en los que no sería apropiado co-demandar a la Unión Europea. El argumento es el siguiente: las violaciones a los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos están relacionados con, o son el resultado del incumplimiento de normativa comunitaria pero, ni la Unión Europea, ni el derecho de la Unión Europea impone a un Estado miembro actuar de forma, o mejor actuar presuntamente, en contra de lo dispuesto en el Convenio. Es por ello que, en esos supuestos, es más apropiado que la Unión Europea figure como parte interesada o tercero (art. 36 CEDH). Los supuestos mencionados son los siguientes: 1.- Traspaso de solicitantes de asilo de un Estado miembro a otro, cuando se alega que el Estado miembro receptor no cumple con las obligaciones establecidas en normativa comunitaria y/o en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (MSS v Belgium and Greece, Decisión del TEDH 21 de enero de 2011). 2.- Traspaso de prisioneros de un Estado miembro a otro en atención a su nacionalidad o a su residencia previa cuando se alega que las condiciones de la detención en el Estado receptor no cumplen con los estándares mínimos de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos o con las obligaciones establecidas en normativa comunitaria y/o en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. 3.- Prohibición de votar en las elecciones europeas para un prisionero encarcelado en otro Estado miembro, como resultado de normativa que prohíbe el voto a los reclusos (STEDH 8 de abril de 2010). 4.- Víctima de tráfico humano considera que las autoridades de un Estado miembro no le han proporcionado protección suficiente, o no han investigado adecuadamente su caso en consonancia con normativa comunitaria o con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (asunto Rantse v Cyprus and Rusia, STEDH de 7 de enero de 2010), entre otros.

⁴⁴⁶ Más allá de la posibilidad de que la Unión Europea intervenga como tercero en casos de demanda de un ciudadano de la Unión prevista en el artículo 36 del Convenio, que establece lo siguiente: *“En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, la Alta Parte contratante cuyo nacional sea demandante tendrá derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en la vista. 2.- En interés de la buena administración de la Justicia, el Presidente del tribunal podrá invitar a cualquier alta parte contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente por escrito o a participar en la vista. 3.- En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran sala, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa podrá presentar observaciones por escrito y participar en la vista”*.

actuación comunitaria⁴⁴⁷. Hasta aproximadamente la sentencia *Mattews* (1999)⁴⁴⁸, este tipo de asuntos sobre Derecho comunitario eran in-admitidos por incompetencia *ratione personae*, al no ser la Comunidad Europea parte contratante del Convenio, o *ratione materiae*, alegándose en estos casos que un Estado miembro (o su gobierno) no era responsable por los actos realizados por la Comunidad y/o sus Instituciones. Posteriormente, en el asunto *Senador Lines* (2004)⁴⁴⁹, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se vio forzado, una vez más, a pronunciarse sobre actos comunitarios, estableciéndose, en este sentido, que los Estados miembros de la Unión Europea no pueden sustraerse de la aplicación del Convenio alegando su cesión de soberanía a la Unión⁴⁵⁰. Por último, en la sentencia *Bosphorus Airways* (2005)⁴⁵¹, el Tribunal Europeo de

⁴⁴⁷ También pueden encontrarse asuntos que han sido oídos previamente por las instancias judiciales de la Unión Europea o simplemente casos en los que el objeto de la controversia hace referencia al derecho comunitario y a normas comunitarias. SANZ CABALLERO, S., “Interferencias entre el Derecho comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, núm. 17, 2004, pp. 122-133.

⁴⁴⁸ Sentencia de TEDH de 18 de febrero de 1999. *Mattews vs. United Kingdom*. El citado Asunto *Mattews* versaba sobre la reclamación de una gibraltareña contra Reino Unido por haber excluido al peñón de Gibraltar de las elecciones al Parlamento Europeo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que sí se había conculcado el derecho de esta persona -a elecciones libres/libre expresión del pueblo en la elección del órgano legislativo en art. 3 Protocolo 1 CEDH-argumentando que el Parlamento Europeo era un verdadero órgano legislativo. Además, aunque no se le había preguntado sobre esto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre la eventual responsabilidad de los Estados miembros en el establecimiento de una norma electoral europea discriminatoria para los habitantes de Gibraltar. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitió un pronunciamiento ejemplar como aviso a navegantes, al insinuar la posible responsabilidad conjunta de todos los Estados miembros, aun cuando sólo uno de ellos figure como demandado. En este sentido, la sentencia *Mattews* abrió un nuevo camino en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. SANZ CABALLERO, S., “El control de los actos comunitarios por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 5, núm. 10, 2001, p. 509.

⁴⁴⁹ Decisión del TEDH de 10 de marzo de 2004 *Senator Lines SL againts Member states*, Demanda número 56672/2000.

⁴⁵⁰ Sobre el asunto *Senator lines*, PASTOR PALOMAR, A., “Nota sobre el Asunto *Senator Lines* c. los Quince Estados Miembros de la Unión Europea ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, 2003, nº 11, abril, pp. 62-68. NAVARRO PÉREZ, J., *La adhesión de la Unión Europea...*, cit, pp. 15-16. Comenta este autor que es un caso similar al asunto *M& Co againts the Federal Republic of Germany* de 9 de febrero de 1990. En el caso *Senator lines*, el TEDH era llamado a pronunciarse sobre la adecuación de una fianza impuesta por la Comisión a una sociedad limitada alemana. La demanda se dirigía no contra la Comunidad, sino contra cada uno de los Estados miembros. Finalmente el TEDH consideró inadmisibile la petición ya que el proceso ante el TJCE había garantizado el respeto a los derechos del demandante.

⁴⁵¹ Decisión del TEDH de 30 de junio de 2005 *Bosphorus Airways*, Demanda número 45036/1998.

Derechos Humanos estableció que los países contratantes del Convenio son responsables de sus actos, tanto si emanan de normas internas, como de las obligaciones contraídas por su pertenencia a una organización internacional -la Unión Europea- y son justificados sus actos si tal organización goza de un sistema de protección de derechos fundamentales equivalente al del Convenio. En estos términos, el hecho de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueda entrar a controlar la legalidad comunitaria y, sobre todo, la distribución de competencias entre los Estados miembros de la Unión Europea y la Unión Europea, planteaba y plantea problemas. El mecanismo del co-demandado, previsto en el proyecto de Acuerdo de adhesión, viene a resolver alguno de ellos⁴⁵².

e).- Intervención previa del TJUE.- Otra de las cuestiones más importantes que se plantean en torno a la adhesión, es la necesidad de agotar la vía previa antes de poder plantear una demanda ante el Tribunal Europeo de

⁴⁵² En la Propuesta de Acuerdo de Adhesión de octubre de 2011 se pretende regular, en un nuevo artículo 36.4 CEDH, que la Unión Europea o un Estado miembro de la Unión Europea podrán devenir co-demandados en un procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y pasa a considerar dos supuestos: 1.- Cuando se interponga una demanda contra uno o más Estados miembros de la Unión Europea, ésta podrá intervenir como codemandado en el procedimiento cuando se alegue una violación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considere que plantea una cuestión de compatibilidad de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos con una disposición del Derecho de la Unión Europea, especialmente cuando la violación sólo podría haberse evitado incumpliendo una obligación impuesta por el Derecho de la Unión Europea. 2.- Cuando se interponga una demanda contra la Unión Europea, los Estados miembros podrán intervenir como codemandados en el procedimiento cuando se alegue una violación que el Tribunal Europeo de Derechos humanos considere que plantea una cuestión de compatibilidad de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y una disposición del TUE, del TFUE o con otra disposición que tenga igual valor de acuerdo con dichos tratados, especialmente cuando la violación sólo podría haberse evitado incumpliendo una obligación impuesta por dichos instrumentos. A su vez, la propuesta establece que *“la condición de codemandado solo se adquiere a petición de la Alta Parte concernida, por decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y previa audiencia de las demás partes. El demandado y el co-demandado intervendrán conjuntamente en el procedimiento ante el Tribunal. Si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara una violación, lo hará conjuntamente respecto a demandado y codemandado(s), pues de otro modo habría un riesgo de que el Tribunal se inmiscuyera en la distribución de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros. El demandado y el codemandado(s) pueden, sin embargo, en cualquier asunto hacer alegaciones conjuntas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que manifiesten que determinada violación debe ser atribuida únicamente a uno de ellos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias decide si ha habido una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero no sobre la validez o invalidez de los actos de las Altas Partes contratantes o de las normas legales subyacentes al acto u omisión objeto de la queja. Los arreglos amistosos o las declaraciones unilaterales, como formas anormales de terminación del procedimiento, deben hacerse en estos casos conjuntamente por el demandado y los codemandado(s)”*.

Derechos Humanos (art. 35.1 CEDH). Se trata de revivir la discusión sobre la conveniencia de introducir o no un recurso pre-judicial o consulta previa obligatoria ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; solución que parece haber sido adoptada finalmente en la propuesta de Acuerdo de adhesión⁴⁵³.

V.- MODELO SOCIAL EUROPEO: BALANCE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

1.- El Modelo social europeo y los elementos que conforman su existencia.- A partir de la reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa comienza una nueva etapa en la configuración de lo que se viene denominando el Modelo social europeo. Hablar de Modelo social europeo resulta extremadamente difícil, dada la multitud de significados y la ambigüedad de los contenidos que se asignan a éste en diversos documentos comunitarios y literarios. El concepto es muy amplio, y además no es un concepto definitivo, ni estático, sino sujeto y condicionado por diversos factores materiales y temporales⁴⁵⁴. Puede analizarse tanto desde la perspectiva de su función como proyecto político, categoría analítica e ideológica, asimilable a un conjunto de valores o creencias, paradigmáticas de la organización y funcionamiento de una sociedad, signo de identidad europea (apartado A); como desde la perspectiva de las diversas opciones de política social, sustentada por instituciones y desarrollos concretos materializados en normativa socio-laboral en todas sus vertientes (apartado B).

A.- El Modelo social europeo como proyecto político y signo de identidad europea.- A lo largo de la historia de la Unión Europea se han ido acuñando diferentes términos para referirse a la regulación de lo social. Desde esta perspectiva histórica, el término que se ha venido utilizando con mayor frecuencia, hasta aproximadamente la década de los años ochenta, ha sido el

⁴⁵³ *“En los procedimientos en los que la Unión Europea sea codemandado, si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha examinado aun la compatibilidad con los derechos reconocidos en el Convenio de la disposición de Derecho de la Unión Europea que se denuncia incompatible, se concederá plazo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que realice dicho examen y ulteriormente a las partes para que puedan hacer observaciones. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea deberá asegurar que dicho examen se produce con rapidez, de forma que los procedimientos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no sufran demora”.*

⁴⁵⁴ MAESTRO BUELGA, G., “El impacto de la ampliación de la Unión Europea sobre el Modelo social europeo”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 23, enero-abril 2006, p. 9.

de política social europea. Este era el término que aparecía en la mayoría de los documentos comunitarios, disposiciones legales o no, y la denominación que empleaba la mayoría de la doctrina. Durante la década de los años ochenta se acuñaron otros términos como el de espacio social europeo durante el periodo MITERRAND⁴⁵⁵ y como el de dimensión social europea con ocasión de la adopción del Acta Única Europea en 1987⁴⁵⁶. Es durante la década de los años noventa cuando se instala un término más definitivo, Modelo social europeo, quizás introducido por DELORS, Presidente de la Comisión en el período de los años 1985-1995. Con esta expresión DELORS quería destacar que existía una alternativa al modelo de capitalismo anglosajón, fundado en la desregulación y en el mercado, y que existía una manera claramente europea de conciliar el crecimiento económico y la cohesión social. Esta alternativa se reflejaba en los sistemas de *Welfare* y en la regulación de los derechos sociales de los Estados miembros, que deberían reforzarse para enfrentarse a los desafíos futuros⁴⁵⁷. El término Modelo social europeo no encontró su plasmación oficial hasta el año 1994. En el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la Política social de 1994 se recoge este término por vez primera en un documento oficial⁴⁵⁸. En el tercer párrafo del primer apartado de este Libro Blanco se establecía que *“hay ciertos valores compartidos que forman la base del Modelo social europeo”*. Este conjunto de valores comunes *“incluyen la democracia y los derechos individuales, la libre negociación colectiva, la economía de mercado, la igualdad de oportunidades para todos y la asistencia social y la solidaridad. A estos valores, recogidos en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, los une la convicción de que el progreso económico y social deben ir a la par. Tanto la competitividad como la solidaridad tienen que tenerse en cuenta en la construcción con éxito de la Europa del futuro”*.

⁴⁵⁵ François MITERRAND (1916-1996) fue Presidente de la República francesa desde 1981 a 1995.

⁴⁵⁶ ZUFIAUR NARVAIZA, J. M., “El modelo social...”, cit., pp. 513-15.

⁴⁵⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “¿Un modelo social europeo...”, cit., p. 1.

⁴⁵⁸ Política social Europea: un paso adelante para la Unión. Libro Blanco, COM (1994) 333.

Con el transcurso de los años se fue dotando de contenido al Modelo social europeo como proyecto político a alcanzar, más que como modelo consolidado. Resultan muy interesantes, en este sentido, las aportaciones realizadas tanto desde el Comité Económico y Social Europeo, como desde el Parlamento Europeo. Con respecto al primero, destacaba un Dictamen de 2006 sobre *“Cohesión social: dar contenido a un modelo social europeo⁴⁵⁹”*, que establecía una relación de las características principales que definen el modelo social europeo:

1.- *“alcanzar altos niveles de empleo, prestando o garantizando servicios públicos de gran calidad, servicios de interés general, e instaurando políticas presupuestarias redistributivas”;*

2.- *“sistemas de protección social que garanticen cobertura adecuada frente a los principales riesgos, desempleo, vejez, enfermedad, a niveles que permiten prevenir la pobreza y la exclusión social”;*

3.- *“derechos fundamentales reconocidos, o casi reconocidos, tal y como se recogen en los acuerdos internacionales, como el derecho de asociación y de huelga”;*

4.- *“participación de los trabajadores en todos los niveles, junto con sistemas desarrollados de relaciones laborales o diálogo social autónomo”;*

5.- *“cuestiones de género”;*

6.- *“políticas necesarias para abordar la migración”;*

7.- *“legislación social que garantice la igualdad de oportunidades y protección a los más desfavorecidos”;*

8.- *“política macroeconómica y estructural que promueva crecimiento económico sostenible y no inflacionista, condiciones comerciales equitativas y apoyo a empresarios y pequeñas y medianas empresas”;*

9.- *“inversiones en aprendizaje a lo largo de toda la vida, investigación y desarrollo, nuevas tecnologías, etc.”;*

⁴⁵⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 6.7.2006, SO C 237, pp. 6-7.

10.- *“promoción de la movilidad social y garantía de igualdad de oportunidades para todos”;*

11.- *“cuestiones medioambientales, en especial las relacionadas con la salud y el abastecimiento energético”;*

12.- *“amplio consenso acerca de la necesidad de mantener un muy alto nivel de inversiones públicas y privadas con el fin de promover la competitividad, el progreso social y medioambiental”;*

13.- *“compromiso a favor del desarrollo sostenible y solidaridad intergeneracional”;* y

14.- *“compromiso claro a favor de la solidaridad con los países en desarrollo y ayuda a sus programas de reforma económica, social y medioambiental”.*

En este Dictamen de 2006 el Comité Económico y Social Europeo se mostraba firmemente partidario de la existencia de un único modelo en Europa que, a pesar de sus deficiencias -desempleo inaceptable, disparidades geográficas y pobreza relativa de setenta millones de personas en la Unión-, debiera considerarse un modelo de referencia a escala mundial. El modelo social europeo, decía el Comité Económico y Social Europeo integra cuestiones económicas y sociales en una *“idea de bienestar democrático, ecológico, competitivo, solidario y de integración social para todos los ciudadanos de Europa⁴⁶⁰”*. En cuanto al Parlamento Europeo, destacan las numerosas ocasiones en las que se ha pronunciado en favor de la defensa de los *“valores que constituyen su esencia (la del modelo social).. que ninguna reforma debe diluir”*. Dichos valores, expresaba el Parlamento Europeo en 2006, *“deben preservarse y mejorarse”*, y son los siguientes: *“la igualdad, la solidaridad, los derechos y responsabilidades individuales, la no discriminación y la*

⁴⁶⁰ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 6.7.2006, SO C 237, p. 7.

*redistribución, el acceso de todos los ciudadanos a unos servicios públicos de alta calidad, y la defensa de los elevados niveles sociales ya alcanzados*⁴⁶¹.

Interesantes resultaba también las aportaciones del Comité Económico y Social Europeo, realizadas en el mencionado Dictamen de 2006, sobre la definición del Modelo social europeo, al señalar que este modelo, podría ser denominado también modelo *societal*, pues el término social ha de enlazarse necesariamente con las cuestiones económicas⁴⁶²: *“hay otros elementos esenciales del modelo que se refieren a medidas relacionadas con la productividad y la competitividad, con los retos medioambientales y con la investigación y la educación”*; *“el modelo social se basa tanto en la eficacia económica como en la justicia y la cohesión social”*⁴⁶³.

Son muchos los autores que han señalado que el Modelo social europeo como proyecto político está en declive o crisis⁴⁶⁴, que su concepción es obsoleta⁴⁶⁵, que vamos hacia la destrucción del Modelo⁴⁶⁶ o hacia un Modelo social de bajo coste⁴⁶⁷, y que no se han logrado, ni se lograrán, los objetivos de la Cumbre de Lisboa 2000, renovados por la actual Estrategia Europa 2020⁴⁶⁸.

⁴⁶¹ Resolución del Parlamento Europeo de 6.9.2006 sobre *“Un Modelo social europeo para el futuro”*, DOC C 395E, 14.12.2006, p. 143.

⁴⁶² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 2006, cit., p. 1. *“El término social ha de enlazar tanto con las cuestiones económicas como con las de medioambiente. Es imprescindible adoptar una definición más amplia como esta para que el modelo social europeo pueda proporcionar la inspiración que se necesita para afrontar los retos que se plantearán en el futuro. Con esta interpretación mas amplia, el modelo cabría llamarlo también un modelo societal europeo, como el aspecto social como uno de sus elementos”*.

⁴⁶³ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 2006, cit., p. 4.

⁴⁶⁴ EBBINGHAUS, B., citado por HYMAN, R., “Labour markets and the future of decommofication” en JACOBI, O., JEPSEN, M., KELLER, B., y WEISS, M., *Social Embdding Integration of Markets. An opportunity for Transnational Trade unios action or an Impossible task?* Düsseldorf, Hans Boeckler Stiftung, 2007.

⁴⁶⁵ GIDDENS, A., *Europa en la Era Global*, Paidós ibérica, Barcelona, 2007.

⁴⁶⁶ DE SOUSA SANTOS, B., “La destrucción del modelo social. Terremoto de larga duración”. 25 de julio de 2010, en la página web attacmallorca.es.

⁴⁶⁷ MARTÍN ARTILES, A., “¿Un modelo social de bajo coste? Arxius de Sociología nº 18/2008, ejemplar dedicado a las Relaciones Laborales en España: problemas y retos, Universidad Autónoma de Barcelona, pp. 9-24.

⁴⁶⁸ Comunicación de la Comisión Europa 2020, *“Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”*, 3.3.2010, COM (2010) 2020.

Los objetivos que la Comisión Europea establecía en 2010 a alcanzar en el ámbito de la Unión para el año 2020 son los siguientes: 1.- “el 75 por 100 de la población entre 20 y 64 años debería estar empleada”; 2.- “el 3 por 100 del PIB de la Unión Europea deberá ser invertido en I+D”; 3.- “debería alcanzarse el objetivo 20/20/20 en materia de clima y energía, incluido un incremento al 30 por 100 de la reducción de emisiones si se dan las condiciones para ello”; 4.- “el porcentaje de abandono escolar debería ser inferior al 10 por 100 y al menos 40 por 100 de la generación más joven debería tener estudios superiores completos”; y 5.- “el riesgo de pobreza debería amenazar a 20 millones de personas menos”.

Dadas las serias dificultades económicas y sociales por las que atraviesan la gran mayoría de los ciudadanos de la Unión en la actualidad, mediados de la década de los años 2010, no se requieren mayores comentarios. Efectivamente, la “*estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*”, título de la Comunicación de la Comisión Europa 2020, de la estrategia diseñada en 2010 no está dando, ni de lejos, los frutos esperados. Además, es llamativa la postura de la Comisión con respecto a la existencia de uno o de varios Modelos sociales europeos. En esta Comunicación de la Comisión Europea 2020, por un lado, se menciona “*el modelo social único de Europa*” (p. 10: “*debemos tomar medidas si queremos que nuestra generación y las generaciones venideras puedan seguir disfrutando de una vida de alta calidad y sana, sostenida por el modelo social único de Europa*”). Sin embargo, en dos ocasiones posteriores, se habla de la existencia de varios modelos sociales, en la página 20 (“*el objetivo es crear condiciones para modernizar los mercados de trabajo con objeto de incrementar los niveles de empleo y garantizar la continuidad de nuestros modelos sociales*”); y en p. 32 (“*las reformas son necesarias e inevitables para mantener nuestra calidad de vida y consolidar nuestros modelos sociales*”) ⁴⁶⁹.

⁴⁶⁹ Puede verse una crítica constructiva de esta Comunicación en MAGNUSSON, L., “After Lisbon. Social Europe at the crossroads?”, European Trade Unions Institute (ETUI), Working paper 2010.01.

Es muy significativa también la posición de la Comisión con respecto a la necesidad de modernizar el derecho laboral, según se dispone en el Libro verde *“Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del Siglo XXI”* de 2006⁴⁷⁰. En este Libro verde no se menciona ni una sola vez, el término Modelo social europeo. Se centra este Libro verde, ampliamente comentado por la doctrina⁴⁷¹, en el modelo tradicional o clásico de relación laboral individual y desde enfoques ideológicos y doctrinales bastante discutibles, menciona únicamente cuatro áreas de posibles acciones comunitarias: las relaciones laborales triangulares, la organización del tiempo de trabajo, la movilidad de trabajadores y el control de la aplicación de la legislación en el trabajo no declarado.

Es evidente que el Modelo social europeo como categoría ideológica o política está en declive, ni su configuración ni su consolidación son en estos momentos objeto de prioridad en las agendas comunitarias Señala ZUFIADUR, que las causas del debilitamiento hay que buscarlas en los siguientes aspectos⁴⁷²:

⁴⁷⁰ En el Libro Verde *“Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del Siglo XXI”*, COM (2006) 708 final.

⁴⁷¹ MONTALVO CORREA, J., “La nueva organización del trabajo y sus consecuencias para el Modelo social europeo”, *El modelo social europeo frente a la globalización*, 2005, pp. 25-38; GOERLICH PESET, J. M., “Flexiguridad y estabilidad en el empleo”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico* nº 4, 2008, pp. 13-47; “El derecho a la negociación colectiva en el marco de la flexiguridad”, *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico* nº 4, 2008, pp. 10-30; VALDÉS DAL-RE, F., “El debate europeo sobre la armonización del derecho del trabajo y las relaciones laborales triangulares” *Relaciones laborales* nº 3, quincena 8 al 23 de feb., 2009 año XXV, tomo 1, LA LEY 197/2009; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La flexiguridad: una aproximación al estado actual de la política comunitaria de empleo”, *Actualidad Laboral* nº 20, quincena del 16-30 de noviembre de 2009, tomo II, LA LEY 19840/2009. Destaca este autor que “para el Libro verde se trataría de flexibilizar el núcleo del modelo tradicional -contrato típico de duración indeterminada- y conseguir una flexibilidad en los márgenes, creando o manteniendo otros modelos, contratos o relaciones atípicas”.

⁴⁷² ZUFIAUR NARVAIZA, J. M., “El modelo social europeo cit., pp. 2-3. Junto a ellos, señalaba este autor en 2008 que “tampoco se puede obviar el gran desafío que el proceso de la ampliación hacia el Este implica, por ejemplo, en términos de relocalizaciones productivas de flujos migratorio, en fin, la hegemonía del pensamiento liberal con sus repercusiones sobre los sistemas de protección social y sobre la desregulación laboral”. MAESTRO BUELGA, G., “El impacto de la ampliación..”, cit., p. 44, sin embargo, considera que “la ampliación no es la fuente primaria de erosión del Modelo social europeo..(..) la ampliación aclera y acentúa la transformación, mejor ruptura, del modelo social gestado en el constitucionalismo social que, aun hoy actúa como referencia de legitimación del proceso de integración europea. Intensifica la competencia en el ámbito social, la ampliación acentúa un proceso ya en marcha, por ello la ampliación, en los términos en que se desarrolla, tiene una dimensión estratégica”.

En primer lugar, “en las diferencias conceptuales e ideológicas que sobre el proyecto europeo coexisten en la Unión Europea. Diversidad que ha estado presente desde el comienzo de su andadura como Comunidad. Al principio las visiones alternativas se polarizaban entre federalistas y funcionalistas; ahora entre los partidarios de un modelo concurrencial y los defensores de una Europa de soberanía compartida”.

En segundo lugar, “en los desequilibrios y contradicciones inherentes a la construcción europea realmente existentes, entre objetivos programáticos y medios presupuestarios insuficientes, o entre armonización y concurrencia fiscal”.

En tercer lugar, “en los profundos cambios sociales en las sociedades europeas, como la feminización y el envejecimiento de la población, que influyen en las demandas de adecuación del Modelo social europeo”;

En cuarto lugar, “en la globalización y los condicionantes externos que la misma conlleva, entre otros, el mayor peso de la economía financiera y la nueva división internacional del trabajo presionan asimismo sobre la consistencia de la Europa social”.

Es evidente que el Modelo social europeo está amenazado por las propias contradicciones y desequilibrios de la construcción europea, pues siguen estando presentes las divergencias en torno al proyecto europeo que se quiere construir. Se requieren importantes reformas económicas pero también reformas en la protección social y en el derecho del trabajo. “Estas reformas no serían un cambio de modelo social, de una visión común de la manera en que debe organizarse la sociedad, sino tan sólo su renovación y revisión; sin modificar sus principios pero sí sus métodos e instrumentos... (..)una plena armonización en materia social resultaría inviable, incluso si la Unión Europea pudiera y quisiera asumir poderes para ello.. (..) la cuestión es cómo respetar las diversas identidades nacionales y las competencias estatales en materia de trabajo, seguridad social, y políticas de bienestar, evitando los efectos destructivos del juego competitivo⁴⁷³”.

⁴⁷³ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “¿Un modelo social europeo...”, p. 8.

B.- El Modelo social europeo y el Derecho europeo del Trabajo que lo sustenta.- El Modelo social europeo puede definirse también a partir de las distintas opciones de política social que han tenido como resultado la adopción de determinada normativa europea en materia socio-laboral. Es claro que el lazo de vinculación entre el concepto Modelo social europeo y el conjunto de normas sociales europeas es muy estrecho, incluso se puede afirmar que el estado de configuración del Derecho europeo del trabajo es como un barómetro que mide el estado de salud del Modelo social europeo⁴⁷⁴. El concepto Derecho europeo del trabajo es de reciente creación, considerado más apropiado que el término Derecho del trabajo europeo⁴⁷⁵, y definido como una simbiosis entre el Derecho comunitario, ahora denominado más propiamente Derecho de la Unión (*Supra*, *cap. 1º, apartado IV.2.1*)⁴⁷⁶, y los diversos derechos y sistemas laborales o de trabajo de los distintos Estados miembros⁴⁷⁷. Ya se ha dicho que la materia social, la política social, es materia compartida entre la Unión y los Estados miembros, por lo que, en consonancia, el Derecho europeo del trabajo, elemento indispensable del Modelo social europeo, viene conformado por la unión de ambos planos o sistemas, comunitario e internos de los Estados miembros. La configuración del Derecho europeo de trabajo tiene poco que ver con la formación típica de la disciplina laboral en la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales⁴⁷⁸. Son muchas las razones que pueden explicar esta afirmación, entre ellas, las siguientes: la naturaleza política de la Unión Europea y el proceso seguido en su construcción, la actitud variada, cambiante y en

⁴⁷⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F., "La Europa social: debates y embates"; Relaciones Laborales 23/2009, tomo 2, LA LEY 20685/2009, p. 1.

⁴⁷⁵ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., "El efecto interno del derecho comunitario del trabajo y la problemática de las directivas no traspuestas", en AA.VV., *Política social internacional y europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 339, "por de pronto la expresión derecho comunitario del trabajo se equivoca. ..(..)

⁴⁷⁶ Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha desaparecido la denominación y el estatus jurídico de la Comunidad Europea (art. 1 TUE: "*La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea*") y también su personalidad jurídica diferenciada.

⁴⁷⁷ BERCUSSON, B., *European Labour Law*, 2º edition, cit., p. 28.

⁴⁷⁸ O quizás no tanto, pues la aparición de derecho social va precedida de la creación de institutos o comisiones de investigación (intervencionismo científico). RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., "Perspectivas del derecho social en la Comunidad Europea (con especial atención al desarrollo de la Directiva sobre Comité de Empresa Europeo)", *Tribuna Social*, nº 67, p. 13.

ocasiones reticente, de los Estados miembros en este proceso, las dificultades políticas para alcanzar el consenso, la disociación entre las reglas económicas y las competencias políticas⁴⁷⁹, la diversidad de tradiciones, reglas y prácticas nacionales y la falta de correlación estricta entre las instituciones de derecho nacional y las que ha ido incorporando el derecho comunitario⁴⁸⁰. Estas dificultades se plasman con mayor intensidad en el ámbito social, por el tradicional predominio de los objetivos económicos en la actuación comunitaria pero también porque los procesos de ampliación y globalización, y los fenómenos deslocalización y de internacionalización de los mercados provocan situaciones que no pueden llegar a controlarse en su totalidad por los Estados nacionales, dados los escasos márgenes de actuación nacionales impuestos por la instauración de la Unión Económica y Monetaria en la mayoría de los Estados miembros. A la par, como ya se ha visto, la identificación y atribución de competencias en materia social es en ocasiones imprecisa, pues no siempre se establecen criterios claros de delimitación, ni entre las materias y los procedimientos legislativos (mayoría cualificada o unanimidad), ni en el juego del principio de subsidiariedad y el papel asignado, tanto a los Estados miembros en su contribución a los objetivos marcados, como a los interlocutores sociales y al diálogo social interno y europeo. A pesar de la reciente entrada en vigor del quinto Tratado de reforma, el Tratado de Lisboa, en vigor desde 2009, la distribución de competencias entre la Unión y los Estados miembros sigue sin estar plenamente delimitada⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ ZUFIAUR NARVAIZA, J. M., “El modelo social cit., p. 12, la Unión Europea adolece de competencias y estructuras democráticas suficientes para gobernar la cesión de soberanía -en política monetaria, política de competencia y vigilancia de la política presupuestaria- realizada por los Estados miembros. Quien tiene la legitimidad democrática, los Estados miembros, no tiene los instrumentos de política económica y quien tiene los instrumentos, la Unión, no tiene legitimidad ni medios suficientes, de lo que resulta una disociación entre los objetivos económicos y los políticos.

⁴⁸⁰ GARCÍA MURCIA, J., Prólogo al libro de MIRANDA BOTO, J. M., *Las competencias de la Comunidad Europea...*, cit., p. 19.

⁴⁸¹ GARCÍA MURCIA, J., Prólogo al libro de MIRANDA BOTO, J. M., *Las competencias de la Comunidad Europea...*, cit., p. 22: ¿en qué medida está influyendo el derecho europeo en el armazón sobre el que de momento descansa en su mayor parte la regulación de las relaciones de trabajo, que está formado principalmente por piezas de alcance nacional? ¿Qué espacio dejan aún al derecho nacional y en qué condiciones queda ese espacio? ¿Qué procedimiento de articulación o correspondencia entre uno u otro nivel nos proporciona el propio derecho comunitario?”.

En el diseño del Modelo social europeo hasta la fecha, ha quedado patente el juego de las diferentes estrategias normativo-jurídicas y políticas que se han ido sucediendo en la historia de la actuación comunitaria en materia social. La actuación comunitaria en materia social ha sido el resultado de acciones diversas y alejadas en el tiempo que responden a determinadas opciones de política legislativa y se fundamentan en diversos preceptos de Derecho originario. Es posible identificar cuatro estrategias legales o instrumentos de intervención que han contribuido a la formación del Derecho europeo del trabajo desde la creación de la Comunidad Económica Europea en 1957 hasta el presente, que son las siguientes: la armonización de legislaciones nacionales (apartado a); el diálogo social (apartado b); el método abierto de coordinación o producción de *soft law* (apartado c); y la constitucionalización de los derechos sociales (apartado d).

a.- La armonización de legislaciones nacionales es tanto una técnica, necesaria para el funcionamiento del mercado interior como una finalidad deseable, que busca una equivalencia de resultados. Lo más característico de la armonización social en el ámbito comunitario sería su enfoque de progreso, que excluye la armonización a la baja⁴⁸². Este enfoque tuvo como resultado la adopción de diversas disposiciones mínimas mediante Directivas tradicionalmente fundamentadas en los artículos 100, 117 y 118A del Tratado de Roma. En la actualidad, la actuación comunitaria en materia social está prevista en artículo 153 TFUE como base específica y en los artículos 115 y 352 TFUE previstos como bases generales (*Infra, cap.3º, apartado 1.2.2*). Como se argumentará, la técnica de la armonización de sistemas nacionales se confunde, cada vez más, con la coordinación de estos sistemas, especialmente, desde el año 1997 en materia de empleo través de las Directrices de empleo (*Supra, cap.*

⁴⁸² MIRANDA BOTO, J. M., *Las competencias de la Comunidad...*, cit., p. 201; SALA FRANCO, T., "La política comunitaria de armonización de la normativa en materia laboral", *Revista de Treball* nº 18, 1992, p. 9; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., "Perspectivas del derecho social...", cit., p. 11: "pero realmente el concepto de progreso es ambiguo. Se produce progreso si se fijan objetivos alineados sobre la legislación más progresista de los distintos Estados. Pero también hay progreso si se fijan objetivos más moderados, si se establecen unos objetivos inferiores a los del país mejor situado siempre que supongan una mejora sobre la anterior situación de los países más atrasados socialmente".

1º, apartado II.4.2) y, a partir de adopción del Tratado de Lisboa, en todos los campos de la política social.

b.- El recurso al **Diálogo social**, previsto en los artículos 151-155 TFUE, es otro instrumento o técnica de producción normativa. Es a partir de la firma del Acuerdo sobre política social, anejo al Tratado de Maastricht de 1992, cuando se plasman determinadas previsiones en materia de diálogo social y negociación colectiva de ámbito europeo. Con anterioridad a 1992, el Acta Única Europea de 1987 había promovido tímidamente el papel del diálogo social, mencionando además, por vez primera en el Derecho originario, al acuerdo colectivo europeo (art. 118B TCEE). Es, por cierto, el contenido del Acuerdo sobre política social de 1992, integrado por el Tratado de Ámsterdam de 1997 en el Derecho originario, el marco jurídico, único y principal, de regulación del papel de los interlocutores sociales en el proceso legislativo comunitario en el ámbito social⁴⁸³. Subsisten en la actualidad, como ya se dijo, los importantes interrogantes que se planteaban, tanto en materia de acuerdos sustitutorios de la actuación legislativa, como con respecto a los acuerdos transpositivos o de incorporación a los ordenamientos internos de normativa legal o convencional, como, muy especialmente, en cuanto a la mera existencia, alcance, contenido y efectos de la negociación colectiva autónoma, la que pueda llevarse a cabo *outside* o fuera de las Instituciones comunitarias (*Supra*, cap. 1º, apartados II.3.4 y III.4.4). Los interlocutores sociales tienen asignado en el ámbito social un papel relevante en el proceso legislativo, como no podría ser de otra manera. Además del diálogo social tanto en el ámbito sectorial como intersectorial, que funciona, con mayores o menores avances según épocas, desde 1985 -Val Duchesse-, los interlocutores sociales tienen reconocidas importantes competencias en el proceso legislativo mediante la consulta, la negociación y la aplicación de

⁴⁸³ Los interlocutores sociales europeos reconocidos son: la CES -Confederación Europea de Sindicatos-, Business-europe -antigua UNICE, empresarios del sector privado-, CEEP -Centro Europeo de Empresa Pública-, empresarios del sector público y UEAPME -Unión Europea de Pequeñas y Medianas Empresas-. Sobre la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de junio de 1998, Asunto T- 135/96, Rec. 1998-II, p. 2335, en la que UEAPME impugnaba la Directiva 96/74 *Vid.*, CASAS BAAMONDE, M. E., "La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los "interlocutores sociales europeos")", Relaciones Laborales 21/1998, nov. pp. 2-14.

acuerdos y de normativa⁴⁸⁴ y, en palabras del Parlamento Europeo, un “*amplio papel futuro en la negociación de convenios colectivos autónomos de ámbito europeo*”⁴⁸⁵.

c.- El Método abierto de coordinación o producción de *soft law*, se define como un método de producción de documentos no obligatorios, de reglas y de recomendaciones, flexibles a la hora de ser aplicados, previstos para múltiples actores, multiplicidad de niveles e interacción entre éstos. El recurso a esta técnica estuvo previsto inicialmente en materia de empleo en el Tratado de Ámsterdam en 1997 (*Supra, cap. 1º, apartado II.4*) y, posteriormente, se amplió su utilización a otras materias por el Tratado de Lisboa. El artículo 5 TFUE incorpora al Derecho originario el método abierto de coordinación, con carácter obligatorio en materia de empleo (art. 5.2 TFUE)⁴⁸⁶, y facultativo para la Unión en otras áreas de la política social (art. 5.3 TFUE)⁴⁸⁷. Ya la reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Niza (*Supra, cap. 1º, apartado III.4.2*), al reorganizar el contenido del artículo 137.2 TCE, posicionó en primer lugar a la coordinación, añadiendo “*con exclusión de la armonización*”, lo que evidenciaba un claro movimiento hacia formas débiles de producción normativa, sin que ello significara que la producción legislativa hubiera de quedar excluida en su totalidad. Se ha señalado que el reconocimiento de esta técnica formalmente a nivel Derecho originario, cuando antes sólo figuraba en documentos de trabajo, principalmente de la Comisión, y que se haya considerado obligatorio en materia de empleo es quizás la una de las innovaciones institucionales más interesantes del Tratado de Lisboa⁴⁸⁸. El recurso a la técnica del *soft law*, derecho débil no

⁴⁸⁴ Se muestra crítico con la intervención de los interlocutores sociales en el proceso legislativo, STREECK, W., “European Social policy after Maastricht: The Social dialogue and subsidiarity” *Economic and Industrial Democracy*, 15, 1994, p. 165. Para este autor, los únicos beneficiarios son los empresarios, ya que siendo la parte más fuerte de las negociaciones, les interesa obstruir el desarrollo legislativo del sector social, a fin de seguir sosteniendo la sartén por el mango” a la hora de pactar.

⁴⁸⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de octubre de 2008 sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión Europea (2008/2085), DOUE 21.1.2010, p. 50.

⁴⁸⁶ Art. 5.2 TFUE: “*La Unión tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas*”.

⁴⁸⁷ Art. 5.3 TFUE: “*La Unión podrá tomar iniciativas para garantizar la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros*”.

⁴⁸⁸ MARTÍN VALVERDE A. y MIRANDA BOTO, J. M., “El Tratado de Lisboa...”, cit, p. 10.

vinculante jurídicamente, ha ido asumiendo progresivamente un mayor protagonismo en materia social en detrimento del *hard law* o derecho fuerte. Algunos autores han considerado que el nuevo método, y la idea de que los procedimientos voluntarios pueden ir sustituyendo paulatinamente a los obligatorios, beneficia a los que se oponen a un mayor avance comunitario en materia social⁴⁸⁹. Otros, matizando lo anterior, añaden “que se fortalezcan instrumentos de análisis y seguimiento sofisticados como la regulación del Método abierto de coordinación facilita crear principios y valores comunes, más allá de los mínimos reguladores del método comunitario,”.. siempre y cuando “exista un catálogo de derechos sociales fundamentales reconocidos directamente en el nivel de la Unión, que sin aspirar a sustituir sistemas nacionales de protección social se dirija a salvaguardarlos⁴⁹⁰”.

d.- La constitucionalización de los derechos sociales.- No es posible hablar propiamente de la constitucionalización de los derechos sociales como instrumento o técnica de creación de Derecho europeo del trabajo hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, momento en el que parece haberse producido el reconocimiento formal de los derechos sociales al más alto nivel de Derecho originario, a partir del reconocimiento del “*mismo valor jurídico que los Tratados*” (art. 6.1 TUE) a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*Supra, cap. 1º, apartado IV.4.1*). Hasta ese momento, el debate en el ámbito europeo se centraba en torno al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de carácter social (*Infra, cap. 1º, apartado V.2*).

2.- Problemática que plantean el reconocimiento y la protección de los derechos sociales fundamentales en el ámbito comunitario.- El reconocimiento y protección de derechos fundamentales de carácter social es materia objeto de intenso debate, que encuentra dificultades tanto en el ámbito comunitario como en el de los propios ordenamientos internos de los Estados

⁴⁸⁹ ZUFIAUR NARVAIZA, J. M., “El modelo social...”, cit., p. 3: “muchos (..) ven en el nuevo método propuesto una oportunidad para que los procedimientos voluntarios sustituyan a los obligatorios. Dicho de otra manera, para que el método abierto de coordinación sustituya poco a poco al método comunitario”.

⁴⁹⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “Derechos sociales fundamentales...”, cit., pp. 4-5.

miembros. Aunque en la mayoría de los Estados europeos existen constituciones escritas, no en todas ellas se contiene un catálogo de derechos sociales. Aun en los supuestos en los que se reconocen derechos sociales al más alto nivel y/o con carácter fundamental, no siempre se otorgan pretensiones jurídicas que puedan ser ejercitables judicialmente. No siempre es fácil desentrañar los contenidos esenciales de los derechos sociales que se pretenden proteger, ni encontrar los fundamentos jurídicos necesarios e indispensables, tanto para el legislador en la creación de derecho positivo, como para el juzgador en la tutela efectiva de los mismos.

El origen, la naturaleza jurídica y la eficacia que, generalmente, se les ha atribuido a los derechos sociales fundamentales han condicionado su realización y ha dificultado en gran medida su protección. Más allá de un mero reconocimiento formal de los mismos, la puesta en práctica o ejercicio de estos derechos sociales fundamentales, exige una determinada articulación normativa que viene condicionada por diversos factores. Ello significa la apertura inevitable a opciones de política normativa y a la influencia y al condicionamiento de factores extrajurídicos, de orden económico y social, que constituyen la base, el medio y los límites de la opción del legislador⁴⁹¹. A su vez, el valor jurídico real de los derechos sociales fundamentales viene determinado por el sistema jurisdiccional existente en cada ordenamiento y por la regulación sobre el acceso al mismo, incluyendo la existencia o no de un Tribunal constitucional.

Es reconocido que los derechos sociales, denominados modernos, o derechos humanos de segunda generación, surgen a partir de nuevas tipologías de derechos fundamentales fundados en la estrecha relación existente entre la igualdad y la libertad⁴⁹². No obstante un cierto origen común, no puede generalizarse en el ámbito europeo en torno a su reconocimiento y protección al

⁴⁹¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores", en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., y FERNÁNDEZ LIESA, C. (dirs. y coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 337.

⁴⁹² GAMBINO, S., "Derechos sociales...", cit., p. 74. Los derechos de primera generación son fundamentalmente derechos civiles y políticos y fueron consagrados por primera vez a nivel global en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Los denominados de segunda generación están relacionados con la igualdad y son fundamentalmente sociales, económicos y culturales.

más alto nivel, pues como se ha dicho, no en todos los países europeos se reconocen los derechos sociales como derechos fundamentales sino que, salvo contadas excepciones, principalmente Italia y España, los derechos fundamentales de carácter social se insertan en la mayoría de los Estados miembros en el ámbito de las disposiciones constitucionales destinadas a reconocer y proteger derechos fundamentales clásicos. En este sentido, GAMBINO ha identificado tres modelos⁴⁹³:

Un primer grupo constituiría lo que podría denominarse modelo de corte liberal clásico de los países del norte de Europa, cuyos exponentes serían las Constituciones de Dinamarca e Irlanda y el sistema constitucional del Reino Unido, Austria, Alemania. En estos países se considera en términos generales que la Constitución no debe ser directamente aplicable y que corresponde a la Ley disciplinar situaciones jurídicas específicas y concretas de protección.

Un segundo grupo estaría representado por las Constituciones de los países de la Europa central y las Constituciones de Luxemburgo, Suecia, Finlandia, Francia y Grecia que, con evidentes diferencias entre ellas, reconocen un grado de protección medio.

Un tercer grupo, correspondería a las Constituciones que colocan el estándar medio más elevado en lo que concierne a la tipología de los derechos sociales reconocidos y la misma efectividad de su protección. Se trata de las Constituciones italiana, española y portuguesa.

Está claro que, con apoyo o sin apoyo constitucional, el fundamento o finalidad de los derechos sociales fundamentales se encuentra en las exigencias de justicia social, de igualdad y de dignidad. Los derechos sociales fundamentales son el presupuesto necesario para la consolidación de una sociedad democrática avanzada y para que el funcionamiento de la economía y de las empresas sea dinámico y competitivo⁴⁹⁴. El reconocimiento y la protección

⁴⁹³ GAMBINO, S., "Derechos sociales...", cit., pp. 78-83. *Vid.*, ILIOPOULOS STRANGAS, J., *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne: étude de droit comparé*, Sakkoulas-Bruylant-Nomos, Atenas-Bruselas-Baden-Baden, 2000.

⁴⁹⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "Derechos sociales fundamentales...", cit., p. 2.

de los derechos sociales fundamentales son requisitos necesarios e indispensables para la supervivencia del Modelo social europeo, para su consolidación como referente del progreso social en el mundo (*Supra, cap. 1º, apartado V.1*).

En la actualidad, en el ejercicio y en la tutela de los derechos sociales fundamentales entran en juego otros derechos y libertades fundamentales que, en situaciones de crisis económica, parecen estar justificando que se impongan mayores límites al ejercicio de los derechos sociales fundamentales, en beneficio de las libertades económicas, como la libertad de empresa, de establecimiento, de circulación de personas, bienes y capitales, y competencia. Estos defensores de que se impongan mayores limitaciones, consideran indispensable que la protección y tutela de los derechos sociales vengan justificadas con argumentos de mayor peso; pues, en gran medida, suscriben la idea de que los derechos sociales, son un coste que ralentiza la dinámica económica. El argumento de que en tiempos de crisis económica y financiera como el actual debería poder rebajarse la observancia de los derechos sociales “no sólo vulnera, desde la perspectiva jurídico-dogmática, el principio de progresividad y de no regresión - y eventualmente del acervo social ya conseguido- sino que desde el punto de vista político económico resulta falaz”⁴⁹⁵. Precisamente como consecuencia de los efectos de la crisis económica y social, se requiere una mayor intervención social del Estado, o de los Estados, que contrarreste o al menos apacigüe estos efectos. En este sentido deben reclamarse contenidos mínimos, básicos o líneas rojas que garanticen el pleno ejercicio y tutela de todos los derechos fundamentales, incluyéndose los civiles, sociales y políticos⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ JIMENA QUESADA, L., “La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas”, *Estudios de Economía Aplicada*, vol. 27-3, 2009, p. 764: ¿Cabe imaginar que un gran número de prestaciones sociales podrían satisfacer a personas necesitadas si las Administraciones públicas españolas no hubieran de abonar millones de euros en intereses de demora –por cierto, por imposición de una normativa europea, traspuesta al ordenamiento interno- por retrasar el pago a empresas privadas suministradoras de material y equipos médico-sanitarios a los hospitales públicos?

⁴⁹⁶ FERNÁNDEZ DE LIESA, C. R., “Los derechos económicos, sociales y culturales en el orden internacional”, en *Política social internacional y europea*, MARIÑO FERNÁNDEZ F. y FERNÁNDEZ LIESA, C., (dirs. y coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, MTAS, 1996, pp. 77-78, citado por ESPADA RAMOS, M. L., “Los derechos sociales en la Unión Europea: mercado o justicia”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 35, 2001, p. 27.

Como es sabido, en cuanto a la eficacia jurídica de los preceptos sociales ha de distinguirse entre eficacia directa o mediata, entre derechos sociales condicionados e incondicionados: los primeros presuponen una intervención del legislador, del poder político, sobre el *quando*, sobre el *quomodo* y sobre el *se*; y, los segundos, los derechos sociales incondicionados tienen una naturaleza y estructura tal que no necesitan de ulteriores intervenciones para su realización⁴⁹⁷; es decir, existen derechos fundamentales directamente aplicables y derechos o principios de carácter programático y estos últimos necesitan norma de desarrollo para poder ser aplicables y alegados ante los tribunales y en dicho desarrollo ha de respetarse en todo caso el contenido esencial de los derechos que se han de tutelar. Para aproximarse a la idea de contenido esencial, siguiendo conocida doctrina de nuestro Tribunal Constitucional⁴⁹⁸, se pueden seguir dos caminos, que “*son complementarios y pueden ser conjuntamente utilizados*”: 1.- el primero consiste en buscar “*la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho*”⁴⁹⁹; 2.- el segundo consiste en buscar “*los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos*”. Y así, el contenido esencial sería “*aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos*”. El contenido esencial es entonces el núcleo inequívoco –“*núcleo que comprende aquellas situaciones que el ordenamiento jurídico inequívocamente protege como derecho fundamental*”⁵⁰⁰, formado por

⁴⁹⁷ GAMBINO, S., “Derechos sociales...”, cit., p. 73.

⁴⁹⁸ STCO de 8 de abril de 1981, fundamento jurídico octavo.

⁴⁹⁹ “Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho”. En este sentido, continúa diciendo la STCO citada, “constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”. STCO de 8 de abril de 1981, fundamento jurídico octavo.

⁵⁰⁰ DÍEZ PICAZO, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2008, p. 117. Sobre las diferentes teorías que se han ido elaborando sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, *Vid.*, BUSTOS BOTTAI, R. G., *Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, octubre 2009; MARTÍNEZ-PUJALTE, A., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de

intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, que ha de tutelarse, valorando y sopesando su relación con otros intereses jurídicos, o contenidos esenciales, en juego.

Así, el contenido esencial de un derecho social fundamental no es un concepto estático sino uno en constante evolución. La existencia misma del derecho fundamental depende tanto de su positividad o reconocimiento legal como de la existencia de auténticas garantías jurídicas⁵⁰¹. Su contenido esencial no es inmutable en su significación, sino que es un concepto histórico, “que varía de acuerdo a los cambios de circunstancias y a las transformaciones sociales pues sin esa acomodación histórica se llega ineludiblemente al anquilosamiento o petrificación del ordenamiento jurídico⁵⁰²”. El concepto por tanto se encuentra siempre en estado de progresión. Que sea un concepto variable no significa, sin embargo, que no exista, que no sea exigible, y que no deba ser respetado y tutelado por los poderes públicos, de cualquier ámbito.

En cuanto al ámbito comunitario, el Tratado de Roma en su versión de 1957 no hizo mención alguna a la protección de derechos fundamentales de ningún tipo (*Supra, cap 1º, apartado 1.2*). Seguramente, la consecución de fines económicos inicialmente pretendida por la Comunidad Económica Europea justificaba la escasa o casi nula mención en los Tratados fundacionales a los derechos fundamentales. En el ámbito social, tan sólo la igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo se había contemplado en el Tratado de Roma en su redacción original (art. 119). Muy probablemente, en los redactores del Tratado de Roma pesó el hecho de que históricamente las declaraciones de derechos al más alto nivel o Constituciones habían servido para extender competencias. De ahí que, como señala MANCINI,

Estudios constitucionales, 1997. A grandes rasgos, en las teorías denominadas “relativas”, el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación con aquellos bienes o derechos que justifican la limitación mientras que, en las “absolutas”, el examen de la justificación de la medida que limita otorga una relevancia sustantiva al derecho fundamental que se ve afectado.

⁵⁰¹ MONEREO PÉREZ J. L., *La protección de derechos sociales, el modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 31.

⁵⁰² ÁLVAREZ CONDE, E., *El régimen político español*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 239, citado, por BUSTOS BOTTAI, R. G., *Derechos sociales...*, *cit.*, p. 353.

“la ausencia de cualquier alusión a los derechos humanos en el Tratado de Roma, constituía una garantía de mantenimiento de la distribución de competencias que el mismo Tratado de Roma llevaba a cabo⁵⁰³”.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea fue supliendo la inexistencia del reconocimiento comunitario de derechos fundamentales, partiendo de la idea de su consideración como principios generales del derecho y como principio inspirados de la actuación comunitaria (asuntos *Stauder* y *Nold*)⁵⁰⁴. El respeto a los derechos fundamentales debía ser considerado como patrimonio común de los Estados miembros y, a su vez, como requisito necesario para pertenecer y permanecer en la Unión Europea⁵⁰⁵. Además, que los derechos fundamentales fueran siendo integrados por el ordenamiento comunitario por la vía jurisprudencial como principios generales del derecho, interesaba a los Estados miembros como garantía de los propios Estados frente a las normas comunitarias: “el interés de los Estados miembros por integrar los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario vía TJCE, como principios generales del derecho, nació, pues, como garantía de los propios Estados frente a normas comunitarias que, por estar apoyadas en los principios estrictamente liberales que derivaban de las redacciones originales de los Tratados originarios, pudieran implicar obligaciones incompatibles con los derechos fundamentales que formaban parte de su identidad⁵⁰⁶”.

La adopción del Acta Única Europea en 1987 vino a marcar el inicio del proceso hacia una mayor integración política y económica en Europa, en el que no cabía desatender la dimensión social del mismo (*Supra, cap 1º, apartado II.1*). En esas fechas, comienzos de los años ochenta, poco o nada se había hecho con respecto a las medidas de carácter social anunciadas en el primer Programa

⁵⁰³ MANCINI, F., “La tutela dei diritti dell’uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee”, *Rivista Trimestrale di Diritti e Procedura Civile*, 1989, citado por PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El reconocimiento de los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea”, *Foro. Revista de Ciencias jurídicas y sociales, Nueva época*, núm. 9/2009, p 14.

⁵⁰⁴ Asunto *Stauder*, sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1969, C-29/69. Asunto *Nold*, sentencia del TJCE de 14 de mayo de 1974, C 4- 44/79.

⁵⁰⁵ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “Derechos sociales fundamentales...”, cit., p. 3.

⁵⁰⁶ BALLESTER PASTOR, M. A., “Los derechos sociales de la Carta...”, cit., p. 3.

de acción social de 1974, sobre todo en aquellos aspectos sociales más sensibles como los derechos colectivos y/o aquellos que significaran un mayor coste (*Supra, cap 1º, apartado I.3*). En el Preámbulo del Acta Única Europea de 1987 se mencionaba por vez primera en Derecho originario a los derechos fundamentales, estableciéndose que -los Estados miembros- “*están decididos a promover la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en -las leyes y constituciones de los- Estados miembros, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta Social europea*”⁵⁰⁷. Hubo que esperar, sin embargo, hasta la firma del Tratado de Maastricht en 1992 para que las menciones a los derechos fundamentales pasaran del Preámbulo al texto de Derecho originario, en concreto el artículo 6 del TCE⁵⁰⁸ (*Supra, cap 1º, apartado II.3*).

Posteriormente, las negociaciones que tuvieron como resultado la adopción del Tratado de Ámsterdam en 1997 (*Supra, cap 1º, apartado II.4*) fueron bastante limitadas en cuanto a lo que respecta a una mayor protección y tutela de los derechos fundamentales en el ámbito europeo. La reforma operada por el Tratado de Ámsterdam supuso situar a los nuevos valores -libertad, democracia derechos humanos y libertades fundamentales- expresamente en el pórtico de la Unión Europea, no ya en la Comunidad Europea, pero la reforma de Ámsterdam quedaba limitada por dos importantes razones. La primera, porque admitía el mecanismo de flexibilidad de las cooperaciones reforzadas de gran transcendencia política, pues significaría que se admitieran diversos modelos como “Europa a la carta”, “Europa a varias velocidades” y “Europa de geometría variable” (*Supra, cap. 1º, apartado II.4.1*). La segunda, porque en la letra del Derecho originario la reforma había quedado limitada: 1.- a considerar que los derechos fundamentales, según doctrina del Tribunal de Justicia de la

⁵⁰⁷ Preámbulo del Acta Única Europea de 1987, tercer párrafo.

⁵⁰⁸ Art. 6 TCE- versión consolidada por Tratado de Ámsterdam- 1997.- (anterior art. F tratado de Maastricht de 1992): 1.- “*La Unión se basa en los principios de libertad democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de derecho; principios que son comunes a los Estados miembros*” (se añade en Ámsterdam); 2. “*La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y cómo resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales de Derecho comunitario*”.

Comunidad Europea, seguían siendo principios generales de Derecho comunitario; 2.- a incidir en que los derechos fundamentales a proteger son los aquellos resultantes de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros; y 3.- a señalar que deben respetarse también los contenidos en la Convenio Europeo de Derechos Humanos.

No tuvo el Tratado de Ámsterdam de 1997 ninguna pretensión en cuanto a dotar de una mayor protección a los derechos fundamentales de carácter social, con la excepción quizás de algunas tímidas novedades⁵⁰⁹. La doctrina especializada puso de manifiesto que la técnica jurisprudencial era inadecuada a la hora de asegurar derechos sociales, y que se requería su reconocimiento explícito como derechos fundamentales y “una regulación y definición de los derechos, de forma visible, cierta, organizada y con algún grado de vinculabilidad para asegurar un equilibrio más satisfactorio entre derechos sociales y las libertades económicas⁵¹⁰”. En los años 1989 y 2000 se produjeron dos serios intentos por incorporar en el Derecho originario comunitario una relación o declaración de derechos sociales fundamentales, como valores comunes a los Estados europeos. En primer lugar, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 (*Supra, cap 1º, apartado II.2*) fue el primer intento serio de constitucionalizar derechos sociales, de forma separada de los derechos civiles y políticos. Sin embargo, esta Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de 1989 no adquirió carácter vinculante por la exclusión británica de la misma y, por ello, fue una mera declaración política, un hito importante, pero cuyo continente era un instrumento jurídico inadecuado. En la actualidad, esta Carta de 1989, junto con la Carta Social Europea de 1961,

⁵⁰⁹ BALLESTER PASTOR, M. A., “Los derechos sociales...”, cit., p. 2. Entre ellas: 1.- la creación de un procedimiento específico en caso de violación por parte de un Estado miembro de los principios de la Unión (art. 7 TUE); 2.- la configuración de un principio antidiscriminatorio multicausal cuyo contenido y alcance quedaba en manos del desarrollo establecido por las Directivas comunitarias al respecto y que, por tanto, carecía de contenido efectivo (art. 13 TCE); 3.- el ajuste del principio antidiscriminatorio por razón de género a la doctrina jurisprudencial del TJCE largamente consolidada (art. 141 TCE); y 4.- la protección de datos personales estrictamente en el ámbito comunitario (art. 286 TCE).

⁵¹⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “Derechos sociales...”, cit., p. 3.

permanecen en el Derecho originario como principios inspiradores de la actuación comunitaria en materia social (art. 151, primer párrafo, TFUE)⁵¹¹.

El segundo intento serio en el avance hacía la constitucionalización de los derechos sociales en el ámbito europeo se produjo en el año 2000, con la proclamación formal de la Carta de Derechos Fundamentales, por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión con ocasión del Consejo Europeo de Niza en 2000 (*Supra, cap 1º, apartado III.2*). Esta proclamación formal, si bien causó una gran expectación y amplio análisis y debate doctrinal, carecía de valor jurídico. A pesar ello, la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 fue concebida como un gran paso adelante en la configuración del Modelo social europeo, y los derechos fundamentales que en ella se contenían, vigentes en todo caso como principios generales del derecho comunitario, orientaron en numerosas ocasiones la actuación de las instituciones comunitarias, incluyéndose la del propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Con posterioridad, durante las negociaciones que desembocaron en el fracasado Tratado Constitucional de 2004 (*Supra, cap 1º, apartado III.5*), se apoyó con firmeza la incorporación de esta Carta de Derechos Fundamentales de 2000 en el Tratado Constitucional. La paralización de los procesos de ratificación de este Tratado en los Estados miembros durante el año 2005, provocó que se retrasara cualquier decisión sobre el valor jurídico de la Carta. Así, hubo que esperar a la aprobación del Tratado de Lisboa para que se reconociera valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales de 2000, que fue formalmente proclamada de nuevo en 2007 (*Supra, cap 1º, apartado IV.4.1*).

3.- Repercusiones de las reformas operadas por el Tratado de Lisboa en 2007 en punto a la protección de los derechos sociales fundamentales.-

Las reformas operadas en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa no supusieron grandes novedades en materia social. Básicamente, por un lado, se

⁵¹¹ Art. 151 primer párrafo TFUE (anterior artículo 136 TCE): “*La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, tendrán como objetivos el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones*”.

produjo una re-ubicación y redefinición de los objetivos de carácter social; y por otro, se reorganizaron las disposiciones sociales pero sin cambios de trascendencia (*Supra, cap 1º, apartados IV.3 y IV.4*). En cuanto a las novedades en punto a la protección de derechos sociales fundamentales, en concreto, el reconocimiento del “*mismo valor jurídico que los Tratados*” a la Carta de Derechos Fundamentales (art. 6.1 TUE) y el anuncio sobre la futura adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6.2 TUE), la realidad es que las reformas operadas en el Derecho originario no han supuesto cambios relevantes con respecto a la situación anterior al Tratado de Lisboa, especialmente con respecto a los derechos sociales. Sin duda, los resultados o efectos de estas novedades tienen carácter limitado e incluso desalentador, por los siguientes motivos:

Primero.- Porque por indicación del nuevo artículo 6.1 TUE y del artículo 51.2 de la Carta de Derechos Fundamentales, que se le haya otorgado a ésta “(d)el mismo valor jurídico que los Tratados”, no significa que se amplían competencias ni se modifiquen, ni se creen nuevas competencias en materia social más allá de lo ya previsto en los Tratados. Las limitaciones existentes en Derecho originario en cuanto a la competencia comunitaria para actuar en materia social, por ejemplo, en punto a las materias sociales especialmente sensibles (art. 153.5 TFUE) siguen estando plenamente vigentes (*Infra, cap 1º, apartado V.5*).

Segundo.- Porque la mayoría de los derechos sociales previstos en la Carta de Derechos Fundamentales son considerados principios, en lugar de Derechos. La propia Explicación al artículo 52.5 de la Carta dice que los derechos sociales -y no a otro tipo de derechos- son principios en todos los sistemas constitucionales de los Estados miembros y expresamente se citan, como ejemplos de principios reconocidos en la Carta, determinados derechos

sociales (arts. 25⁵¹², 26⁵¹³ y 37⁵¹⁴). Que sean considerados meros principios significa que deben observarse y que no son directamente alegables ante los Tribunales pues, al carecer de eficacia directa, requieren de norma posterior de desarrollo (art. 52.5 CDF)⁵¹⁵.

Tercero.- Porque el problema principal deriva, no del hecho de que sean considerados principios, sino de que el contenido esencial de los mismos, como se dijo, indispensable para el desarrollo y tutela de los derechos fundamentales, no se infiere claramente, ni de lo dispuesto en la letra de la Carta de Derechos Fundamentales, ni tampoco en las Explicaciones a los derechos que en ella se contemplan. Como se dijo (*Supra, cap. 1º, apartado IV.4*), el artículo 6.1 TUE reenvía la aplicación e interpretación de la Carta a unas Explicaciones, que imponen unos límites que, al orientar cómo ha de interpretarse su contenido, ni añaden nada nuevo a lo ya existente, ni fijan tampoco los contenidos esenciales requeridos para asegurar la tutela de los mismos. Es más, puede afirmarse que no sólo no clarifican, sino que más bien inducen a mayor confusión en cuanto a cuáles han de ser las fuentes aplicables para la determinación de los contenidos esenciales de dichos derechos. Así, por ejemplo, si atendemos, al artículo 12 de la Carta de Derechos Fundamentales sobre libertad de asociación⁵¹⁶ puede verse que su Explicación se remite directamente al Convenio Europeo de

⁵¹² Art. 25 CDF: Derechos de las personas mayores.- *“La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”*.

⁵¹³ Art. 26 CDF: Integración de las personas con discapacidad.- *“La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”*.

⁵¹⁴ Art. 37 CDF: Protección del medio ambiente.- *“En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad”*.

⁵¹⁵ Art. 52.5 CDF: *“Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos”*.

⁵¹⁶ Art. 12 CDF: 1.- *“Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar con otras sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses; 2.- Los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión”*.

Derechos Humanos, reproduce el artículo 11 del mismo⁵¹⁷, estableciéndose que su ámbito -el del derecho previsto en la Carta- “es *más amplio*” que el del Convenio, dado que pueden aplicarse a todos los niveles incluido el europeo⁵¹⁸. Posteriormente, la Explicación se remite también al artículo 11 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales de los Trabajadores de 1989. Hubiera sido deseable, desde luego, que la Explicación se hubiera referido a normativa internacional más específica, por ejemplo, a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y a la Carta Social Europea. En cualquier caso, poco se aclara en esta Explicación más allá de una remisión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la Carta comunitaria de 1989. Y tampoco se entiende la expresión “*ámbito más amplio*” que se recoge en la Explicación al citado artículo 12 de la Carta de Derechos Fundamentales.

Por lo demás, la Carta reconoce la libertad de asociación (art. 12 CDF) y el derecho de huelga “*de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales*” (art. 28 CDF). ¿Qué sentido tendrá reconocer en la Carta unos derechos sobre los que la Unión no tiene competencia para legislar? Ya se dijo que el ámbito de aplicación de la Carta está claramente limitado por lo dispuesto en los artículos 6. 1 TUE y 51.2 de la Carta: no se amplían competencias, ni se modifican ni se crean nuevas competencias más allá de lo dispuesto en los Tratados. Precisamente el derecho de asociación y sindicación y el derecho de huelga forman parte de esas materias especialmente sensibles, relacionadas en el artículo 153.5 TFUE y

⁵¹⁷ Art. 11 CEDH: 1.- “*Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses*”; 2.- “*El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado*”.

⁵¹⁸ Explicación al artículo 12.1 de la Carta de Derechos Fundamentales: “*Las disposiciones del apartado 1 del presente artículo 12 tienen el mismo sentido y alcance que las del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero su ámbito de aplicación es más amplio dado que pueden aplicarse a todos los niveles, incluido el europeo. Conforme al apartado 3 del artículo 52 de la Carta, las limitaciones a este derecho no pueden sobrepasar las que el apartado 2 del artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos considera que pueden ser legítimas*”.

excluidas del ámbito competencial de la Unión (*Supra*, cap. 1º, apartados II.3.3 y IV.3.2).

Por otro lado, si se atiende a lo dispuesto en los artículos 27 (derecho de información y consulta)⁵¹⁹ y 28 (derecho de negociación y de acción colectiva)⁵²⁰ que forman parte del marco jurídico de los derechos de participación objeto de este trabajo (*Infra*, cap 2º, apartado I.1), puede observarse que las Explicaciones a estos derechos se dedican, en primer lugar, a señalar las fuentes de Derecho internacional en las que se inspiran o basan estos preceptos, en concreto, la Carta Social Europea y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989 y, en el caso del artículo 28, también en el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵²¹. Las normas citadas, las denominadas Cartas sociales -Carta Social Europea y Carta Comunitaria de derechos sociales de los Trabajadores de 1989-, son fuentes internacionales, principios generales del derecho que ya inspiran y han de ser tenidos en cuenta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 151 TFUE, para la realización de los objetivos sociales previstos en el citado artículo, que abre el Título X relativo a política social del TFUE. Esto significa que existieran las Explicaciones o no, el contenido de la normativa internacional de carácter social puede y debe ser alegada ante los Tribunales y pueden éstos interpretar y aplicar el derecho conforme a la misma. De momento, poco nuevo se añade pues ya desde el Tratado de Ámsterdam se establecía en el TCE que había que respetar los

⁵¹⁹ Art. 27 CDF: “Deberá garantizarse a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación, en los casos previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales”.

⁵²⁰ Art. 28 CDF: “Los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga”.

⁵²¹ Explicación al artículo 27 de la Carta: “Este artículo figura en la Carta Social Europea revisada (artículo 21) y en la Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (puntos 17 y 18)”. Explicación al artículo 28 de la Carta: “Este artículo se basa en el artículo 6 de la Carta Social Europea, así como en la Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores (puntos 12 y 14). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció el derecho de sindicación establecido en el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”.

contenidos del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵²². Además, ya desde Ámsterdam se preveía, en el Preámbulo del TUE⁵²³, y en el artículo 117 TCE - posteriormente artículo 136 TCE⁵²⁴-, la adhesión a los derechos sociales fundamentales *“como los que se indican en la Carta Social Europea y en la Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores”*. En un segundo plano, las Explicaciones se refieren, en idénticos términos en ambos artículos, pues el artículo 28 CDF se remite en este punto al artículo 27 CDF, a que estos derechos se aplicarán *“en las condiciones previstas por el derecho de la Unión y por los derechos nacionales”*. Tampoco se añade mucho más a lo ya dispuesto en los artículos 27 y 28 CDF ya que, según estas disposiciones, ambos derechos *“se garantizarán en los casos y condiciones previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales”*. Ahora bien, en el caso del artículo 28 CDF se vuelve a reafirmar, en la Explicación correspondiente a este artículo, la competencia estatal que ha de prevalecer en torno a la aplicación e interpretación del derecho de actuación colectiva: *“las modalidades y límites en el ejercicio de acciones colectivas, incluida la huelga, entran dentro del ámbito de las legislaciones y prácticas nacionales, incluida la cuestión de si pueden llevarse a cabo de forma paralela en varios Estados miembros”*. ¿No se estaría atentando en esta Explicación al artículo 28 de la Carta contra el principio de subsidiariedad? ¿No debería ser, en su caso, competencia comunitaria regular el ejercicio de acción colectiva más allá de las fronteras nacionales? En

⁵²² Art. 6 TCE -versión consolidada por Tratado de Ámsterdam de 1997- (anterior artículo F Tratado de Maastricht de 1992: 1.- *“La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de derecho; principios que son comunes a los Estados miembros”* (se añade en Ámsterdam); 2.- *“La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y cómo resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembro como principios generales de derecho comunitario”*.

⁵²³ *“Confirmando su adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989”*.

⁵²⁴ Art. 136 TCE: *“La Comunidad y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero, y la lucha contra las exclusiones”*.

materia de huelga, las Explicaciones nos informan de que es un elemento del derecho de sindicación -aplicando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos- y, junto a ello, parece indicar que la Unión no tiene intención de entrar a regular actuaciones colectivas –huelgas- aun cuando traspasen el ámbito nacional, que, como ya se ha dicho, en virtud del principio de subsidiariedad si debería ser competencia comunitaria.

Cuarto.- Porque la reforma de Lisboa no sólo no facilita la determinación de los contenidos esenciales de los derechos sociales fundamentales de carácter colectivo sino que, incluso, puede afirmarse que degrada el nivel de protección o tutela de los mismos en el ámbito comunitario, al diluir -la Carta- su valor jurídico como principios generales de Derecho comunitario⁵²⁵. En este sentido, por indicación del artículo 6.3 TUE, tanto los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como los derechos que son fruto de las “*tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros*”, forman parte de la Unión como principios generales del derecho comunitario. El problema reside en este punto en varios aspectos: por un lado, determinados derechos colectivos, como el derecho de huelga, ni están consolidados como principios generales del derecho comunitario, ni existen “*tradiciones constitucionales comunes*” entre los Estados miembros. Y, por otro lado, si se pretende acudir a la Carta de Derechos Fundamentales y a sus Explicaciones para determinar el contenido esencial de este derecho, surgen multitud de complicaciones, principalmente cuando se cita jurisprudencia comunitaria, que no sabemos si, vía Explicación, ha de entenderse como doctrina consolidada o no⁵²⁶. Las Explicaciones a los derechos fundamentales que contiene la Carta debieran

⁵²⁵ BERCUSSON, B., *European Labour Law*, 2ª edición, cit., pp. 724-5: “*Ironically, however, the Treaty of Lisbon will enlance the legal status of the Charter, but may actually diminish the legal status of fundamental rights it incluyes. The Lisbon Treaty may dilute the legal status of the Charter’s fundamental Rights as general principles of EC Law*”.

⁵²⁶ En este sentido, BALLESTER PASTOR, M. A., “Los derechos sociales...”, cit., p. 6. En las Explicaciones referidas a los derechos sociales aparecen siempre tres niveles explicativos: en el primer nivel se encuentra la jurisprudencia del TJUE; en el segundo nivel aparece la normativa comunitaria, tanto derivada como originaria; y en el tercer nivel aparecen los textos extra-normativos, convenios internacionales, Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores y Carta Social Europea. Ciertamente su relevancia desaparece cuando junto a ellos aparecen referencias concretas a la jurisprudencia del TJCE, a los Tratados constitutivos y a las Directivas comunitarias.

haber contenido mayores guiones o pautas de interpretación y de aplicación, especialmente en aquellas materias donde no están consolidados como principios generales del derecho comunitario y máxime en los supuestos en los que dichas Explicaciones recurren, por ejemplo, a la Carta Social Europea y no citan la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, que es el órgano autorizado para interpretar las disposiciones de la Carta Social Europea.

Lo razonable sería proceder a la interpretación de los artículos de la Carta de Derechos Sociales basados en la Carta Social Europea revisada, no tanto indirectamente a través de las Explicaciones sino acudiendo directamente a la jurisprudencia de Comité Europeo de Derechos Sociales⁵²⁷. Y es que, la Carta Social Europea aparece mencionada en el Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, pero no es el texto, a pesar de que se sí se refiere a ella en las Explicaciones. Como señala JIMENA QUESADA, “el agravio comparativo, con consideración a la baja de la factibilidad y la justiciabilidad de los derechos sociales ..().., prosigue cuando la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, no sólo no se eleva al mismo escalón que la jurisprudencia del TJUE o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ..(..) sino que se silencia absolutamente⁵²⁸”.

4.- Retos y cuestiones pendientes.- Teniendo presentes los argumentos expuestos relativos al carácter limitado de las reformas operadas por el Tratado de Lisboa en punto a la protección de los derechos sociales fundamentales en el ámbito europeo, interesa abordar dos retos o cuestiones pendientes: por un lado, la posibilidad de una futura adhesión de la Unión a la Carta Social Europea (apartado 4.1); y por otro lado, la resolución de los problemas que plantea la protección multinivel de los derechos sociales en el ámbito comunitario (apartado 4.2).

⁵²⁷ JIMENA QUESADA, L., “La Carta Social Europea y la Unión Europea”, Revista Europea de Derechos Fundamentales, nº 13, 1º semestre de 2009, p. 403.

⁵²⁸ JIMENA QUESADA, L., “La factibilidad de los derechos sociales...”, cit., p. 756. Esa omisión de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, que también es una constante, sin excepción, en la jurisprudencia del TJUE, ha ido a la par con una fluctuante y tímida presencia de la Carta Social Europea tanto en el Derecho originario de la Unión Europea como en la actividad del TJCE.

4.1.- La adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea.- La

Carta Social Europea originaria de 1961 es mencionada en el Derecho originario, junto a la otra Carta social, la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989, en el artículo 151 TFUE. Ambas Cartas son fuentes internacionales y constituyen principios generales del derecho, que deben ser tenidos en cuenta tanto en la creación del derecho comunitario como en la protección y tutela del mismo. La Carta Social Europea es de nuevo mencionada en el Preámbulo, quinto párrafo, de la Carta de Derechos Fundamentales⁵²⁹ y en muchas de las Explicaciones a los derechos que en ésta última se consagran. Como se puso de manifiesto en el apartado anterior, en numerosas ocasiones en las Explicaciones se citan derechos contenidos en la Carta Social Europea pero no se cita la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Humanos que es el órgano legitimado para interpretar los derechos de la misma. Al extremo, señalaba JIMENA QUESADA, “¿se revelaba necesario o pertinente un catálogo de derechos sociales específico para la Unión Europea o, más ampliamente, una Carta específica de derechos fundamentales? ¿no habría sido más lógico, útil y operativo, que la Unión ratificara como tal la Carta Social Europea, del mismo modo que se incide tanto en la adhesión de la Convención Europea de Derechos Humanos⁵³⁰?”

A favor de la adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea se ha pronunciado tanto el Parlamento Europeo⁵³¹ como la Asamblea Parlamentaria

⁵²⁹ Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales, quinto párrafo: “La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea”.

⁵³⁰ JIMENA QUESADA, L., “La Carta Social Europea...”, cit., p. 393.

⁵³¹ Informe JAUREGUI del Parlamento Europeo de 6 de mayo de 2010. Incluso el Proyecto PIRELLI de Constitución europea de 1984 preveía la adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea.

del Consejo de Europa⁵³²; adhesión que viene respaldada también por la doctrina⁵³³ y que **vendría apoyada por los siguientes argumentos:**

Primero.- Porque la difícil determinación de los contenidos esenciales de los derechos sociales fundamentales de la mano de la Carta de Derechos Sociales, junto a la relativa ausencia de contenido social del Convenio Europeo de Derechos Humanos -no forman parte del núcleo duro, por ejemplo, la prohibición del trabajo forzoso (art. 4 CEDH), el derecho de sindicación (art. 11 CEDH) o el derecho a la educación (art. 2 protocolo 1º)-, justificaría sin duda que se iniciará un proceso de adhesión de la Unión a la Carta Social Europea.

Segundo.- Porque una posible adhesión de la Unión Europea al sistema de la Carta Social Europea evitaría pronunciamientos paralelos entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales, que de hecho se han producido ya en alguna ocasión. En concreto, en relación a la duración del tiempo legal de trabajo y las nociones de trabajo efectivo por referencia a la legislación francesa relativa a la no equiparación del tiempo de presencia, en el que está el trabajador a disposición del empleador en el centro de trabajo, y del tiempo de trabajo con actividad laboral ordinaria⁵³⁴.

⁵³² Resolución de la Asamblea Parlamentaria 915 (1989) de 9 de mayo de 1989.

⁵³³ LANDA ZAPIRAIN, J. P., "En busca de una regulación equilibrada que permita conciliar el desarrollo del mercado único con el respeto exigible al ejercicio de los derechos sociales fundamentales: desde el diálogo social a la constitucionalización jurídica de la Unión Europea", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Número extraordinario sobre la Presidencia española en el Consejo de la Unión Europea, abril 2010, que reclama que se haga lo mismo también con los Convenios 87 y 98 de la OIT; JIMENA QUESADA, L., "La Carta Social Europea...", cit., p. 397; MARTÍNEZ OTERO, J., "Controversias jurisdiccionales en materia social en Europa. Potenciales divergencias entre el Comité Europeo de Derechos Sociales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Revista Europea de Derechos Fundamentales, núm. 14/2º semestre 2009, pp. 283-300.

⁵³⁴ JIMENA QUESADA, L., "La Carta Social...", cit., pp. 398-99; MARTÍNEZ OTERO, J., "Controversias jurisdiccionales...", cit., pp. 283-300. El Comité Europeo de Derechos Sociales determinó sobre esta cuestión en su decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004 sobre la Reclamación colectiva nº 22/2003, caso CGT contra Francia, decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004, que la asimilación de los periodos de presencia con los periodos de descanso constituye una violación del artículo 2, apartados 1 y 5, de la Carta Social Europea revisada -derecho a unas condiciones de trabajo equitativas-. A similar conclusión llegó el TJUE un año después, en sentencia de 1 de diciembre de 2005, asunto Abdelkader dellas, c-14/04, pero sin mencionar en absoluto a la Carta Social Europea, basándose exclusivamente en la Directiva 93/104 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. ¿Qué hubiera sucedido en caso

Tercero.- Porque una futura adhesión de la Unión a la Carta Social Europea significaría el acceso, tanto al procedimiento de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, como a su jurisprudencia, de mayor calado y trascendencia en materia social que la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales ha conocido un desarrollo significativo en materia de empleo, de protección social, y de lucha contra la pobreza y la exclusión⁵³⁵.

Cuarto.- Porque la adhesión de la Unión a la Carta Social Europea significaría el pleno reconocimiento en el ámbito comunitario de importantes derechos sociales de carácter individual y de carácter colectivo, que son los siguientes:

En el plano de los **Derechos sociales de carácter individual:**

- Derecho al trabajo (art. 1 CSE revisada)⁵³⁶.
- Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas (art. 2 CSE revisada)⁵³⁷.

de que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hubiera sido contradictoria con la previa decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales?

⁵³⁵ *Vid.*, BELORGEY, J. M., “La Carta Social Europea...”, cit., p. 376.

⁵³⁶ Las partes contratantes se comprometen a “reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo; proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido; establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores; proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas”. Puede verse la Reclamación nº 6/1999, Sindicato nacional de profesionales de turismo vr. Francia, decisión de fondo de 10 de octubre de 2000, en la que se recuerda que cualquier diferencia de trato entre personas que se encuentran en situaciones comparables constituye una discriminación contraria a la Carta Social Europea, si dicha diferencia no persigue un fin legítimo y no se sustenta en motivos objetivos y razonables.

⁵³⁷ En este artículo 2 destaca la concesión de 4 semanas anuales de vacaciones pagadas así como descansos semanales y diarios e ir reduciendo la jornada laboral en la medida en que lo permita el aumento de productividad y otros factores pertinentes. Sobre la interpretación del artículo 2 de la Carta Social Europea revisada, que también versa sobre la eliminación de riesgos, así como sobre la necesidad de informar al trabajador sobre sus condiciones de trabajo, pueden verse: la Reclamación nº 9/2000, Confederación francesa de directivos-confederación general de ejecutivos vr. Francia, decisión de fondo de 16 de noviembre de 2001; la Reclamación nº 10/2000, STTK y Tehyry vr. Finlandia, decisión de fondo de 17 de octubre de 2001; y la ya mencionada Reclamación 22/2003, CGT vr. Francia, decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004, sobre tiempos de trabajo y de presencia efectiva.

- Derecho a una remuneración equitativa (art. 4 CSE revisada)⁵³⁸.
- Derecho de los niños y adolescentes (art. 7 CSE revisada).
- Derecho de los trabajadores a la protección de la maternidad (art. 8 CSE revisada)⁵³⁹.
- Derechos a la orientación y a la formación profesional (arts. 9 y 10 CSE revisada)⁵⁴⁰.
- Derecho a la protección de la salud (art. 11 CSE revisada), derecho a la seguridad social (art. 12 CSE revisada) y derecho a asistencia social y médica (art. 13 CSE revisada)⁵⁴¹.

⁵³⁸ Las partes contratantes se comprometen a “reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso; a reconocer el derecho de los trabajadores a un incremento de remuneración para las horas extraordinarias, salvo en determinados casos particulares; a reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor: a reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo; y a no permitir retenciones sobre los salarios sino en las condiciones y límites fijados por las leyes o reglamentos nacionales, o fijados por convenios colectivos o laudos arbitrales; el ejercicio de estos derechos deberá asegurarse mediante convenios colectivos libremente concertados, por los medios legales de fijación de salarios, o mediante cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales”.

⁵³⁹ En la protección de la Maternidad destaca el descanso de 14 semanas como mínimo, “pagadas como vacaciones, sea por prestaciones adecuadas de seguridad social o por subsidios sufragados con fondos públicos”.

⁵⁴⁰ Entre éstos resulta interesante destacar que las partes contratantes “se comprometen a asegurar o favorecer y a arbitrar medios que permitan el acceso a la enseñanza técnica superior y a la enseñanza universitaria, con base únicamente en el criterio de aptitud individual, y medidas particulares de reinserción para los parados de larga duración mediante medidas adecuadas tales como a) la reducción o la supresión del pago de cualesquiera derechos y gravámenes; b) concesión de asistencia financiera en los casos en que proceda; c) inclusión dentro de las horas normales de trabajo del tiempo dedicado a los cursos suplementarios de formación seguidos por el trabajador, durante su empleo, a petición del empleador; y d) la garantía, por medio de un control adecuado, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, de la eficacia del sistema de aprendizaje y de cualquier otro sistema de aprendizaje para trabajadores jóvenes y, en general de la adecuada protección a los trabajadores jóvenes”.

⁵⁴¹ Las partes se han comprometido “a velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguir éstos por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado; a velar por que las personas que se benefician de tal asistencia no sufran por ese motivo de discriminación alguna en sus derechos políticos y sociales..”.

- Derecho de las personas minusválidas a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad (art. 15 CSE revisada)⁵⁴².

- Derecho de la familia a protección social, jurídica y económica (art. 16 CSE revisada) y de los niños y adolescentes a la misma (art. 17 CSE revisada).

- Derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras partes (art. 18 CSE revisada) y derechos de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia (art. 19 CSE revisada), que promueven el reagrupamiento familiar y prevé su trato no discriminatorio y determinadas ayudas y medidas apropiadas⁵⁴³.

- Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, sin discriminación por razón de sexo (art. 20 CSE revisada) y derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato (art. 27 CSE revisada).

- Derecho de las personas en edad avanzada a la protección social (art. 23 CSE revisada)⁵⁴⁴.

⁵⁴² El Comité Europeo de Derechos Sociales, en la Reclamación nº 14/2003, Federación Internacional de las ligas de Derechos Humanos vr. Francia, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004, ha dicho que este artículo se aplica a todas las personas con discapacidad, cualesquiera que sea la naturaleza y el origen de su discapacidad y con independencia de su edad.

⁵⁴³ Resulta interesante el compromiso de las partes contratantes para *“mantener o cerciorarse de que existen servicios gratuitos adecuados para ayudar a estos trabajadores, y particularmente para suministrarles informaciones exactas..(..). contra toda publicidad engañosa sobre emigración e inmigración; adoptar dentro de los límites de su jurisdicción, los recursos sanitarios y médicos necesarios, así como unas buenas condiciones de higiene; a promover la colaboración requerida en cada caso, entre los servicios públicos, privados, de los países de emigración e inmigración y promover y facilitar, en tanto sea posible, la enseñanza de la lengua materna del trabajador migrante a los hijos de éste”*.

⁵⁴⁴ *“Las Partes se comprometen a adoptar o a promover, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas apropiadas orientadas, en particular: a permitir que las personas de edad avanzada sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible, mediante: a) recursos suficientes que les permitan llevar una vida digna y participar activamente en la vida pública, social y cultural y b) la difusión de información sobre servicios y facilidades a disposición de las personas de edad avanzada, y las posibilidades que éstas tienen de hacer uso de ellos; a permitir a las personas de edad avanzada elegir libremente su estilo de vida y llevar una existencia independiente en su entorno habitual mientras lo deseen y les sea posible hacerlo, mediante: a) la disponibilidad de viviendas adaptadas a sus necesidades y a su estado de salud o de ayudas adecuadas para la adaptación de su vivienda y b) la asistencia sanitaria y los servicios que requiera su estado; y a garantizar a las personas de edad avanzada que vivan en instituciones la asistencia apropiada, respetando su vida privada, y la participación en las decisiones que afecten a sus condiciones de vida en la institución”*.

- Derecho de los trabajadores a la protección en caso de despido (art. 24 CSE revisada)⁵⁴⁵ y a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia del empleador (art. 25 CSE revisada).

- Derecho a la dignidad en el trabajo (art. 26 CSE revisada)⁵⁴⁶.

- Derecho a protección contra la pobreza y la marginación social (art. 30 CSE revisada)⁵⁴⁷ y derecho a la vivienda (art. 31 CSE revisada)⁵⁴⁸ “*decente y dotada de condiciones esenciales*⁵⁴⁹”.

⁵⁴⁵ “Las Partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio y b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada. A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial”.

⁵⁴⁶ “Las Partes se comprometen, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores: a promover la sensibilización, la información y la prevención en materia de acoso sexual en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo, y a adoptar todas las medidas apropiadas para proteger a los trabajadores contra dichas conductas; a promover la sensibilización, la información y la prevención por lo que respecta a actos censurables o explícitamente hostiles y ofensivos dirigidos de manera reiterada contra cualquier trabajador en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo, y a adoptar todas las medidas apropiadas para proteger a los trabajadores contra dichas conductas”.

⁵⁴⁷ “Las Partes se comprometen a adoptar medidas en el marco de un planteamiento global y coordinado para promover el acceso efectivo, en particular al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, y a la asistencia social y médica, de las personas que se encuentren o que corran el riesgo de encontrarse en una situación de exclusión social o de pobreza, así como de sus familias; y, a revisar estas medidas con vistas a su adaptación, si resulta necesario”.

⁵⁴⁸ “Las partes se comprometen a la adopción de medidas destinadas a favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente; a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación; y a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes”.

⁵⁴⁹ En este sentido, en la Reclamación nº 15/2003, Centro de Derechos para los Gitanos Europeos vs. Grecia, decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004, el Comité Europeo de Derechos Sociales tuvo oportunidad de aclarar que el derecho a la vivienda propicia el ejercicio de otros numerosos derechos tanto civiles y políticos como económicos sociales y culturales. Los Estados deben esforzarse en proponer una oferta suficiente de viviendas para las familias, atender las necesidades de estas últimas en sus políticas de vivienda, y velar para que las viviendas existentes sean decentes y dotadas de las condiciones esenciales -calefacción y electricidad, especialmente-. El Comité ha declarado que “una vivienda decente designa no solamente a una vivienda que no sea insalubre y que disponga de los enseres esenciales, sino también un alojamiento de un tamaño suficiente en atención a la composición de la familia que lo ocupe. La obligación de promover la vivienda y de proporcionar alojamiento comporta, por lo demás, la garantía contra la expulsión ilegal”.

En el plano de los **Derechos sociales de carácter colectivo:**

- En cuanto a la **libertad sindical y al derecho de sindicación**, estos derechos se reconocen y promueven en el artículo 5 CSE revisada⁵⁵⁰, en términos muy similares a lo dispuesto en el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre libertad de reunión y de asociación⁵⁵¹. La interpretación dada a este último artículo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos permite incluir en su consideración también la libertad sindical negativa no recogida en el mismo⁵⁵². En cuanto al artículo 5 CSE revisada, relativo a la libertad sindical, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha incidido en la cuestión de la representatividad, estableciendo a tal efecto “*que (la representatividad) no ha de significar un obstáculo ni debe de restringir de manera excesiva la posibilidad de los sindicatos de participar en consultas*”⁵⁵³. Se ha pronunciado también este Comité en materia de participación institucional, por un lado, en el sentido de que ésta debe promoverse⁵⁵⁴; y por otro,

⁵⁵⁰ Art. 5 CSE revisada: “*Para garantizar o promover la libertad de los trabajadores o empleadores de constituir organizaciones locales, nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales y de adherirse a esas organizaciones, las partes contratantes se comprometen a que la legislación nacional no menoscabe esa libertad, ni se aplique de manera que pueda menoscabarla. Igualmente el principio que establezca la aplicación de esas garantías a los miembros de las fuerzas armadas y la medida de su aplicación a esta categoría de personas deberán ser determinadas por las leyes y reglamentos nacionales*”.

⁵⁵¹ Art. 11 CEDH: 1.- “*Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses*”. 2.- “*El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, prevista por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado*”.

⁵⁵² Sobre la práctica *closed shop* o taller cerrado, veáse Asunto Young, James and Webster vr. Reino Unido, demanda 7601/76 y 7806/77, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 agosto de 1981. Sobre libertad sindical negativa puede verse el Asunto Sigurdur A. Sigurjónsson vr. Islandia, demanda 16130/90, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 1993, versa sobre una taxista islandesa obligada a permanecer en la asociación de taxistas para no perder su licencia.

⁵⁵³ En Reclamación nº 23/2003, Sindicato Occitano de Educación vr. Francia, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004.

⁵⁵⁴ En Reclamación 26/2004 caso Sindicato de profesores agregados de la Enseñanza superior vr. Francia, decisión de fondo de 15 de junio de 2005, se ha considerado que la participación de un sindicato ante instancias de derecho público, ya sean consultivas, judiciales o administrativas, entra en el ámbito de aplicación del artículo 5 de la Carta Social Europea revisada, en conjunción con el artículo 6.1 de la misma -consulta paritaria-.

interpretando que la participación institucional no ha de interferir en los trámites parlamentarios de adopción de textos legislativos⁵⁵⁵. Por lo demás, se reconoce el derecho de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y a las facilidades que se les deben conceder para la efectiva realización de las funciones que les sean encomendadas (art. 28 CSE revisada)⁵⁵⁶.

- En materia de **negociación colectiva y huelga** (art. 6 CSE revisada)⁵⁵⁷ se ha afirmado, por ejemplo, que los funcionarios públicos tienen derecho a negociar sus condiciones de trabajo, con excepción de las remuneraciones. Ha sido muy relevante el tratamiento del derecho de huelga, generosamente interpretado por la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales: se acepta su ejercicio por parte de los funcionarios⁵⁵⁸ y se ha establecido en reiteradas ocasiones que no es conforme a la Carta Social Europea que se limite

⁵⁵⁵ La Reclamación nº 32/2005, CCES, Confederación de Sindicatos independientes de Bulgaria, Confederación Podkrepa del Trabajo, vr. Bulgaria, decisión de fondo del 16 de octubre de 2006: *“El artículo 6.1 de la Carta Social Europea no puede considerarse que obligue a los Estados a proveer un régimen de consultas de las organizaciones sindicales con respecto a las enmiendas introducidas en el curso de los debates en sus Asambleas parlamentarias (...). si dicha consulta no se desenvuelve de una manera espontánea, el Estado debe poner en marcha estructuras y mecanismos permanentes en el seno de los cuales los sindicatos y las organizaciones patronales estén representados paritariamente. Esas estructuras y mecanismos deben permitir a los interlocutores sociales deliberar y formular su opinión sobre todas las cuestiones de interés mutuo”*.

⁵⁵⁶ *“Las Partes se comprometen a garantizar que, en la empresa: gocen de una protección efectiva contra los actos que les puedan perjudicar, incluido el despido, motivados por su condición o sus actividades como representantes de los trabajadores dentro de la empresa; y se les den las facilidades apropiadas para que puedan desempeñar sus funciones de forma rápida y eficaz, teniendo en cuenta el sistema de relaciones laborales del país, así como las necesidades, el tamaño y las posibilidades de la empresa de que se trate”*.

⁵⁵⁷ *“Las partes contratantes se comprometen a favorecer la concertación paritaria entre trabajadores y empleadores, a promover, cuando sea necesario y conveniente, el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre empleadores u organizaciones de empleadores, por una parte, y organizaciones de trabajadores por otra, con objeto de regular las condiciones de empleo por medio de convenios colectivos, fomentar el establecimiento y la utilización de procedimientos adecuados de conciliación y arbitraje voluntarios para la solución de conflictos laborales”*. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los convenios colectivos en vigor”.

⁵⁵⁸ En la ya citada Reclamación nº 32/2005 (CCES, Confederación de Sindicatos independientes de Bulgaria, Confederación Podkrepa del Trabajo, vr. Bulgaria, decisión de fondo del 16 de octubre de 2006), se establece que no existe una relación razonable de proporcionalidad entre la prohibición de todos los servidores públicos del ejercicio de huelga, sin tomar en cuenta sus deberes y funciones, y la legitimidad de los objetivos perseguidos. Esta restricción no puede ser considerada necesaria en una sociedad democrática.

su ejercicio a las que tengan por finalidad la conclusión de acuerdos colectivos, ni cuando se subordina su ejercicio a la intervención de un único sindicato.

- En cuanto a los **derechos de información y consulta de los trabajadores** en el seno de la empresa (art. 21 CSE revisada)⁵⁵⁹, se prevé su promoción y defensa, así como el derecho a participar en la determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo en la empresa (art. 22 CSE revisada)⁵⁶⁰ y, a su vez, se prevé el derecho a información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (art. 29 CSE revisada)⁵⁶¹.

En cuanto a los principales **inconvenientes o dificultades** que presentaría una futura adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea:

Primero.- El sistema de acceso a la Carta Social Europea es bastante peculiar. Ello principalmente porque los Estados que forman parte del Consejo de Europa pueden ratificar un número variable de artículos, es decir, se permiten ratificaciones a la carta, a salvo de la obligatoriedad de suscribir determinados artículos o núcleo duro⁵⁶². Los Estados están obligados a aceptar seis de entre nueve artículos, que regulan los siguientes derechos: derecho al trabajo (art. 1); derecho de sindicación (art. 5); derecho a la negociación colectiva (art. 6);

⁵⁵⁹ “Las partes se comprometen a adoptar o a promover medidas que permitan que los trabajadores o sus representantes, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales: sean informados regularmente o en el momento oportuno y de una manera comprensible de la situación económica y financiera de la empresa que les emplea, entendiéndose que podrá negarse determinada información que podría ser perjudicial para la empresa o exigirse que la misma mantenga carácter confidencial; y sean consultadas oportunamente sobre las decisiones previstas que puedan afectar sustancialmente a los intereses de los trabajadores, y en particular sobre las decisiones que podrían tener consecuencias importantes sobre la situación del empleo en la empresa”.

⁵⁶⁰ “Las partes se comprometen a adoptar o promover medidas que permitan a los trabajadores o a sus representantes, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, contribuir: a la determinación y a la mejora de las condiciones de trabajo, de la organización del trabajo y del entorno de trabajo; a la protección de la seguridad y la higiene en el seno de la empresa; la organización de servicios y facilidades socioculturales en la empresa; y la supervisión del cumplimiento de la reglamentación en estas materias”.

⁵⁶¹ “Las partes se comprometen a garantizar que los empleadores informen y consulten oportunamente a los representantes de los trabajadores, antes de dichos despidos colectivos, sobre las posibilidades de evitar dichos despidos colectivos o de limitar su número y mitigar sus consecuencias, por ejemplo recurriendo a medidas sociales simultáneas dirigidas, en particular, a promover la recolocación o la reconversión de los trabajadores afectados”.

⁵⁶² BELORGEY, J. M., “La Carta Social Europea...”, cit., p. 351.

derecho de niños y adolescentes a protección (art. 7); derecho a la seguridad social (art. 12); derecho a la asistencia social y médica (art. 13); derecho de la familia a la protección (art. 16); derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y asistencia (art. 19); y derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo sin discriminación por razón de sexo (art. 20). Entre éstos no se encuentran, por ejemplo, ni los derechos de información y consulta a los trabajadores en el ámbito de la empresa, ni otros derechos importantes como: el derecho a una remuneración equitativa (art. 4), el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30) y derecho a la vivienda (art. 31).

Segundo.- Como ya se dijo, la Carta Social Europea original de 1961 sufrió una importante revisión en 1996, inspirada en normativa y jurisprudencia comunitaria, dando lugar a la Carta Social Europea revisada (*Supra, cap. 1º, apartado II.4.3*)⁵⁶³. A partir de la entrada en vigor del protocolo adicional a la Carta de 1998, que contiene las principales innovaciones introducidas en la misma, se introduce también un nuevo sistema de control de la aplicación de los derechos de la Carta a través del Comité Europeo de Derechos Sociales, cuya jurisdicción ha de ser expresamente aceptada por cada Estado o parte contratante del Convenio. El problema reside principalmente en que no todos los Estados que forman parte del Consejo de Europa, ni tampoco todos los Estados miembros de la Unión Europea que forman parte del mismo a título individual, han ratificado ni la Carta Social Europea revisada, ni el núcleo duro de la misma, ni el sistema de control del Comité Europeo de Derechos Sociales⁵⁶⁴.

⁵⁶³ Las principales innovaciones fueron: derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, sin discriminación por razón de sexo (art. 20), derecho de los trabajadores que tengan cargas familiares a una igualdad de trato (art. 27); derecho a la información y consulta (art. 21); derecho a participar en la determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo (art. 22); derecho a protección en caso de despido (art. 24); derecho a protección en caso de insolvencia del empleador (art. 25); derecho a la dignidad en el trabajo (art. 26); derechos de los representantes de los trabajadores a protección y facilidades (art. 28); derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (art. 29); derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (nuevo artículo 30); derecho a la vivienda (art. 31). BELORGEY, J. M., "La Carta Social Europea..." cit., pp. 350-1.

⁵⁶⁴ El estado de las ratificaciones puede consultarse en la página web del Consejo de Europa (coe.int).

Tercero.- Este Comité Europeo de Derechos Sociales tiene competencia para conocer y para pronunciarse sobre reclamaciones colectivas que provengan de organizaciones sindicales nacionales o internacionales -y de determinadas organizaciones que ostenten carácter participativo ante el Consejo de Europa y se encuentren inscritas en la lista establecida por el Comité intergubernamental de la Carta Social Europea⁵⁶⁵-. Así, si bien es competente para pronunciarse sobre reclamaciones colectivas, sus decisiones no son directamente ejecutivas, requieren de la fuerza ejecutiva que ha de otorgarles el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Ello tiene como consecuencia negativa que este Comité esté sujeto a notables presiones jurídicas y políticas, pues sus decisiones son re-examinadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa como si se tratara de una instancia de apelación⁵⁶⁶. Este Comité de Ministros, además, es el órgano competente para designar a los miembros del Comité Europeo de Derechos Sociales, lo que lleva a cuestionarse su imparcialidad⁵⁶⁷.

Cuarto.- La actividad cuasi-jurisdiccional del Comité Europeo de Derechos Sociales es muy relevante y también original. Los exámenes de situación que se realizan sobre los distintos países no tratan únicamente sobre la normativa aplicable sino también sobre las prácticas, iniciativas y recursos de los que se disponen para el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Carta. Ello sin perjuicio de que en dicho examen se tenga en cuenta la excepcional complejidad o la particular onerosidad de la ejecución del derecho de que se trate⁵⁶⁸. Entre los principales inconvenientes destaca el hecho de que los pronunciamientos del Comité Europeo de Derechos Sociales son, en muchas ocasiones, desconocidos por los operadores jurídicos, principalmente por

⁵⁶⁵ BELORGEY, J. M., "La Carta Social Europea...", p. 353.

⁵⁶⁶ AKANDJI-KOMBE, J. F., "Carta Social Europea...", cit., p. 395.

⁵⁶⁷ BELORGEY, J. M., "La Carta Social Europea...", cit., p. 353: es lamentable que sigan siendo designados por el Comité de Ministros, en detrimento de las disposiciones del artículo C de la Parte IV de la Carta Social Europea revisada que prevé la elección por la Asamblea Parlamentaria.

⁵⁶⁸ JIMÉNEZ GARCÍA, F., "La Carta Social Europea Revisada: entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de las políticas sociales europeas". Revista electrónica de estudios internacionales, nº 17, 2009, p. 5.

problemas lingüísticos, pues sus pronunciamientos sólo están disponibles en inglés y francés⁵⁶⁹.

Quinto.- A pesar de que no se requiere que se hayan agotado vías previas para acceder al mismo, el procedimiento de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales es excesivamente lento. Sus decisiones son adoptadas en un plazo que oscila entre dos y seis meses en cuanto a su admisibilidad, y de seis a nueve meses para el pronunciamiento sobre el fondo, a los que hay que añadir cuatro meses más para la toma de posición del Comité de Ministros del Consejo de Europa⁵⁷⁰.

En definitiva, si bien la adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea supondría contar con un importante marco normativo en el ámbito comunitario en punto al reconocimiento de los derechos fundamentales de carácter social, dicha adhesión plantearía enormes dificultades, tanto técnicas como políticas, incluso mayores que las que está planteando la futura adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos (*Supra, cap. 1º, apartado IV.4.2*). Los inconvenientes técnico-jurídicos derivarían, en términos similares a los que se plantean con ocasión de la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de la no pertenencia de la Unión Europea al Consejo de Europa, ni a su órganos principales, el Comité de Ministros y Asamblea Parlamentaria. Pero en este caso, el mayor papel que juega el Comité de Ministros al dotar de fuerza ejecutiva a las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales, dificultaría en mayor medida la presencia de la Unión Europea, por cuanto que incrementaría el doble peso de la presencia de algunos Estados individualmente considerados y, a su vez, como Estados miembros de la Unión Europea. Las mayores dificultades se presentarían en torno al procedimiento de reclamaciones colectivas, que ni siquiera ha sido ratificado por

⁵⁶⁹ JIMENA QUESADA, L., "El derecho europeo de los derechos sociales y su asunción por parte de España", Conferencia presentada en el Seminario sobre actualidad de los derechos sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 27-28 abril de 2009.

⁵⁷⁰ BELORGEY, J. M., "La Carta Social Europea...", cit., p. 356.

muchos de los principales países de la Unión, como Alemania, Reino Unido, Dinamarca, Polonia y España, entre otros⁵⁷¹.

4.2.- La protección multinivel de los derechos sociales fundamentales.- La reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa no supuso grandes modificaciones con respecto al sistema jurisdiccional de la Unión Europea (*Supra, cap 1º, apartado IV.2.2*). Su composición y competencias no se alteran con respecto a la reformas de Niza de 2001, a salvo de una puntual reorganización formal del sistema⁵⁷² y ligeras modificaciones en el recurso de anulación⁵⁷³.

Con independencia de la futura adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, coexisten en el ámbito comunitario tres sistemas superpuestos de reconocimiento y garantía de los derechos sociales: en primer lugar, los diferentes sistemas nacionales garantizados por sus tribunales internos; en segundo lugar, el sistema de la Unión garantizado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y, en tercer lugar, el sistema internacional del Consejo de Europa y sus dos instrumentos fundamentales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, garantizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Comité Europeo de Derechos Sociales, respectivamente.

⁵⁷¹ Según lo dispuesto en la página web del Consejo de Europa, a fecha de 26 de marzo de 2013, el procedimiento de reclamaciones colectivas tampoco ha sido aceptado formalmente ni por Austria, Estonia, Hungría, Luxemburgo, Lituania, Rumania. En definitiva, de los cuarenta y siete países que pertenecen al Consejo de Europa, únicamente quince han aceptado dicho procedimiento.

⁵⁷² El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea pasa a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que englobará (art. 19.1 TUE) al Tribunal de Justicia, al antiguo Tribunal de primera Instancia o Tribunal general y a los Tribunales especializados, que comprenden las salas creadas por el Tratado de Niza.

⁵⁷³ Nuevos apartados en el artículo 263 TFUE (antiguo 230 TCE), legitiman a interesados, personas físicas o jurídicas, a plantear recurso de anulación según lo dispuesto en el citado artículo. Su legitimación se va a limitar a la impugnación de actos de los que es destinataria, actos que aunque vayan dirigidos a otra persona le afecten directa o indirectamente, y además se ha de justificar que se tiene interés en ejercitar la acción de anulación. PARDO IRANZO, V. y CERVERA VALLTERRA, M., "El control jurisdiccional y el sistema de recursos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Obra realizada en el Marco del proyecto "Europa ante el desafío de la armonización del Derecho Procesal", Universidad de Valencia, 2010.

La **articulación entre los sistemas nacionales y el comunitario**, parece estar plenamente asentada y resuelta por el principio de primacía del ordenamiento comunitario y por el juego de los principios de atribución y subsidiariedad (*Supra, cap 1ª, apartado IV.2.3*). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no puede ejercer competencias que no le hayan sido expresamente otorgadas por los Tratados. A este Tribunal le corresponde *“garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de este Tratado (el TUE)⁵⁷⁴”*. Si bien la jurisdicción de la Unión es exclusiva, en el sentido del artículo 344 TFUE⁵⁷⁵, los órganos jurisdiccionales internos y los de la Unión comparten de alguna manera la aplicación del Derecho comunitario. Así, a los tribunales nacionales les corresponde resolver litigios que surjan con ocasión de la aplicación del Derecho de la Unión, sirviéndose para ello en muchas ocasiones del mecanismo de las cuestiones prejudiciales (art. 19.3.b TUE⁵⁷⁶ y art. 267 TFUE⁵⁷⁷). Mediante este mecanismo, con el que se pretende la resolución de dudas de interpretación del Derecho de la Unión y sobre la validez de actos de las Instituciones, se asegura la aplicación uniforme del Derecho de la Unión por los órganos jurisdiccionales nacionales, produciéndose una colaboración entre jurisdicciones. Por su parte, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea le corresponde controlar la legalidad de las actuaciones de las Instituciones de la Unión, el cumplimiento del Derecho de la Unión por parte de los Estados miembros, la responsabilidad extracontractual de la Unión y la interpretación en última instancia del Derecho de la Unión, a través de una serie de recursos, como

⁵⁷⁴ Art. 19.1 TUE.

⁵⁷⁵ Art. 344 TFUE: *“Los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación del presente Tratado a un procedimiento de solución distinto de los previstos en este mismo Tratado”*.

⁵⁷⁶ Art. 19.3.b TUE: *“El Tribunal de Justicia de la Unión se pronunciará, de conformidad con los Tratados (...) b.- con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones”*.

⁵⁷⁷ Según lo dispuesto en el artículo 267 TFUE, el objeto de las cuestiones prejudiciales puede ser doble: 1.- la interpretación de los Tratados y del derecho derivado. A su vez, se admiten también cuestiones prejudiciales de interpretación respecto de Tratados internacionales vinculantes para la Unión; y 2.- el examen sobre la validez de actos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión. En este último caso, la sentencia tiene alcance general, tanto si el acto se declara válido o inválido pero, a diferencia del recurso de anulación, el acto aunque sea declarado inválido subsiste y habrá de ser modificado por la institución que lo creó.

el de anulación (arts. 263 y 264 TFUE), por omisión o inactividad (art. 265 TFUE), la excepción de ilegalidad (art. 267 TFUE), recurso de incumplimiento (arts. 258-260 TFUE), de casación (arts. 256-7 TFUE) y por responsabilidad extracontractual (arts. 268 y 340 TFUE)⁵⁷⁸.

Mayores problemas plantea **la articulación entre el sistema jurisdiccional comunitario y el internacional, entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Los ámbitos de actuación de estos Tribunales son, en principio, distintos y también lo es la eficacia de sus sentencias. Así, mientras el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es competente para interpretar el Derecho la Unión -procedimiento de las cuestiones prejudiciales-, declarar incumplimientos y sancionar a quienes vulneran el Derecho de la Unión -procedimiento por incumplimiento-, derogar, declarar nula y sin efecto la normativa -recurso de anulación-, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sólo puede sancionar las violaciones al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este Tribunal con sede en Estrasburgo no tiene potestad para intervenir en la validez de las interpretaciones que se hayan hecho del Derecho de la Unión, ni puede derogar o anular normativa comunitaria.

En la práctica, sin embargo, se han producido similitudes materiales en cuanto a los asuntos de los que conocen estos dos Tribunales y pueden llegar a producirse contradicciones entre jurisdicciones⁵⁷⁹. En el plano de los derechos sociales colectivos, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la libertad de sindicación (art. 11.1 CEDH)⁵⁸⁰ y sobre la

⁵⁷⁸ Sobre el sistema de recursos, *Vid.*, PARDO IRANZO, V. y CERVERA VALLTERRA, M., “El control jurisdiccional..”, cit., pp. 20-41.

⁵⁷⁹ GAMBINO, S., “Jurisdicción y justicia entre Tratado de Lisboa, Convenio Europeo de Derechos Humanos y ordenamientos nacionales”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, nº 13, enero/junio 2010, pp. 83-119; MARTÍNEZ OTERO, J., “Controversias jurisdiccionales...”, cit., p. 285; SICILIA OÑA, B., *Derechos fundamentales...* op. cit., pp. 346-350. Recoge esta autora las contradicciones más notorias que se han producido, principalmente en relación a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, sentencias Hoeschst del TJUE y sentencias Chapel y Niemietz del TEDH, y en cuanto al derecho a no declarar contra uno mismo, STJUE Orken y Solvay y la sentencia Funke del TEDH.

⁵⁸⁰ MARTÍN HUERTAS, M. A., “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas a partidos políticos y sindicatos”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 23 julio-diciembre 2010, pp. 85-120; LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Madrid, Civitas, 2009, pp. 567-617.

negociación colectiva, como elemento esencial de la misma⁵⁸¹. Se ha pronunciado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad de autoorganización de los sindicatos y libertad de asociación del individuo⁵⁸² y sobre el derecho de libertad de expresión en el marco de las actividades sindicales⁵⁸³, y sobre el *closed shop*⁵⁸⁴. En materia de huelga, se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho de huelga en la función pública⁵⁸⁵ y sobre los límites en su ejercicio en favor de las organizaciones más representativas y excluyendo a otras⁵⁸⁶.

⁵⁸¹ La línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de negociación colectiva tiene un punto de inflexión en el asunto *Demir y Baykara contra Turquía* (STEDH de 12 de noviembre de 2008). En esta sentencia, el Tribunal comienza explicando que la evolución de la jurisprudencia sobre el contenido del derecho sindical está marcada por dos directrices: “*las medidas adoptadas por los respectivos Estados para hacer efectivo su ejercicio, ámbito en el cual se les deja un margen de apreciación siempre que queden, y ésta sería la segunda consideración, suficientemente asegurados los elementos que constituyen su contenido esencial*” (punto 144 de la sentencia). Después de enumerar los diversos elementos que constituyen dicho contenido, entre los que no se incluía la negociación colectiva, pues “*en efecto, los elementos enumerados son los siguientes: a) el derecho de formar un sindicato y de afiliarse a él; b) la prohibición de acuerdos de monopolio sindical, y c) el derecho para el sindicato de intentar persuadir al empleador que le escuche lo que tiene que decir en nombre de sus miembros*” (punto 145 de la sentencia). El Tribunal advierte que dicho elenco no constituye una lista cerrada, sino que la evolución del derecho sindical puede introducir variaciones. Así, en concreto en el aspecto de la negociación colectiva, el Tribunal toma en cuenta los desarrollos del derecho del trabajo, tanto a nivel internacional como nacional y la práctica de los Estados miembros en la materia. De este modo, concluye afirmando que el derecho de llevar a cabo negociaciones colectivas con el empleador ha llegado a ser, en principio, uno de los elementos esenciales del derecho de sindicación.

⁵⁸² Asunto *Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen (ASLEF) contra Reino Unido*, sentencia de 27 de febrero de 2007, el Tribunal analiza la demanda del sindicato ASLEF, a quien se le impidió expulsar a uno de sus miembros debido a su pertenencia al *British National Party*, partido político cuyas opiniones son opuestas a las suyas.

⁵⁸³ Asunto *Aguilera Jiménez y otros contra España*, sentencias de 8 de diciembre de 2009.

⁵⁸⁴ Asunto *Young, James y Webster contra Reino Unido*, sentencia de 13 de agosto de 1981, (apartados 52, 53, 55 y 57); asunto *Sibson contra Reino Unido*, sentencia de 20 de abril de 1993; y asunto *Sorensen y Rasmussen contra Dinamarca*, sentencia de 11 de enero de 2006.

⁵⁸⁵ Asunto *Karaçay contra Turquía*, sentencia de 27 de marzo de 2007. En este caso, un miembro de un sindicato fue sancionado con un aviso por su participación en una jornada de huelga y de manifestación pacífica para defender el poder adquisitivo de los funcionarios. Aunque la sanción fue muy leve, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que no era necesaria dicha sanción en una sociedad democrática y podía disuadir a otros sindicalistas a la hora de participar en acciones de este tipo para defender los intereses de sus afiliados, por lo que concluyó que se había producido una violación del artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Véase también el asunto *Enerji Yapei-Yol Sen contra Turquía*, sentencia de 21 de abril de 2009.

⁵⁸⁶ Asunto *Sindicato Nacional de Policía belga*, sentencia de 27 de octubre de 1975 y Asunto *Sindicato sueco de conductores de locomotoras*, sentencia de 6 de febrero de 1976.

Los problemas de contradicciones entre jurisdicciones debidos a la concurrencia de distintos sistemas jurídicos de protección de derechos fundamentales, en especial los de ámbito social y ejercicio colectivo, se van a producir en mayor medida una vez se haga efectiva la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, a salvo de que el futuro Acuerdo de adhesión pueda resolver los principales problemas que ésta plantea (*Supra, cap 1º, apartado IV.4.2*).

El mecanismo del co-demandado, que opera en el sentido de que la Unión sea co-demandada junto a un Estado miembro cuando éste sea demandado por infringir normativa comunitaria, vendría a resolver el problema que plantea que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueda entrar a controlar la legalidad o a interpretar el Derecho de la Unión. La futura adhesión de la Unión al sistema jurisdiccional del Convenio Europeo de Derechos Humanos va a significar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos va a poder fiscalizar, no sólo la actuación de un Estado miembro de la Unión como parte contratante individualmente considerada de dicho Convenio, sino también el régimen de corresponsabilidad de todos los Estados miembros de la Unión en su conjunto aun cuando la violación o infracción se haya producido por un único Estado. Para contrarrestar el hecho de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos vaya a poder fiscalizar el Derecho de la Unión, una vez se haga efectiva la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contará con un juez adicional de la Unión Europea que, experto en Derecho de la Unión, debería velar en todo caso, por defender los intereses de todos los Estados miembros de la Unión, frente, quizás a un único Estado contratante /Estado miembro de la Unión que hubiera vulnerado normativa comunitaria.

La doctrina especializada contribuye a la resolución de esta problemática señalando que la relación entre Tribunales no ha de basarse en una jerarquización de niveles, sino en una combinación multinivel. En este sentido se pronuncia KOTZUR que, sin embargo, advierte que “quien considere el modelo multinivel como el ideal para la coherencia de derechos fundamentales, se verá rápidamente defraudado. Las combinaciones no sólo producen armonizaciones, sino que también plantean cuestiones competenciales. Las situaciones de

colisión, sean hipotéticas o reales, entre la protección nacional-estatal constitucional y europea de los derechos fundamentales condicionan los conflictos institucionales o competenciales entre los tribunales llamados a la resolución de las disputas. La relación de tensión triangular entre los tribunales constitucionales de los Estados miembros, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debería ser resuelta idealmente mediante la cooperación, aunque en realidad sea la disputa por competencias últimas de decisión la que frecuentemente se impone. ¿Cómo puede entonces desarrollarse una cultura de derechos fundamentales europea común? ⁵⁸⁷". Podría plantearse que en la resolución de estos conflictos competenciales jugaría un papel esencial el llamado diálogo entre Tribunales o diálogos constitucionales que contribuiría a facilitar una interpretación coherente de Derecho comparado de los derechos fundamentales.

Otros autores, ponen el acento en la necesidad de reformar el actual sistema judicial de la Unión Europea, bien instaurando un tipo de Tribunal Constitucional de la Unión o bien ampliando la legitimidad activa ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, reformando sus procedimientos. En este sentido, afirma GAMBINO que "el artículo 6.3 TUE requeriría una mejor definición del sistema judicial europeo con la finalidad de aclarar el papel de los respectivos tribunales en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales y, en particular, los límites a las actividades interpretativas de los mismos...(..).. reformas que se revelan indispensables si se consideran los artículos 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 6.1 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El artículo 47 de la Carta pone una condición adicional al artículo 13 del Convenio, esto es que la garantía del derecho como un remedio efectivo debe ser judicial, de lo contrario la tutela del derecho no se correspondería con el derecho recogido en el artículo 47 de la Carta⁵⁸⁸".

Por lo demás, que como consecuencia de la futura adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, la actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea vaya a ser controlada por el Tribunal Europeo de

⁵⁸⁷ KOTZUR, M., "Los derechos fundamentales...", cit., p. 3.

⁵⁸⁸ GAMBINO, S., "Derechos sociales...", cit., p. 135.

Derechos Humanos, un órgano ajeno a la Unión Europea, en los supuestos en los se agota la vía previa ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para poder acceder al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, crea enormes reticencias. Se busca una mayor defensa de la primacía del Derecho comunitario y de la jurisdicción exclusiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aras a su integridad. Sin embargo, cualquier reforma en el plano judicial de la Unión Europea, podría alterar el equilibrio constitucional de la Unión y, además, podría entrar en conflicto con el principio de subsidiariedad, e incluso atentar contra la garantía de autonomía constitucional como parte de la identidad nacional de cada Estado miembro y de su sistema jurisdiccional⁵⁸⁹.

5.- Hacia un estándar común en materia social colectiva.- Ha quedado claro que, ni el hecho de haber dotado de valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales, ni la futura adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos aseguran que no haya diferencias en el tratamiento de los derechos sociales colectivos en los distintos países europeos. Algunos derechos salen más reforzados en unos territorios que en otros y, en materias como la huelga, la negociación colectiva y los derechos de participación en la empresa, la protección es mayor bajo los sistemas nacionales que bajo el comunitario, básicamente porque, tras las reformas operadas en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa, no han quedado asegurados contenidos esenciales mínimos e indisponibles a nivel europeo en estas materias. A pesar de ello, la mayoría de los países europeos y la propias Instituciones comunitarias están claramente vinculadas al respeto de la Carta de Derechos Fundamentales y al mecanismo de protección actualmente existente la Unión Europea. En este sentido, es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el máximo garante, y el órgano competente para anular cualquier acto de las instituciones, organismos y de los Estados miembros que vulneren o violen los derechos reconocidos en la Carta. Las reformas operadas en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa, el haber dotado de valor jurídico a la Carta de derechos fundamentales y la futura adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, a pesar de las limitaciones que producen en materia social colectiva, tienen en

⁵⁸⁹ GAMBINO, S., “Jurisdicción y justicia...”, cit., p. 109.

general una función positiva, promocional y de respeto de los derechos y principios contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que ha de guiar el ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea y orientar desarrollos futuros. Ahora bien, asumido esto, se requiere sin dilación una re-orientación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la hora de confrontar derechos sociales colectivos y libertades económicas, siendo indispensable que se superen planteamientos restrictivos como los de los asuntos *Viking* y *Laval* de 2007. En estos supuestos, ampliamente analizados por la doctrina⁵⁹⁰, se ha sometido a los derechos colectivos sindicales a un doble test de proporcionalidad: *“no sólo una medida de conflicto colectivo debe tener un objetivo legítimo compatible con el Tratado (y estar justificada) por razones imperiosas de interés general. También es necesario, en tal caso, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo”* (sentencia *Viking*, apartado 75)⁵⁹¹. Como señaló el Comité Económico y Social Europeo en julio de 2010, en estos asuntos, en aplicación del principio de proporcionalidad, *“se ha vaciado de contenido esencial a determinados derechos*

⁵⁹⁰ GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “Los límites de la acción sindical en las situaciones de desplazamiento transnacional de trabajadores”, *Aranzadi Social* nº 5, 2007, pp. 1362-1372; “La sumisión del derecho de huelga a la libertad de establecimiento comunitaria: el caso *Viking Line*”, *Aranzadi Social* nº 5, 2007, pp. 1326-1337; GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., “Negociación colectiva y huelga en la jurisprudencia comunitaria”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 16, febrero 2008, pp. 1-23; RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M., “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea”, Ponencia temática, XX Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño, 18 y 19 de mayo 2009; CARUSO, B., “La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional; primeras reflexiones sobre los casos *Laval* y *Viking*”, *Relaciones Laborales* nº 15, agosto 2008, LA LEY 38889/2008; FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Reflexiones acerca del artículo 46 TCE y el principio de proporcionalidad como límite a la penetración de las libertades económicas comunitarias sobre derechos sociales fundamentales”, Comunicación presentada a la tercera ponencia, XX Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño, 18 y 19 de mayo 2009; LÓPEZ ROCA, C., “Libertades económicas versus derechos sociales: restricciones jurisprudenciales a los derechos colectivos de los trabajadores en la Unión Europea”, Comunicación presentada a la tercera ponencia, XX Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño, 18 y 19 de mayo 2009; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y AGÍS DASILVA, M., “Libre prestación de servicios, jurisprudencia comunitaria y límites a la acción sindical”, en AA.VV., *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín*, Universitat de Valencia, 2009, pp. 779-788; GOERLICH PESET, J. M., *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia: un estudio sobre las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina de mercado*, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2011, pp. 55-60 y 88-103.

⁵⁹¹ LANDA ZAPIRAIN, J. P., “En busca de una regulación equilibrada...”, cit., p. 4.

fundamentales”.. “si la jurisprudencia y la legislación de la Unión no tienen en cuenta la diversidad de la Unión Europea, las normas mínimas podrían reducirse demasiado, hasta el punto de no poder impedir el dumping social en muchos países”⁵⁹².

Se requiere encontrar una forma europea de compatibilizar las dimensiones social y económica, de articular las relaciones entre los derechos sociales y la libertades económicas, de manera que las libertades económicas definidas en los Tratados se interpreten de forma que no infrinjan el ejercicio de los derechos fundamentales, tal y como están reconocidos y protegidos por los Estados miembros y por el derecho comunitario, incluidos los derechos sociales colectivos. Como explica LYON CAEN el problema reside en que “las reglas que constituyen el mercado tienen ..(..).. caracter de principio. Su aplicación se concibe de un modo general, una autoridad particular de la que están investidas -eficacia más amplia, aptitud a ser invocadas por todos-. En contrapartida, las reglas nacionales que reconocen y garantizan la negociación colectiva y la acción colectiva, y las reglas que establecen estándares salariales, se convierten en excepciones, en sus relaciones con las reglas comunitarias del mercado, no es que pierdan toda vocación a tener aplicación, pero, en caso de alegación de una posible contradicción con las reglas del mercado, es preciso establecer, para preservarles, que estén justificadas... se trata de una exigencia de justificación⁵⁹³”.

En la formación de un nuevo enfoque europeo debería jugar un mayor papel el Parlamento Europeo, que ya se ha pronunciado en favor de la necesidad de cambios o giros en actuales posturas jurisprudenciales sobre los límites a los derechos colectivos⁵⁹⁴. Lo es cierto que sobre la protección de derechos sociales

⁵⁹² Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la dimensión social del mercado interior de 14 de julio de 2010 (2011/c 44/15), punto 4.4, p. 96.

⁵⁹³ LYON-CAEN, A., “Derecho comunitario del mercado versus Europa social”, Relaciones Laborales nº 13, LA LEY 13445/2009, p. 1.

⁵⁹⁴ Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 22 de octubre de 2008 sobre los retos a los convenios colectivos en Europa (2008/29085/(INI). El Parlamento Europeo afirma en esta Resolución que la libre prestación de servicios no está por encima de los Derechos fundamentales establecidos en la Carta de Derechos fundamentales y, en particular, del derecho de los sindicatos a negociar, concluir y hacer aplicar los convenios colectivos y a emprender

colectivos aún mucho camino por recorrer. Por desgracia, se aprecia, en general, que existe una tendencia natural a considerar que las reglas sociales son obstáculos a la libre competencia y al libre comercio. El panorama que se presenta tras las reformas operadas en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa no es desde luego demasiado alentador para la protección de los derechos sociales colectivos. Los desafíos a los que se enfrenta el proyecto político denominado el Modelo social europeo, son muchos y muy variados. Sin duda este Modelo ha de sustentarse, asegurarse, mediante el reconocimiento de unos derechos sociales fundamentales. Sin la presencia de unos parámetros sociales claros no podrá avanzarse en esa idea de Europa, de identidad europea, que se pretende presentar como ideal en el mundo. Como señala MONEREO PÉREZ, “estar protegido en Europa equivale a constitución social y al reconocimiento de intervención y protección de las personas ..(..) ..sería lamentable que después de tantas luchas y esfuerzos por construir un Estado social de derecho, con una construcción normativo-garantista social, se acabe cerrando el ciclo histórico con la edificación de un estado post-social, dotado de una constitución flexible del trabajo o constitución social débil, que suponga el reforzamiento de la constitución económica liberal regida por el principio axial de eficiencia económica en condiciones de máxima competitividad económica⁵⁹⁵”.

Como se dijo, ni la Carta de Derechos Fundamentales, que ha adquirido “*el mismo valor jurídico que los Tratados*”, ni la futura adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, contribuyen a determinar fuentes aplicables y contenidos esenciales de los derechos sociales, denominados expresamente fundamentales, pero considerados principios⁵⁹⁶. Ello como

acciones colectivas. Asimismo, el Parlamento Europeo afirmaba que la legislación europea vigente presenta lagunas, lo que resulta incoherente.

⁵⁹⁵ MONEREO PÉREZ J. L., *La protección de derechos sociales, el modelo europeo*, cit., p. 253.

⁵⁹⁶ No ha de olvidarse que la propia Carta se denomina Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con la trascendencia que debe atribuirse a su carácter de Fundamental. Como señala la doctrina, son fundamentales en el sentido de que son *manifiestos, claros e indiscutibles*. Por esta razón deben distinguirse de las políticas sociales y económicas específicas que, por su propia naturaleza, están condicionadas por el nivel de desarrollo socio-económico de cada país, región o localidad en particular. Los derechos fundamentales son globales y permanentes y, como tales, deben ser diferenciados de los objetivos a corto o a medio plazo de la política social. Se aplican a cualquiera que viva legalmente en la Comunidad, no sólo a los ciudadanos o a los trabajadores. BLANPAIN, R., HEPPLÉ, B., SCIARRA, S., y WEISS, M., “Derechos sociales Fundamentales...”, cit. p., 880.

consecuencia tanto de las limitaciones propias de la Carta, como de la existencia de las segundas Explicaciones a la misma, y de la peculiar aplicación de la Carta en determinados países -Reino Unido, Polonia y República Checa-. Con anterioridad a la reforma de Lisboa, se habían alcanzado ya determinados umbrales de protección de los derechos sociales acudiendo a los principios generales del derecho. Estos podrían encontrarse, bien en las denominadas Cartas sociales -Carta Comunitaria de Derechos sociales fundamentales de los trabajadores y Carta Social Europea-, fuentes internacionales que deben inspirar la actuación comunitaria, bien quizás en las *“tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”* (art. 6.3 TUE). Como se señaló, estas segundas Explicaciones, sobre todo en relación con los derechos sociales colectivos, no sólo no aportan nada nuevo sino que confunden, incluso degradan el nivel de protección que podría llegar a alcanzarse de no existir aquéllas, acudiendo tanto a lo dispuesto en las legislaciones internas como, por ejemplo, a la Carta Social Europea y a la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Además, las reservas en la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales a determinados países van a dificultar, en buena medida, la identificación de principios comunes o estándares comunes a los Estados miembros. Ello es consecuencia de que se ha permitido, sin justificaciones aparentes, que alguno de ellos no participe en la configuración de estos estándares: ni en el momento presente con las reservas hacia la Carta de Derechos Fundamentales, ni en el pasado.

Sería deseable que la Unión iniciara un proceso de adhesión a la Carta Social Europea. Ello sería beneficioso y contribuiría a afianzar la configuración de un estándar europeo común en materia social colectiva. Todo indica, sin embargo, que esto no va a producirse. Junto a los problemas técnicos anteriormente comentados, subsisten importantes reticencias políticas y patentes alergias a lo social colectivo por parte de determinados Estados miembros. Puede apreciarse en este sentido cómo la posición y presencia de la Carta Social Europea han ido perdiendo peso en el ámbito comunitario. Así, en el Preámbulo del Acta Única Europea de 1987 se mencionaba a la Carta Social Europea al mismo nivel que el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Posteriormente, en 1992, al pasar al texto principal las menciones a los derechos

fundamentales (art. 6 TUE), se omitió cualquier referencia a la Carta Social Europea, que, sin embargo, reaparece en el Derecho originario a partir de la reforma operada por el Tratado de Ámsterdam de 1997; en concreto se menciona la Carta Social Europea en el Preámbulo del TUE y en el artículo 117 TCE, posterior artículo 136 TCE y actual artículo 151 TFUE. Se aprecian además interesantes diferencias de redacción entre lo dispuesto en el Preámbulo del TCE, “*confirmar adhesión a los derechos sociales que se definen en la Carta Social Europea*”, y lo dispuesto en el cuerpo de los Tratados, actual artículo 151 TFUE, “*teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea*”.

Ello no obstante, procede que se presenten algunas consideraciones elaboradas por la doctrina en torno a la Carta Social Europea que facilitarían, seguramente, la existencia de ciertos estándares uniformes de protección en materia social colectiva en el ámbito de la Unión:

Primera.- Sería significativo que el Comité Europeo de Derechos Sociales pudiera actuar como tercera parte en los procesos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 36 CEDH)⁵⁹⁷, por su mayor experiencia y conocimiento no sólo de las legislaciones sino también de las prácticas nacionales en materia laboral colectiva⁵⁹⁸.

Segunda.- Debería asegurarse que en determinadas materias la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales pudiera tenerse en cuenta a la hora de interpretar los derechos de la Carta de Derechos Fundamentales con prioridad sobre las segundas Explicaciones que contiene la misma. Ello porque éstas incurren en ocasiones en desacierto y son menos

⁵⁹⁷ Art. 36 CEDH: 1.- “*En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, la Alta Parte contratante cuyo nacional sea demandante tendrá derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en la vista. 2.- En interés de la buena administración de la Justicia, el Presidente del tribunal podrá invitar a cualquier alta parte contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente por escrito o a participar en la vista. 3.- En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran sala, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa podrá presentar observaciones por escrito y participar en la vista*”.

⁵⁹⁸ AKANDJI-KOMBE, J. F., “Carta Social Europea...”, cit., p. 404.

autorizadas que la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales cuando se trata de interpretar derechos cuya redacción se ha basado expresamente en la Carta Social Europea⁵⁹⁹.

Tercera.- Sería muy conveniente que se instituyera que el existente diálogo entre Tribunales, entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alcanzará también al Comité Europeo de Derechos Sociales. Incluso debería plantearse la futura evolución del Comité Europeo de Derechos Sociales en un Tribunal paralelo al Tribunal Europeo de Derechos humanos, teniendo en cuenta las reticencias este Tribunal a asumir los derechos garantizados en la Carta Social Europea. Sería deseable, al menos, que se pusieran en práctica mecanismos articuladores o pasarelas institucionales y procedimentales entre ambos sistemas⁶⁰⁰.

Cuarta.- El recurso a la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales sería deseable en cualquier caso, y de la forma que sea posible, para asegurar estándares comunes europeos de protección⁶⁰¹. Ya se ha señalado que muchos de los países de la Unión Europea no han suscrito el procedimiento de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos sociales, ni han quedado tampoco vinculados por las modificaciones operadas por el Protocolo nº 11 de la Carta Social Europea. Además, Reino Unido, Polonia, Austria, Alemania, Hungría, Letonia y Luxemburgo no están vinculados por las disposiciones de la Carta Social Europea en materia de derechos de información y consulta. Esto significa seguramente una importante degradación en el nivel de protección del artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales que se remite en este punto a la Carta Social Europea⁶⁰².

⁵⁹⁹ JIMENA QUESADA, L., "La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre personas y grupos vulnerables", III Foro Andaluz de los derechos sociales ("Diversidad y ciudadanía"), Sevilla 15 y 16 de abril de 2009, p. 13.

⁶⁰⁰ AKANDJI-KOMBE, J. F., "Carta Social Europea...", cit., p. 401.

⁶⁰¹ JIMENA QUESADA, L, y TOMÁS MALLÉN, B., "Hacia un estándar europeo común de igualdad: la contribución del Comité Europeo de Derechos Sociales", UNED, Revista de Derecho Político nº 68, 2007, p. 339.

⁶⁰² PASTOR PALOMAR, A., "La regla *inclusio unius exclusion alterius* y la Carta de Derechos Fundamentales: Polonia, Reino Unido y otros", en MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa...*, cit., p. 170.

CAPÍTULO SEGUNDO.-

GÉNESIS DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

I.- CONCEPTO DE DERECHOS PARTICIPATIVOS EN EL ÁMBITO EUROPEO

II.- ORIGEN DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS EN EL ÁMBITO EUROPEO

III.- PRIMERA GENERACIÓN DE PROPUESTAS COMUNITARIAS SOBRE DERECHOS PARTICIPATIVOS

IV.- SEGUNDA GENERACIÓN DE PROPUESTAS COMUNITARIAS SOBRE DERECHOS PARTICIPATIVOS

V.- REGULACIÓN VIGENTE DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

I.- CONCEPTO DE DERECHOS PARTICIPATIVOS

1.- La definición de la participación de los trabajadores en la empresa.- Definir la participación de los trabajadores en la empresa no es una tarea fácil. Se trata de un concepto muy amplio, envuelto en diversas connotaciones ideológicas, y que se ha sido objeto de estudio desde diversas disciplinas sociales a lo largo de los tiempos. Es un concepto enigmático y atractivo, sobre el que todo el mundo opina desde puntos de vista diferentes y hasta contradictorios⁶⁰³. Participar significa literalmente tomar parte en algo. En el ámbito de la empresa, la participación de los trabajadores en la misma, denominada tradicionalmente Democracia industrial, se ha relacionado con la idea de la participación en la gestión, en la toma de decisiones empresariales, por parte de los trabajadores, a través de sus representantes. Como se señaló en la Introducción, se acoge la definición prevista en Libro verde sobre la Participación de los trabajadores en la empresa y la estructura de las sociedades de la Comunidad Europea de 12 de mayo de 1975, que la define como *“el conjunto de medios a disposición de los trabajadores para influir en las decisiones que les afectan”*.

En torno a la participación de los trabajadores en la empresa, la doctrina ha ido elaborando múltiples clasificaciones. Interesan, en primer lugar, las teorías iniciales, concebidas en años anteriores a la propia creación de la Comunidad Económica Europea en 1957 y hasta aproximadamente la década de los años setenta, que solían hacer referencia principalmente al grado de intensidad o nivel de influencia que los trabajadores pueden ejercer sobre la toma de decisiones en la empresa, así como sobre el plano o ámbito en el que se ejercía dicha influencia (apartado 1.1). En un segundo lugar, se situaría la clasificación que distingue entre la participación interna, que es la que tiene lugar en el interior de los órganos societarios de la empresa, y la participación externa, o ajena a dichos órganos (apartado 1.2). Junto a ella, se ha distinguido también entre participación institucional o cooperativa, que se identificaba con la

⁶⁰³ BONAVÍA, T y QUINTANILLA, I., “Reflexiones en torno al constructo de la participación en las organizaciones”, Anuario de Psicología, Universidad de Barcelona, 1999, vol. 30, nº 1, p. 65.

regulación legal o convencional de mecanismos de participación interna, y participación conflictiva o contractual, tradicionalmente asimilada a la práctica de la negociación colectiva (apartado 1.3). Por último, ha de destacarse que, a partir de mediados de los años ochenta, se aprecia un cambio de enfoque importante en la concepción de la participación. Como resultado, se acuña un nuevo término, participación negociada o flexible, como contrapuesta a la participación *ex lege* o impuesta por la norma, y que podría definirse como aquella que, a través de la negociación colectiva, puede acoger tanto la participación interna o externa (apartado 1.4).

1.1.- Teorías iniciales sobre participación de los trabajadores en la empresa.- Los primeros teóricos de las relaciones laborales identificaban la participación de los trabajadores en la empresa con el término Democracia industrial relativo a la idea, o al ideal o utopía, de contrarrestar el poder empresarial, el poder del capital⁶⁰⁴. En las primeras teorías que iban surgiendo en torno a la Democracia industrial se prestaba especial atención al nivel de intensidad y de influencia que los trabajadores podían ejercer sobre el poder de dirección de la empresa. Así, tradicionalmente, la doctrina ha hecho referencia a una participación débil versus una participación fuerte en función del mayor o menor grado de integración o de influencia de los trabajadores en la toma de decisiones en la empresa⁶⁰⁵.

Dos de los primeros teóricos de la moderna ciencia de las Relaciones laborales advertían en 1978, de que en la definición del grado de influencia que se puede ejercer son palpables las similitudes o coincidencias que se producen entre el plano jurídico y el psicológico. Según estos autores, los grados de

⁶⁰⁴ MONTOYA MELGAR, A., "La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y los antecedentes del régimen de jurados" en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre participaciones de los trabajadores en la empresa*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1967, p. 28: "la gran utopía de la sociedad industrial ha sido la democractización de la empresa"; POOLE, M., *Workers participation in industry de 1978*, citado en POOLE, M., *Relaciones Industriales. Modelos y orígenes de la diversidad nacional*, Colección Informes y Estudios, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1993, p. 210: "a lo largo de la historia, los pensadores utópicos han sostenido apasionadamente la viabilidad de una organización social y económica basada en la mutua cooperación para lograr el bien común..".

⁶⁰⁵ Más recientemente, se ha identificado a la participación débil con los derechos de información y consulta, y a la participación fuerte con los derechos de participación interna (*Infra*, cap. 2º, apartados I.2. y V.2.1).

intensidad o de influencia, de menor a mayor, serían los siguientes: 1.- no dar ninguna información a los empleados en las decisiones que deben ser tomadas; 2.- los trabajadores son informados por la dirección antes de que la decisiones sean efectivas; 3.- los trabajadores pueden dar sus opiniones; 4.- las opiniones de los trabajadores son tenidas en cuenta durante el proceso de decisión; 5.- los trabajadores cuentan con derecho de veto, ya sea negativamente bloqueando una decisión que ya ha sido tomada, o positivamente al tener que otorgar previamente su conformidad con la decisión; y 6.- la decisión está completamente en manos de los miembros de la organización sin distinción entre directivos y subordinados⁶⁰⁶.

También en éstas fechas, en 1977, otro estudioso de la Relaciones laborales en el Reino Unido identificaba tres planos posibles en los que podría ejercerse influencia o participar y que debían constituirse como modelos distintos de participación. Así, atendiendo al plano o ámbito en el que se ejercía dicha influencia, se podían distinguir tres modelos de participación de los trabajadores sobre el proceso de dirección empresarial:

1.- La “*shop-floor democracy*” o democracia industrial a nivel de planta que se asimilaba básicamente a los procedimientos de negociación colectiva.

2.- La “*board-level participation*” o participación de los trabajadores en los órganos societarios de las empresas.

3.- La “*financiam participation*” y el “*workers control*”, que pueden asimilarse a la autogestión o control total de los trabajadores, tanto en la gestión como en las finanzas de las organizaciones empresariales⁶⁰⁷.

Otra clasificación de 1979 respondía también, en términos similares, a los grados de influencia o de control sobre el proceso de producción, identificando en este sentido tres tipos de participación: 1.- Participación consultiva (*consultative participation*), en la que situaba a los comité de empresa y los

⁶⁰⁶ DACHLER, H. P. y WILPERT. B., “Conceptual Dimensions and Boundaries of participation in organizations: a critical evaluation”, *Administrative Science Quaterly*, nº 23, 1978, pp. 1-39.

⁶⁰⁷ HADDEN, T., “Industrial Democracy” en *Company Law and Capitalism*, 2º ed., London, Weidenfield, Nicholson, 1977, pp. 460-3.

comité de consulta o *consultation committees*. 2.- Co-dirección o co-decisión (*co-management or co-decision making*). 3.- *Workers self-management or workers control*, donde se situaban las experiencias del Kibbutz en Israel, las de la ex-Yugoslavia y la organización cooperativa en general⁶⁰⁸.

1.2.- Participación interna versus participación externa.- Otra de las importantes clasificaciones utilizadas por la doctrina en la tarea de definir la participación de los trabajadores en la empresa es la relativa a diferenciar el lugar interno o externo a los órganos societarios de la empresa en el que los trabajadores, a través de sus representantes, ejercen influencia o participan. Se identifica así la participación interna versus la participación externa.

La **participación interna** se caracteriza por la presencia de representantes de los trabajadores en los órganos de gobierno de las sociedades, ya sea en los Consejos de administración o en los órganos de dirección. Esta presencia se producirá en un único órgano societario, que asume la dirección y la administración de la empresa, cuando la estructura de la sociedad es de carácter monista⁶⁰⁹. Cuando la organización societaria es de carácter dualista, es decir, cuando el órgano o Consejo de administración o de dirección está sometido a su vez a un control por parte de otro órgano societario, denominado Consejo de vigilancia o de supervisión, la presencia de los representantes se producirá en éste último Consejo de vigilancia, como en el sistema alemán (*Infra, cap. 2º, apartado II.3*). En ambos supuestos, sistema monista o dualista, la presencia de los representantes de los trabajadores, que tendrán los mismos derechos que el resto de miembros pertenecientes a los órganos internos de la sociedad, puede tener a su vez carácter paritario, es decir, 50 por 100 representantes de los accionistas y 50 por 100 representantes laborales, u otro carácter, por ejemplo, un tercio accionistas, un tercio representantes de los trabajadores y un último tercio cooptados –elegidos por ambos-. Son numerosos los estudios y los autores que asimilan el concepto

⁶⁰⁸ STRAUSS G., "Workers' participation: symposium introduction", *Industrial Relations*, vol. 18, nº 3, september 1979, pp. 247-261.

⁶⁰⁹ Países con sistema monista: Irlanda, Luxemburgo, España y Suecia; sistema dualista: Austria, Dinamarca, Alemania, Grecia, Irlanda y Portugal; sistema mixto: Finlandia, Francia y Noruega. *European Industrial Relations Observatory on line* en la página web eiro.eurofound.ie.

participación interna al de cogestión, posiblemente porque se suele hablar de la cogestión alemana y se identifica ésta con la presencia de representantes de los trabajadores en los órganos societarios de las empresas alemanas. Como se verá con mayor detalle, el denominado sistema de co-determinación o cogestión alemán incluye tanto elementos del sistema de participación interna como del de participación externa, por lo que no es correcto hablar de cogestión para referirse exclusivamente a la participación interna.

La **participación externa**, por otro lado, se identifica con aquella que tiene lugar en órganos ajenos o externos a la propia organización societaria⁶¹⁰, es decir, que tiene lugar bien en órganos colectivos de los trabajadores de estricta composición laboral o mixta -con presencia empresarial-, bien de carácter unitario, cuando los representantes de los trabajadores son elegidos por todos los trabajadores, o bien de carácter sindical, elegidos o designados por los sindicatos, o de carácter mixto o de doble canal⁶¹¹.

El sistema de participación interna, con representación paritaria -50 por 100 representación laboral y 50 por 100 representación accionarial-, era mayoritariamente considerado por la doctrina como el modelo más perfeccionado, pues facilitaba a los trabajadores, a través de sus representantes, llegar al centro o núcleo de la toma de decisiones empresariales. Así, la participación interna, a la vez que seguía siendo compatible con la práctica de la negociación colectiva externa al centro de decisión empresarial, permitía llegar dónde ésta no alcanzaba y, así, influir decisivamente en la adopción de acuerdos. Se consideraba, en este sentido, que las decisiones económicas de

⁶¹⁰ RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., "La participación de los trabajadores en la empresa", Revista de Política Social nº 121, 1979, pp. 417-419; RIVERO LAMAS, J., "Participación y representación de los trabajadores en la empresa", Revista Española de Derecho del Trabajo nº 84, 1997, p. 501.

⁶¹¹ Sobre el doble canal, BIAGI M., *Representación de los trabajadores y democracia en la empresa*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1992, p. 129. Se ha puesto de manifiesto que el sistema de doble canal es la fórmula preferida en todos aquellos países en los que existen modelos de representación, porque la diferente base de legitimación de tales canales "contribuye a garantizar la autonomía de ejercicio y la recíproca complementariedad las dos formas de tutela de los intereses de los trabajadores, D'ANTONA, M., "Partecipazione dei lavoratori alle gestione delle impresa", *Il Diritti del Lavoro, Enciclopedia Giuridica, Roma, Istituto Della Enciclopedia Italiana*, 1990, vol. XXII, p. 5, citado por RIVERO LAMAS, J., "Participación y representación...", cit., p. 502.

la dirección empresarial no iban a ser cuestionadas normalmente por la representación laboral. A cambio de alcanzar el consenso, se podían conseguir para los trabajadores afectados diversas medidas sociales de protección y compensación. No se evitaban de esta manera las reestructuraciones industriales pero sí se conseguían mayores compensaciones sociales. Otra ventaja de la participación interna era la relativa a su menor o mínimo coste social con respecto a la participación externa, pues se suponía que, como consecuencia de la participación interna, se evitarían o se reducirían determinados conflictos laborales. Se consideraba, en este sentido, que si las decisiones de la dirección empresarial eran aprobadas por el consejo de vigilancia o adoptadas por el de administración –según la estructura societaria sea monista o dualista- resultarían generalmente más aceptables para los trabajadores, al haber sido tomadas en el seno de un órgano societario integrado en parte por representantes laborales⁶¹².

1.3.- Participación contractual/conflictiva versus participación institucional/cooperativa. Junto a la clasificación anterior, en el plano teórico se realizaban también distinciones entre una participación denominada contractual o conflictiva frente a otra denominada institucional o cooperativa. **La participación institucional**, en primer lugar, se caracterizaba por ser comprensiva de una visión cooperativa o colaborativa de las relaciones entre la empresa y los trabajadores, y se materializaba principalmente a través de alguna fórmula de participación interna o externa⁶¹³. En segundo lugar, la **participación contractual** se caracterizaba a partir de una concepción conflictiva en las relaciones capital y trabajo, realizada principalmente a través de la negociación colectiva⁶¹⁴.

⁶¹² RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T., “Informe sobre la propuesta de Estatuto de sociedad europea y sus repercusiones en el ordenamiento jurídico y en la acción sindical en España”, inédito, 18 de septiembre de 1989, p. 27.

⁶¹³ BEAN, R., *Comparative Industrial Relations: an introduction to cross-national perspectives*, Routledge, London, 1985, en especial el capítulo séptimo dedicado a “Workers participation in decision making”, pp. 158-183.

⁶¹⁴ CARINCI, F., “La participación de los trabajadores en la gestión: la vía italiana”, *Revista de Treball*, 1991, nº 16, p. 36.

La existencia de debates doctrinales en torno a la participación contractual/conflictiva versus la participación institucional/cooperativa comienzan a adquirir plena actualidad a partir de los conflictos sociales y laborales que tuvieron lugar en Francia e Italia a raíz de las protestas de mayo de 1968, que es cuando se hace patente una mayor acción sindical conflictiva, fuera y dentro de la empresa; es decir, cuando el sindicato asume que el ámbito de la empresa es un espacio privilegiado para la acción sindical y también para la negociación colectiva⁶¹⁵. En consecuencia, señalaba la doctrina, se produce una re-definición de la participación en la empresa, acentuándose el componente sindical de la misma, y creándose a tal efecto canales de representación y participación de carácter exclusivamente sindical y/o la penetración de los sindicatos en los órganos de representación unitaria ya existentes⁶¹⁶.

Aunque en la actualidad ha de considerarse que estos debates han sido en su mayor parte superados, es relevante señalar que durante muchos años la participación cooperativa o institucional, materializada principalmente, pero no exclusivamente, a través de la presencia de representantes laborales en los órganos societarios, o participación interna, fue objeto de amplio rechazo, proveniente tanto de instancias laborales o sindicales, como de instancias empresariales. Desde el punto de vista sindical, se consideraba que la mejor forma de tutelar los derechos de los trabajadores venía de la mano de la promoción y desarrollo de la negociación colectiva y, en este sentido, se consideraba que los trabajadores no debían intervenir de ninguna manera en las operaciones del sistema capitalista: “los trabajadores prefieren confiar en las estructuras de negociación colectiva existentes... la participación –interna- no es vista como algo que merezca la pena, salvo para los directamente implicados en ella, y tampoco es algo que afecte o beneficie a las relaciones entre los dirigentes y su personal en su conjunto⁶¹⁷”. En este sentido, se afirmaba que los sistemas

⁶¹⁵ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “Representación de los trabajadores y democracia en la empresa”, *Relaciones Laborales* 15/16/1991, pp. 1-9.

⁶¹⁶ RIVERO LAMAS, J., “Participación y representación...”, cit., p. 498; BIAGI M., *Representación de los trabajadores...*, cit., pp. 129 y ss.

⁶¹⁷ HADDEN, T., “Industrial Democracy”, op. cit., p. 440. “*Unless rank and file workers can see some tangible benefits arising from the participation of their representatives at board level they are unlikely to take much interest on it*”.

de participación interna llegarían a sustituir la lucha de clases por una colaboración de clases, y ello comprometería la independencia de los sindicatos como entes negociadores y les harían co-responsables de las decisiones adoptadas en el seno de los órganos societarios. “Ese sistema de integración de obreros en el Consejo hace de ellos o meros invitados –si dóciles- o incómodos intrusos –si discrepantes- y, además, blanco fácil del halago económico por parte de los anfitriones y de la desconfianza por parte de los camaradas excluidos del festín⁶¹⁸”. Muchas organizaciones sindicales se opusieron firmemente durante años a la imposición de mecanismos de participación independientes del movimiento sindical que pudieran disminuir la influencia de los sindicatos sobre los trabajadores y limitar así su papel y eficacia, logradas después de largos años de reivindicaciones y luchas⁶¹⁹. Se decía en este sentido que: “el virus de la cogestión hay que tomarlo en pequeñas dosis, y tras haber sido vacunado⁶²⁰”; “la democracia industrial no trata, ni es, un problema de ingeniería institucional⁶²¹”. Desde diversas instancias empresariales, a su vez, se sucedían también los rechazos a la imposición de la participación interna. Se temía que mediante mecanismos de participación interna se reforzara la lucha de clases, preocupándoles especialmente la existencia cualquier propuesta que fuera susceptible de dar a los trabajadores poderes de bloqueo o de veto en la

⁶¹⁸ BRU PURÓN, C. M., *Gestión obrera (cogestión y autogestión)*, Separata de *Cuadernos para el diálogo*, número extraordinario sobre “Problemas de España”, octubre 1966, pp. 15-16: “No puede haber cogestión sin sindicalismo obrero a escala empresarial (...) en fin: ni dirigir, ni controlar. Eso sí el derecho de estorbar”.

⁶¹⁹ FLANDERS, A., “What are unions for?”, en *Management and Unions*, Faber & Faber, 1970, p. 30. Puede verse en McCARTHY, W. E. J., *Trade unions*, 2º ed., Penguin, 1985, pp. 26-34: “A Worker has more direct influence throu his unions on what laws are made and how they are being applied than he can exert by his vote over the laws made by Parliament. We hear a lot these days about worker participation in management. I have yet to be convenced that there is a better method than collective bargaining for making industry more democratic, providing its subjctcs and procedures are suitable extended. Putting a few workers or union officals on boards of directors only divorces them from the rank and file. In collective bargaining, trade unions must continually respond to and service their members´s interests”.

⁶²⁰ ROMAGNOLI, U., Ponencia sobre “La reforma de la empresa en el proyecto de Constitución Española”, Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución española; Sevilla, mayo 1978, citado por OJEDA AVILÉS., A., *La cogestión de las grandes empresas: la experiencia alemana y la Ley de cogestión de 1976*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978, p. 51.

⁶²¹ AMATO, G., “Potere e responsabilitá del sindicato”, *Mondoperario*, 1979, núm. 1, p. 76. citado por VALDÉS DAL-RÉ, F., “Democracia industrial en Europa: balance de un debate” en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980.

aplicación de decisiones que hasta entonces habían sido competencia exclusiva de las direcciones empresariales. Además, mayoritariamente, no se aceptaba que se impusieran sistemas uniformes o iguales de aplicación general en todas las empresas.

1.4.- Participación negociada o flexible versus participación impuesta o *ex lege*.- Es a partir de mediados de los años ochenta cuando se acuña en el ámbito comunitario un nuevo concepto de participación, la participación negociada, que puede definirse como aquella resultante de un proceso de negociación, como contraposición a la participación impuesta por la ley o *ex lege*. Un sistema de participación negociada, en este sentido, fruto de un proceso de negociación entre las partes sociales, puede acoger tanto la participación interna -presencia de representantes de los trabajadores en los órganos de decisión de las empresas- como la externa -presencia de representantes de los trabajadores en órgano ajenos a los de organización societaria-, como adoptar otros tipos de mecanismos con rasgos de uno u otro concepto puro. La participación negociada es un concepto flexible, que se apoya en la negociación colectiva y cuyos rasgos principales se diseñan y fundamentan en la autonomía colectiva, bajo un marco normativo o legal que legitima dicha actuación negocial y marca los límites de la misma. Por el contrario, por participación impuesta o *ex lege*, ha de entenderse el sistema de participación que se acoge por imposición legal normalmente con carácter de régimen subsidiario, bien ante la falta de negociación o cuando ésta no llegue a buen fin, o a falta de acuerdo negocial.

El concepto de participación negociada o flexible va a estar presente en aquellas propuestas normativas que se elaboraron a partir de mediados de los años ochenta en el ámbito comunitario. A su vez, la participación negociada o flexible es la concepción o definición de la participación de los trabajadores en la empresa que ha prevalecido en la actual regulación vigente en el ámbito comunitario. El hecho de que las partes sociales puedan negociar la forma o sistema de participación que mejor satisface sus intereses es significativo y tiene un efecto beneficioso para la institución de la negociación colectiva. Cuestión distinta es la relativa a la propia debilidad de esta institución en el ámbito del Derecho de la Unión, sobre todo con respecto a una negociación autónoma o

libre que pudiera realizarse más allá o fuera del amparo de las Instituciones comunitarias. Dicha debilidad afecta a la mera existencia de la práctica de la negociación colectiva de ámbito europeo, a su alcance, contenido y efectos (*Supra*, cap. 1º, apartado V.5). Como se argumentará, la normativa participativa comunitaria vigente en la actualidad otorga un protagonismo desmedido a una *sui generis* autonomía colectiva, que no goza en el sistema comunitario, de fundamentos jurídicos suficientemente sólidos, ni seguros, a pesar de que el vigente artículo 28 de la Carta de Derechos Fundamentales reconoce el derecho a la negociación colectiva como derecho fundamental (*Infra*, cap. 4º, apartado II.1.2).

Algunos autores han considerado que la concepción de la nueva participación negociada viene a sustituir al tradicional debate entre participación conflictiva versus participación cooperativa⁶²². Se dice, en este sentido, que en el ámbito de las empresas se ha evolucionado hacia sistemas mixtos de representación y de participación de los trabajadores, mediante planteamientos tanto de colaboración como de confrontación o de negociación colectiva, que ahora ya no se excluyen entre sí, sino que se encaminan de forma conjunta para lograr una plena implicación de los trabajadores en dichos ámbitos empresariales⁶²³. Para otros autores, por el contrario, el debate sobre la participación conflictiva versus participación colaborativa estará siempre presente, pues cada sistema de participación posee potencialmente, tanto rasgos de colaboración, como de conflicto⁶²⁴. Se habla, en este sentido, de que existe una cierta superación pactada, entre las organizaciones tradicionales de intereses sindicales, por un lado, y las empresariales, por otro, del modelo clásico

⁶²² Rotundo es el juicio de SMURAGLIA, C., para quien la idea del contrapoder aparece hoy dotada de arcaicidad y la expresión participación conflictiva debe ser sustituida por la expresión participación negociada. SMURAGLIA, C., *Partecipazione e impresa*, Riuniti, Roma, 1978, pp. 93 y 112, respectivamente, citado por VALDÉS DAL-RÉ, F., "Democracia industrial..", cit.

⁶²³ SAMPER JUAN, J., "Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores", Ponencia II, XVII Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, 18 y 19 de mayo 2006.

⁶²⁴ PEDRAZZOLI, M., "Democrazia industrial e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del Lavoro", Giuffrè, Milan, 1985 p. 181, citado por BAYLOS GRAU, A., "Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles" en APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A., *Autoridad y Democracia en la Empresa*, Trotta, 1992, p. 159, "cada fórmula de participación contiene en sí misma potenciales de cooperación y de conflicto, medidas no predeterminadas de reivindicación y de integración".

conflictivo por otro más cooperativo⁶²⁵. Lo cierto es que se observa un cierto declive del conflicto, al menos una remisión del conflicto como instrumento normal de actividad sindical⁶²⁶; a la par que se aprecia una mayor aceptación empresarial de la participación en la empresa, venga o no de la mano de los sindicatos, al considerarse que ésta contribuye en gran medida a mejorar la competitividad de las empresas⁶²⁷.

En cualquier caso, con independencia de la denominación que reciba una determinada modalidad participativa, interna o externa, negociada o impuesta, el nivel o intensidad de la participación, el grado de influencia real de los trabajadores en el proceso decisional de una determinada empresa o centro de trabajo, va a depender sin duda del uso que se haga de la información que se recibe por los representantes de los trabajadores y de su capacidad de autotutela. “El índice de democratización efectiva del proceso productivo no viene determinado por la forma o tipo de democracia industrial, sino por la capacidad de las organizaciones de clase en punto a la representación y autónoma defensa de los intereses asumidos. La elección de una u otra forma es el resultado de una serie de variables de entre las que ocupa un lugar destacado la que podríamos calificar como cultura industrial pero la profundización del proceso de democratización es función en gran medida del nivel de autotutela expresado por los sujetos sindicales al realizar o actualizar la fórmula existente⁶²⁸”. Así, ha de considerarse que el éxito de una determinada modalidad participativa en el ámbito europeo depende en buena medida de la existencia de un estándar común europeo en materia social colectiva, es decir, que se reconozcan unos derechos sociales al más alto nivel y que se aseguren unos contenidos esenciales mínimos e indisponibles de los mismos a nivel europeo que puedan otorgar una protección y tutela efectiva en el ejercicio de

⁶²⁵ LANDA ZAPIRAIN, J. P., “Las nuevas formas de participación en la empresa”, Ponencia III, XVII Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, 18 y 19 de mayo 2006.

⁶²⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “Diálogo social, participación y negociación colectiva”, Relaciones Laborales 23/1995, p. 8.

⁶²⁷ SÁEZ LARA, C. y DURÁN LÓPEZ, F., *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Civitas, Madrid, 1997.

⁶²⁸ VALDÉS DAL-RE, F., “Democracia industrial...”, cit., p. 491.

dichos derechos en el ámbito supranacional (*Supra, cap. 1º, apartado V.5*). Ello con independencia del concepto teórico y de las diversas concepciones que se establezcan en punto al fenómeno de la participación de trabajadores en los procesos de toma de decisiones empresariales.

2.- Concepto legal vigente en el Derecho de la Unión Europea sobre participación en la empresa y derechos participativos.- Con respecto al régimen legal actual de la participación de los trabajadores en la empresa, es significativo que la primera definición normativa sobre participación de los trabajadores en la empresa aparezca recogida en una norma perteneciente a la rama del Derecho societario europeo. Es la Directiva sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea de 2001, Directiva SE 2001, la primera norma comunitaria que define la participación, que queda sin embargo subsumida en otro concepto más amplio, denominado "*implicación*" de los trabajadores en la empresa, que comprende a su vez, según esta norma, "*derechos de información, de consulta y de participación*" (art. 2.h). A efectos de este trabajo, sin embargo, se prefiere seguir utilizando el genérico y tradicional término participación, asimilable a la democracia industrial y relativo al fenómeno global de la participación de los trabajadores a través de sus representantes en la toma de decisiones empresariales. Se ha optado por acuñar el término derechos participativos para referirse al conjunto de derechos de información, de consulta y de participación interna que podrían reconocerse a estos representantes (apartado 2.1). El término implicación introducido por la Directiva SE 2001, se utilizará para hablar de la participación en el ámbito concreto de la regulación de la Sociedad anónima europea (apartado 2.2).

2.1.- La opción por el término participación y los derechos participativos.- Se opta por seguir utilizando el tradicional concepto participación para referirnos a un conjunto de derechos participativos: derechos de información, de consulta y de participación interna, reconocidos a los trabajadores a través de sus representantes, para influir en las decisiones que se adoptan en las empresas para las que trabajan por las siguientes razones:

Primero.- Porque el concepto genérico participación tiene una trayectoria y una tradición suficientemente arraigada en todos los ámbitos, el nacional, el

comunitario y el internacional, como el de la Organización Internacional del Trabajo, como para apoyar su continuidad sin reservas⁶²⁹.

Segundo.- Porque, en términos más concretos, el término participación en la empresa es el término habitualmente utilizado, tanto por la doctrina iuslaboralista, como por la Comisión Europea, en la mayoría de los documentos comunitarios -*soft law*- que hablan sobre la misma.

Uno de los primeros documentos comunitarios que hicieron uso del término participación, aunque sin definirlo, fue el Primer programa de acción social de la Comisión de 1974 (*Supra, cap. 1º, apartado I.3*). Desde esas fechas, finales de los años setenta, hasta el año 1989, la mayoría de documentos comunitarios emanados de la Comisión, mencionaban conjuntamente los derechos de información, de consulta y de participación, de carácter interna aunque no se hiciera referencia expresamente a la misma, como derechos de participación, de forma unitaria y relativos al genérico concepto de participación en la empresa.

En el año 1989, en una Comunicación de la Comisión relativa al Programa de acción para la aplicación de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989⁶³⁰, se plasma por vez primera en un documento comunitario o *soft law* la intención de la Comisión de tomar parte en el debate terminológico, apostando por la segregación del genérico concepto participación en dos: por un lado, la mera información y consulta y, por otro, la participación, en el sentido de participación interna⁶³¹. Esta intención se recogió formalmente en el Acuerdo sobre política social de 1992 (*Supra, cap. 1º, apartado II.3.2*) y se incorporaría al Derecho originario a partir de las reformas

⁶²⁹ ARRIGO, A. y CASALE, G., "A comparative overview of terms and notions on employee participation", Working Document nº 8, Labour administration and Inspection Programme, ILO, Geneva, February 2010, p. 10.

⁶³⁰ COM (1989) 568 final, pp. 32-33. Este documento, que constituye propiamente el Programa de Acción en materia social de 1989, junto a los tres informes de la Comisión sobre la aplicación de la Carta COM (1991) 511 final; COM (1992) 562 final y COM (1993) 668 final, ya no están disponibles en Eurolex pero pueden consultarse en la página web de la Universidad Carlos III de Madrid (uc3m.es/biblioteca).

⁶³¹ De la lectura de este documento puede inferirse claramente futuras posturas o estrategias de la Comisión Europea sobre la participación interna (*Infra, cap. 2º, apartado III.3*).

operadas por el Tratado de Ámsterdam de 1997. En la actualidad, esta segregación permanece en el vigente TFUE: la información y consulta a los trabajadores son materias sobre la que la Unión puede actuar, por mayoría cualificada del Consejo y del Parlamento Europeo, y por la vía del procedimiento ordinario (art. 153.1.e TFUE); mientras que, por otro lado, la participación interna, denominada erróneamente cogestión⁶³², y expresamente relacionada con la representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y empresarios, es materia considerada especialmente sensible, que exige la unanimidad del Consejo y su tramitación vía el procedimiento legislativo especial (art. 153.1.f TFUE). Como se argumentará (*Infra, cap. 3º, apartado 33*), tanto los derechos de información y consulta, como los derechos de participación interna, quedan amparados bajo la protección del artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ello sin perjuicio de las importantes limitaciones que dicho amparo supone, relativas principalmente a la difícil determinación de los contenidos esenciales de estos derechos y al propio valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales (*Supra, cap. 1º, apartado V.3*). Con respecto a la participación interna, mayores problemas se plantean en torno a una futura actuación legislativa comunitaria en esta materia; cuestión que no está nada clara (*Infra, cap. 3º, apartado 1.2.2.1*).

A tenor de dispuesto en la letra de los Tratados, parece claro que existe pretendida segregación o separación legal de la participación, que supone una distinción entre los derechos de información y consulta, por un lado, y los derechos de participación interna, por otro. Es altamente llamativo que muchos documentos comunitarios o *soft law*, dan a entender que esta distinción legal no debería ser tal, no está suficientemente justificada. En este sentido los

⁶³² La Directiva de 2004/25/CE sobre Ofertas públicas de adquisición, de 21 de abril de 2004, DOUE 30.4.2004 L 142, pp. 12-23, menciona expresamente la “*cogestión con los trabajadores*” (art. 14) al objeto de recordar que existe la obligación de informar y consultar a los trabajadores de la empresas oferente y afectada por una OPA. Art. 14: “*Las disposiciones de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio de las normas relativas a la información y consulta de los representantes de los trabajadores y, si los Estados miembros lo contemplan, de la cogestión con los trabajadores de la sociedad oferente y de la sociedad afectada, que se regirán por las disposiciones nacionales pertinentes, y en particular, las adoptadas en aplicación de las Directivas 94/45/CE, 98/59/CE, 2001/86 y 2002/14*”.

numerosos documentos tanto del Parlamento Europeo⁶³³ como del Comité Económico y Social Europeo⁶³⁴ que siguen haciendo referencia a la participación de los trabajadores en la empresa como concepto unitario, comprensivo de derechos de información, consulta y participación interna. Con respecto al Parlamento Europeo, destaca, por ejemplo, en una Resolución de 2009 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la propuesta de 14ª Directiva sobre el derecho de sociedades relativa al traslado transfronterizo del domicilio social⁶³⁵. Lo que es verdaderamente llamativo no es el debate terminológico, ni

⁶³³ Con respecto al Parlamento Europeo: Resolución del Parlamento Europeo de 10 de mayo de 2007 sobre el fortalecimiento de la legislación comunitaria en el ámbito de la información y consulta a los trabajadores (DO C 76 E de 27.3.2008, p. 138-140); Resolución del Parlamento Europeo de 22 de octubre de 2008 sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión europea (DO 15 E de 21.1.2010); Resolución del Parlamento Europeo de 19 de febrero de 2009 sobre la aplicación de la Directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DO C 76 E de 25.3.2010); Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2009 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el traslado transfronterizo de la sede social de una empresa (DO C 87 E de 1.4.2010); Proyecto de Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la Decimocuarta Directiva sobre el derecho de sociedades relativa al traslado transfronterizo del domicilio social de 27.9.2011 (2011/2046 INI).

⁶³⁴ Con respecto al Comité Económico y Social Europeo: el Dictamen de 6 de julio de 2006 sobre “cohesión social: dar contenido a un modelo social europeo”, SO C 237, 6.7.2007, p. 6 y 7.1, mencionan la participación de los trabajadores en todos los niveles (junto con sistemas desarrollados de relaciones laborales o diálogo social autónomo) como una de las características que definen el modelo social europeo (apartado 4). Junto a éste Dictamen de 2006, son interesantes también los siguientes: Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “la aplicación concreta de la Directiva sobre la constitución de un CEU (94/45/CE) y sobre aspectos que, en su caso, deberían ser revisados (2004/c 10/05 de 24 de septiembre de 2004; Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “el diálogo social y la participación de los trabajadores, claves para adelantarse a las transformaciones industriales y gestionarlas” (2006/c 24/17) de 29 de septiembre de 2005; Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “los comités de empresa europeos: un nuevo papel para promover la integración europea” SOC/220, 13 de septiembre de 2006; Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE, 82/891/CEE y Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones”, INT/460, de 25 de febrero de 2009; Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “la dimensión social del mercado interior” (Dictamen de iniciativa) (2011/C 44/15) de 14 de julio de 2011.

⁶³⁵ Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2009 con Recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el traslado transfronterizo de la sede social de una empresa, DO C 87 E, de 1.4.2010, pp. 5-9. En concreto en la letra F de la p. 6 se dice: “*Considerando que es necesario preservar plenamente el acervo comunitario relativo a los derechos transfronterizos de información, consulta y participación de los trabajadores, así como asegurar los derechos preexistentes de la participación de los trabajadores (Directivas 94/45 y 2005/56) considerando que, en consecuencia, el traslado de una sede social no debería provocar la pérdida de derechos existentes*”. Con respecto a la propuesta de Reglamento sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea, COM (2008), 0396, por otro lado, es llamativo que una de enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo en dicho texto, según consta en Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 2009 (DO C 87 de 1.4.2010, pp. 300-321, se solicita la modificación del Considerado 16 de la propuesta en los términos siguientes: donde decía “*resulta oportuno que los derechos*

si existe justificación o no para segregar la concepción de la participación de los trabajadores en la empresa, sino básicamente que no se menciona la participación de los trabajadores en la empresa en los documentos más recientes de la Comisión: ni en el Libro verde de 2006 sobre Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI⁶³⁶, ni tampoco en la nueva Estrategia Europa 2020⁶³⁷, ni en el Libro verde de 2011 sobre El gobierno corporativo en la Unión Europea⁶³⁸.

A los efectos de este trabajo, ha de entenderse por **derechos participativos** los relativos a los **derechos de información, los derechos de consulta y los derechos de participación interna**, y reservaremos el término implicación de los trabajadores al ámbito, limitado, de la regulación de los derechos participativos en la Sociedad anónima europea.

2.2.- El concepto legal de implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea.- La Directiva SE 2001, define la participación como *“la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante: a) el derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de una sociedad; o b) el derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de una sociedad”*. Puede apreciarse sin gran dificultad que esta definición de participación se corresponde con la relativa a la participación interna, término acuñado por la doctrina, como ya se dijo, y que se situaba en contraposición con la participación externa o aquella que tiene lugar fuera de los órganos societarios de las empresas (*Supra, cap. 2º, apartado I.1.2*).

La Directiva SE 2001 opta por denominar participación a lo que propiamente sería un sistema de participación interna. A su vez, introduce un

de los trabajadores distintos de los derechos de participación sigan estando regulados por la Directiva 94/45.. 98/59.. 2001/23.. y 2002/14” se modifica a “resulta oportuno que los derechos de los trabajadores sigan estando regulados por la legislación comunitaria y en particular, la Directiva 94/45..”

⁶³⁶ COM (2006) 708 final.

⁶³⁷ COM (2010) 2020.

⁶³⁸ COM (2011) 164 final.

nuevo término, implicación, al objeto de ordenar o articular otros derechos que no denomina propiamente como tales, sino como modalidades de implicación. En concreto, el artículo 2.h de la Directiva SE de 2001 establece que por “*implicación de los trabajadores*” ha de entenderse “*la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa*”. Esta norma a su vez define tanto lo que ha de entenderse por *información* (art. 2.i)⁶³⁹, como lo que ha de entenderse por *consulta* (art. 2.j)⁶⁴⁰.

Que se acuñara un nuevo concepto legal en 2001, el de implicación de los trabajadores, en la normativa que regula la Sociedad anónima europea, proviene del Informe DAVIGNON de 1995, y su reaparición se concibió como una interesante novedad y oportunidad (*Infra, cap. 2º, apartado V.1.3*). Ello en la medida en que se consideraba que era un término adecuado por su amplitud, al considerarse que el término participación “no podía designar al mismo tiempo el todo y la parte; es decir, el conjunto de las formas de influencia colectiva en la empresa y también, como modalidad de ésta, la presencia institucional de la representación de los trabajadores en los órganos de capital⁶⁴¹”. Se pensaba también que la utilización de un nuevo término habría facilitado seguramente la eliminación de reticencias en torno al término participación, que podría considerarse un concepto con mayor peso ideológico, contribuyéndose así, con el nuevo término, a la adopción final de un Estatuto jurídico sobre la Sociedad

⁶³⁹ Art. 2 i Directiva SE 2001: “*Información: la transmisión, por el órgano competente de la Sociedad anónima europea al órgano de representación de los trabajadores o a los representantes de los trabajadores, de las informaciones relativas a las cuestiones que afecten a la propia Sociedad anónima europea 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 Sociedad anónima europea*”.

⁶⁴⁰ Art. 2 j Directiva SE de 2001: “*Consulta: 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 Sociedad anónima europea, 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 Sociedad anónima europea*”.

⁶⁴¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)”, Ponencia general, XVII Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, 18 y 19 de mayo 2006, p. 63.

europea después de más de 30 años de retrasos (*Infra, cap. 2º, apartado III.1.1*). Se pretendía con el nuevo término evitar conceptos pre-definidos⁶⁴². “Parece preferible que aquella -la participación- abandone provechosamente su inicial sentido abierto e inservible, y sea sustituida por otra noción –implicación- no contaminada semánticamente, para alcanzar dentro del mismo, uno propio y técnico como fórmula singular. No otro ha sido, ya se sabe, el expediente técnico utilizado por el Derecho comunitario mediante la noción implicación de los trabajadores⁶⁴³”.

La elección del término implicación, sin embargo, podría ser criticable pues posee un significado más individualista que colectivo. Ello principalmente en el idioma inglés, donde el término *worker involvement* pierde su carácter colectivo al referirse a una simple implicación del trabajador, individualmente considerado y en la realización de su trabajo o labor diaria, y no a una participación -*worker participation*- que pudiera abarcar una cierta co-participación del lado social en la gestión empresarial al mismo nivel que la propia dirección de la empresa⁶⁴⁴. Algún autor habla incluso de que “la inexpresiva y socialmente frígida noción de implicación”, parece querer tomar ahora el relevo al concepto participación⁶⁴⁵.

II.- ORIGEN DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS EN EL ÁMBITO EUROPEO

⁶⁴² GARRIDO PÉREZ, E., “La Sociedad anónima europea: un nuevo impulso y una nueva posibilidad para la participación de los trabajadores en la empresa”, en AA.VV., *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, 2004, p. 236.

⁶⁴³ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “La participación de los trabajadores..”, cit., p. 64.

⁶⁴⁴ VERMA, A., y CUTCHER-GERSHENFELD, J., “Joint governance in the workplace: Beyond, union–management cooperation and worker participation”, KAUFMAN, B. E. & KLEINER, M. M., *Employee representation: Alternatives and future directions*. Madison, WI: Industrial Relations Research Association, University de Wisconsin-Madison, 1993, p. 197.

⁶⁴⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea: un paradigma del nuevo derecho comunitario”, *Relaciones Laborales* 11/2003, p. 2; MANCINI, G. F., *Democrazie e Costituzionalismo dell’Unione Europea*, Bologna, 2004, p. 259, hablaba de la Europa socialmente frígida o álgida.

1.- La necesidad de contrarrestar el poder del capital por parte de la clase trabajadora y de atenuar el conflicto social por parte de las clases empresariales y dirigentes.- Para comprender la regulación actual de los derechos participativos en el ámbito europeo, se hace necesario acudir a los orígenes de la participación en Europa. En estos orígenes se encuentran inmersas tanto la idea de contrarrestar el poder empresarial, el poder del capital, por parte de las clases obreras, como la idea de acomodar o canalizar el conflicto social por parte de las clases dirigentes y empresariales de la época, mediados del siglo XIX. Las primeras iniciativas participativas habría que situarlas seguramente a partir de la Revolución Industrial, que provocó importantísimos cambios en las sociedades europeas, profundas transformaciones sociales e intelectuales, que afectaron a su vez tanto a los sistemas técnicos de producción como al concepto y proyección profesional de los trabajadores⁶⁴⁶. Así, el proceso histórico conocido como Revolución Burguesa llevaría consigo importantes cambios en la organización del trabajo, en la estructura de la población trabajadora, con el nacimiento de la clase obrera, y unas nuevas relaciones de poder entre empresarios y organizaciones de trabajadores.

Es en este entorno en el que se va gestando con toda su crudeza un concepto capitalista clásico de empresa en el que el empleador es el centro sobre el que gravita toda la organización empresarial. El es quien aporta la idea fundacional, el capital y los medios de producción. Del esfuerzo y criterio de los empleadores/fundadores dependía la marcha futura de la empresa, quedando los trabajadores eliminados o excluidos tanto de las ganancias, como de las pérdidas y de la gestión⁶⁴⁷. Como consecuencia de la generalización de la empresa capitalista o fábrica, el taller artesano es progresivamente destruido⁶⁴⁸. Así, puesto que no todos los anteriores artesanos o trabajadores cualificados podían re-convertirse en empresarios, condición que queda reservada a unos

⁶⁴⁶ ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5º ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 267.

⁶⁴⁷ BAYÓN CHACÓN, G., "Introducción al problema de la participación de los trabajadores en la empresa" en *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1967, p. 12.

⁶⁴⁸ BORRAJO DACRUZ, E., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 9º ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 84.

pocos, la gran mayoría de los trabajadores pasaría a formar parte de la clase obrera⁶⁴⁹.

En este contexto, la vinculación meramente contractual de los obreros con la empresa capitalista, obliga a éstos a aceptar las condiciones impuestas por el empresario-dueño, debiendo elegir entre éstas o el paro⁶⁵⁰; traducéndose esta situación en una explotación intensiva de la fuerza del trabajo⁶⁵¹. El organizador de la empresa no sólo era dueño, sino que era monarca absoluto⁶⁵² y, en estos términos, el capital asumía de forma absoluta el poder de decisión en la empresa. Según BROSETA PONT, el sistema radical capitalista se asentaba sobre tres grandes pilares: 1.- el capital asume de forma absoluta el poder de decisión en la empresa; 2.- con la percepción del salario el trabajador agota sus derechos en la empresa; y 3.- los beneficios generados se reservan en exclusiva a los aportantes de capital, ya que permitir su salida al exterior sería tanto como *descapitalizar* la empresa en claro perjuicio de la economía nacional⁶⁵³.

La idea de partida de la participación de los trabajadores en la empresa se apoyaba en la negativa a que la gestión de la empresa se atribuyera en exclusiva al empresario⁶⁵⁴. Así, la idea de contrarrestar el poder empresarial, el poder del capital, en el ámbito de la nueva organización del trabajo, la empresa capitalista, y la distribución más justa del mismo, perfiló cualquier concepción inicial u origen de las primeras experiencias participativas en Europa⁶⁵⁵.

⁶⁴⁹ MONTALVO CORREA, J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1975.

⁶⁵⁰ BAYÓN CHACÓN, "Introducción al problema de la participación...", cit., p. 11.

⁶⁵¹ ALBIOL MONTESINOS, I., SALA FRANCO, T., CAMPS RUIZ, L., LÓPEZ GANDIA, J. *Derecho del Trabajo, tomo I. Fuentes y Relaciones colectivas*, Tirant Lo Blanch, 7ª edición, Valencia, 2005, pp. 24-28.

⁶⁵² BAYÓN CHACÓN, "Introducción al problema de la participación...", cit., p. 13.

⁶⁵³ BROSETA PONT, M., "La reforma de la empresa capitalista en el sistema neocapitalista español", *Revista de Derecho mercantil*, 1970, p. 267.

⁶⁵⁴ SAMPER JUAN, J., "Los sistemas tradicionales...", cit., p. 20.

⁶⁵⁵ BORRAJO DACRUZ, E., "La concepción comunitaria de la empresa", *Revista de Política Social*, 1969, nº 81, p. 11.

Muy probablemente a partir de la primera Guerra Mundial, comienza lo que la doctrina viene denominando la reforma neocapitalista de la empresa, de la mano, principalmente, de una nueva revolución tecnológica, de la internacionalización de los mercados y de la democratización del consumo⁶⁵⁶. La empresa ya no se puede identificar sin más con el capital y en este sentido se produce una separación entre la gestión de empresa y el capital de la empresa, abriendo el camino hacia la participación, pues “mientras la empresa se ha identificado con la propiedad resultaba incuestionable que el régimen de unidad económica o de explotación en que toda empresa consiste competía, de modo exclusivo, a sus propietarios; esto es, a los propietarios del capital⁶⁵⁷”. Existen otros factores que contribuirían también a perfilar el camino hacia la democratización de las empresas. Así, por un lado, los propios trabajadores y la actividad que éstos realizan, que comienzan tener sustantividad propia. Por otro lado, la necesidad de mayores cantidades e inversiones de capital, indispensables para la supervivencia en mercados internacionales, así como la propia inercia de los mercados en continua expansión y crecimiento, junto con el cambio de los procesos de producción -del taylorismo al fordismo y al postfordismo-, significaron que el capital individual inicialmente aportado por el dueño-señor de la empresa ya no era suficiente. Por propia lógica empresarial, el dueño y señor debía de organizar su empresa bajo diferentes formas societarias, como el accionariado y la participación en beneficios. Muy probablemente, estos cambios en la estructura económica y en la organización legal de las empresas vino a sentar las bases o el germen de la participación de los trabajadores. Si se había desasociado el capital de empresa de la empresa misma, si junto a ello la empresa ya no era gobernada por quien ostentaba el capital, un capitalista o muchos, sino que gobiernan otros, los *managers*, con

⁶⁵⁶ BROSETA PONT., M., “La reforma de la empresa capitalista...”, cit., p. 268. Respecto de los orígenes del neocapitalismo, señalaba este autor, “la concepción radical capitalista de la empresa inicia su crisis en los años que siguen a la primera guerra mundial, perfilándose su ocaso, en algunos países después de la segunda gran guerra”. Otros autores sitúan los inicios del neocapitalismo a partir del crisis/crack bursatil de 1929. VICENT CHULÍA., F., “El Derecho mercantil del neocapitalismo” en Revista de Derecho Mercantil, 1976, pp. 38-39. En la literatura del pensamiento económico se citan dos obras fundamentales o símbolos del neocapitalismo: REICH, R. B., *El trabajo de las naciones*, Vergara, Buenos Aires, 1993 y GALBRAITH, J. K., *Nuevo Estado Industrial*, Ariel, Barcelona, 1967.

⁶⁵⁷ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V., “Cogestión, grados y esferas (teoría general)”, en *Diecisiete lecciones sobre participación...*, cit., p. 73.

mayor justificación debía de darse participación, de algún tipo, a los trabajadores de la misma⁶⁵⁸. “Si la empresa es algo más que el dinero del empresario, es evidente que ya no resulta tan lógico que la gobierne exclusivamente el mismo a título de propietario de aquél dinero⁶⁵⁹”.

Durante las primeras etapas del capitalismo, las clases dirigentes venían interviniendo en el funcionamiento de las empresas principalmente desde postulados de política económica: mantenimiento de la libre competencia, ordenación legal de la actividad mercantil y establecimiento de normas sobre la constitución y el funcionamiento de las nuevas sociedades mercantiles de corte neocapitalista antes comentada⁶⁶⁰. Estas medidas vendrían a limitar el hasta entonces poder absoluto del dueño-empresario, si bien, permanecían presentes los efectos del liberalismo económico en la relación de trabajo, que son de sobra conocidos: jornadas interminables, salarios insuficientes, ausencias de normas de seguridad e higiene, generalización del empleo de mujeres y menores, etc. Esta situación generaba una fuerte reacción social, surgiendo en consecuencia un Derecho de emergencia al objeto de dar respuesta a una situación perfectamente identificada, la cuestión social⁶⁶¹. El hecho de que la generalización del trabajo por cuenta ajena coincidiera con un periodo marcadamente abstencionista de los Estados, que pudiera hacer frente a la explotación extensiva que sufría la clase trabajadora, provocaría, en mayor o menor medida según los países, que fueran surgiendo asociaciones profesionales y sindicatos⁶⁶². Es comúnmente aceptado que el periodo temporal en el que tuvo lugar el desarrollo de la industria y de la economía, y el ritmo con que estos desarrollos se llevaron a cabo, junto con el grado de aceptación o de represión por parte de los Estados y de la clase empresarial vendría a

⁶⁵⁸ Pueden consultarse los clásicos: BURNHAM, J., *La revolución de los directores*, Sudamericana, 3º ed., Buenos Aires, 1967, original de 1941; BERLE, A. A. y MEANS, G. C., *The Modern Corporation and Private Property*, Harcourt, Brace and World, 2º ed., New York, 1967, original de 1932.

⁶⁵⁹ BAYÓN CHACÓN, G., “Introducción al problema de la participación...”, cit., p. 16.

⁶⁶⁰ VICENT CHULÍA, F., “El derecho mercantil...”, cit., p. 39.

⁶⁶¹ MONTALVO CORREA, J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, cit., p. 149.

⁶⁶² VALDÉS ALONSO, A., “La participación de los trabajadores en la empresa: una aproximación histórica”, *Documentación laboral*, nº 92, 2011, pp. 159-167.

condicionar la configuración del asociacionismo obrero en los países europeos. Se puede hablar de dos tradiciones: la revolucionaria de los obreros franceses y la reformista de los ingleses⁶⁶³.

La industrialización temprana y lenta del Reino Unido daría lugar al predominio de los *crafts skills* o habilidades de oficio, y a la configuración de sindicatos de obreros altamente cualificados, tipo gremios, que iban a controlar la oferta de empleo mediante la práctica de los *closed shops* o talleres cerrados⁶⁶⁴. Además, según este argumento, el lento proceso de industrialización británico permitió que se desarrollara una mayor relación y contacto entre los obreros –a través de los *shop stewards* o representantes de los trabajadores– y los mandos, que se apoyaban en el uso y la costumbre, y en un entendimiento tácito en el centro de trabajo. Sin embargo, los trabajadores de otros países, como Francia, Italia o España, frente a la imposibilidad de obtener reconocimiento a nivel de empresa buscaron el apoyo de los partidos políticos de izquierdas y en la promulgación de leyes de protección de derechos de representación sindical. Así, en Francia pero también en Alemania, Italia y España, el proceso de industrialización tardío, y relativamente más rápido que el británico, daría lugar a que las primeras asociaciones de origen gremial fueran pronto sustituidas por sindicatos industriales y, a su vez, a que los trabajadores se fueran organizando por sector industrial y en atención a su ideología política⁶⁶⁵.

El transcurso del tiempo puso de relieve que el asociacionismo obrero podía llegar a ser un buen instrumento de estabilización social y de control del conflicto social. En este sentido, las iniciativas participativas serían consideradas como elementos de canalización o disminución del mismo. Era el compromiso del sindicato de no desencadenar acciones colectivas durante la vigencia de los

⁶⁶³ OJEDA AVILÉS, A., *Derecho sindical*, 7^o ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 93.

⁶⁶⁴ Mediante este sistema, en determinados sectores, los obreros tenían que estar afiliados a un sindicato concreto antes de poder acceder a un puesto de trabajo (*pre-entry closed-shop*), o debían afiliarse inmediatamente después de incorporarse al centro de trabajo (*post-entry closed shop*).

⁶⁶⁵ GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, S., DE LA CALLE, A., PORTA, J. y PONS, M., *Las relaciones laborales en Europa: hacia un Comité de Empresa Europeo*, Instituto de Estudios Superiores de Empresa (IESE), Universidad de Navarra, 1997, pp. 337-338.

acuerdos y convenios colectivos lo que contribuyó a tolerar, por parte de las clases dirigentes de la época, una vez reconocido el derecho de asociación, que se constituyeran a su amparo sindicatos de trabajadores⁶⁶⁶. El radicalismo sindical surgiría como autodefensa y como respuesta a un sistema en el que el trabajador, como sujeto individual, ya no poseía sus aptitudes profesionales, su profesionalidad, como fuerza negociadora y acudía al asociacionismo y a la acción colectiva ante claras situaciones de conflicto y de injusticia. Las principales ideologías políticas bajo las que se amparaban los sindicatos obreros de la época fueron las siguientes: la ideología marxista⁶⁶⁷, la ideología anarquista⁶⁶⁸ y la ideología católica.

Las asociaciones que surgirían al amparo de estas ideologías contenían líneas estratégicas y de actuación muy distintas, llegándose incluso en ocasiones a cuestionar su propia razón de existencia: “el sindicato no puede ser instrumento esencial de renovación radical de la sociedad, puede ofrecer al proletariado expertos burócratas, técnicos preparados para cuestiones industriales de índole general, pero no puede ser la base del poder proletario.. El consejo de fábrica es el modelo de Estado proletario⁶⁶⁹”. También fueron muy distintas las reacciones de los gobiernos de la época en los distintos países europeos frente al fenómeno del asociacionismo sindical. Según BENDIX y ROKKAN podían identificarse tres estrategias: 1.- negar derecho de asociación y derecho de sindicación -la mayor parte de Europa occidental-; 2.- conceder

⁶⁶⁶ ALBIOL MONTESINOS, I., *El sindicato en la empresa*, Deusto, 1990, p. 15.

⁶⁶⁷ En el Manifiesto comunista de 1848, MARX y ENGELS plantearon una visión materialista de la historia, que concibieron como una lucha de clases entre opresores y oprimidos. En su obra fundamental, *Das Kapital*, MARX analizó críticamente el sistema capitalista enunciando el concepto clave de la plusvalía, es decir, la apropiación por el capitalista de los beneficios producidos por el trabajador. Para acabar con la explotación capitalista, el marxismo propugna la necesaria conquista del poder político por los trabajadores: que instauraran la dictadura del proletariado y socializaran la propiedad para avanzar, de esta manera, hacia una nueva sociedad sin clases: la sociedad comunista. Historia visual del mundo, Unión Editorial, capítulo 29 dedicado al movimiento obrero (1800 a 1914), pp. 449-464.

⁶⁶⁸ A partir de las primeras formulaciones de PROUDHON, los grandes ideólogos anarquistas fueron KROPOTKIN y sobretodo, BAKUNIN. Los anarquistas criticaban también el sistema capitalista y postulaban una sociedad sin clases ni opresión pero anteponían la libertad individual y no aceptaban ningún tipo de Estado, ni siquiera controlado por los trabajadores.

⁶⁶⁹ GRAMSCI, A. “Sindicatos y Consejos” artículo sin firma, publicado en *L'Ordine Nuovo*, 11 de octubre de 1919, citado por BAYLOS GRAU, A., “Control obrero...”, cit., p. 159.

derecho de asociación pero negar sindicación -Irlanda y Reino Unido-; y 3.- conceder tanto el derecho de formar asociaciones como derecho a sindicarse - Escandinavia y Suiza⁶⁷⁰. Para otro autor, “el modelo predominante fue que, un mayor grado de represión estuvo asociado con una mayor probabilidad de que surgiera un sistema legal de consejo de trabajadores pues, si se negaba a los sindicatos el derecho a constituir asociaciones, era probable que se desarrollaran los órganos no-sindicales a nivel de planta, y a la inversa, si en la empresa surgía la negociación colectiva, los canales institucionales adicionales resultaban superfluos⁶⁷¹”.

2.- La autogestión obrera como expresión máxima de la Democracia Industrial.- Las primeras experiencias participativas en Europa se fueron desarrollando seguramente de la mano de los denominados socialistas utópicos de principios del XIX. La expresión socialismo utópico designa un conjunto heterogéneo de doctrinas de reforma social, previas al auge del marxismo y del anarquismo, que surgieron a comienzos del siglo XIX como respuesta a los problemas del capitalismo y del liberalismo⁶⁷². Estas iniciativas tendrían como nota común el control obrero o autogestión obrera (*complete workers Management*)⁶⁷³: la clase obrera tomaría el control de la producción, lo que se

⁶⁷⁰ BENDIX, R., *Nation-Building and Citizenship*, Widley, New York, 1964; ROKKAN, S., *Citizens, Elections, Parties: Approaches to the Comparative Study of the Process of Politicas Development*, Univresitesforlaget, Oslo, 1970, citados por POOLE, M., *Relaciones Industriales...*, cit., p. 227.

⁶⁷¹ SORGE, A., “The evolution of industrial democracy in the countries of the European Community”, *British Journal of Industrial Relations*, 14, 1976, p. 284, citado por POOLE, M., *Relaciones Industriales...*, cit., p. 227.

⁶⁷² Los representantes más destacados fueron: Robert OWEN (1771-1858), considerado el padre del cooperativismo, que defendía un sistema económico alternativo basado en la unión obrera y más rentable que las industrias; Henri DE SAINT SIMON (1760-1825), relevante teórico y filósofo francés promotor del cambio social dentro del orden establecido, estudioso de la industria y del papel del Estado hacía una sociedad sin clases; Charles FOURIER (1772-1837) otro de los padres del cooperativismo que propone la creación de unidades de consumo –falansterios- basados en cooperativismo integral y autosuficiente. También BUCHEZ, aunque no se le identifica propiamente como socialista utópico, desarrolla un plan de reforma de la sociedad basado en la asociación obrera. Información obtenida de la página web Wikipedia.

⁶⁷³ Término acuñado por vez primera por PROUDHON (1809-1865), uno de los principales promotores del anarquismo.

denominaba la socialización de los medios de producción⁶⁷⁴ y, a partir de ahí, llegaría al control de la administración política⁶⁷⁵. Según los socialistas utópicos, el control obrero significaría, no sólo el final de las clases sociales, sino también la desaparición del conflicto social. El control obrero se apoyaría, inicialmente, en una asociación Estado-sindicatos que dirigiría la organización empresarial autogestionaria: “Los medios de producción han de pertenecer a la sociedad en general y los sindicatos reorganizados deben asumir el control habitual de dicha producción⁶⁷⁶”.

Son numerosos los autores e Instituciones, como la Organización Internacional del Trabajo⁶⁷⁷, que identifican estas primeras experiencias de autogestión obrera como expresión máxima de la participación de los trabajadores en las empresas, entonces denominada mayoritariamente por la doctrina como Democracia industrial⁶⁷⁸. Existían numerosos ejemplos de autogestión obrera: los soviets rusos de 1905 y 1917⁶⁷⁹; los consejos de fábrica en Alemania de 1848 y 1918⁶⁸⁰; los Consejos de fábrica en Italia en el periodo

⁶⁷⁴ El trabajo de WEBB, BEATRICE, presentado al finalizar la primera Guerra Mundial en 1918 y titulado “El trabajo y el nuevo orden social” defendía la nacionalización de las industrias básicas británicas.

⁶⁷⁵ Sobre las encrucijadas del control obrero BELL, D., *El fin de las ideologías: sobre el agotamiento de las ideas políticas en los años cincuenta*, The Free Press, 1960; versión en castellano publicada por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Clásicos nº 12, 1992. En especial el capítulo quince, “Dos vías desde Marx: los temas de la alienación y la explotación, y el control de los obreros en el pensamiento socialista”, pp. 393-438.

⁶⁷⁶ COLE, G. D. H., “Trade unions as co-managers of industry”, *The World of labour*, Bell, 1913, pp. 352-367, artículo recogido en McCARTHY, W. E. J., *Trade Unions*, cit., pp. 76-82. Según COLE: “unions should enter into partnership with the state to create effective industrial self government. The amount and character of their production are to be determined by them -the unions- by demand, but the methods and processes are to be left enterily in their hands; they are to elect their own officlas and to be self-governing corporations with the widest powers”, p. 81.

⁶⁷⁷ Participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa, Publicaciones de la OIT, Ginebra, 1981, p. 24 y capítulo quinto, pp. 47-81.

⁶⁷⁸ POOLE, M., *Industrial Relations...*, cit., pp. 205-206. Pero antes que él: HADDEN, T., “Industrial democracy..”, cit., pp. 439-485; y STRAUSS G., “Workers´ participation..”, cit., pp. 247-261.

⁶⁷⁹ BAYLOS GRAU, A. “Control obrero..”, cit.

⁶⁸⁰ RIVERO LAMAS. J., “Participación y representación...”, cit., p. 495. Este autor sitúa la primera experiencia relevante de participación en la empresa en Alemania en 1848 con la constitución de consejos de factoría que se elegían democráticamente entre éstos y a los que el empresario debía oír en materias de organización del trabajo.

1915-20; colectividades en España durante la guerra civil; y los *Kibbutz* israelíes en 1947. Algunos autores distinguen una fase inicial de consejismo de tipo soviético de otra segunda, denominada de constitucionalismo industrial, que se iniciaría a partir de la primera Guerra Mundial y cuyos máximos exponentes serían los consejos de trabajadores alemanes de la época de la Constitución de Weimar de 1919⁶⁸¹.

Muy probablemente durante la década de los años cincuenta se fue vislumbrando la necesidad de que los sindicatos permanecieran alejados de los centros de decisión de las empresas. Fue CLEGG, en sus trabajos de 1951, uno de los primeros teóricos en defender la necesidad de que los sindicatos permanecieran alejados de las empresas⁶⁸², insistiendo en la idea de que era necesario el pluralismo político y la oposición al gobierno, ya sea éste de corte capitalista o socialista, para prevenir abusos de poder: “si la democracia – política- se basa en la existencia de oposición, la democracia –industrial- ha de partir de la existencia de oposición en la industria por parte de un movimiento obrero fuerte⁶⁸³”. CLEGG argumentaba que: “1.- los sindicatos carecen de suficientes habilidades técnicas y comerciales; 2.- los sindicatos no son organizaciones suficientemente democráticas; 3- los sindicatos perderían su autonomía, perderían su razón de ser y su objetivo principal: ser la oposición, lo que atentaría contra los principios esenciales de la Democracia Industrial”. Posteriormente, este autor revisa sus teorías a la vista del sistema alemán de codeterminación y se da cuenta de que no se podía afirmar que el movimiento sindical alemán hubiera perdido su independencia⁶⁸⁴.

3.- La co-determinación alemana como paradigma de la Democracia industrial en Europa.- Es un hecho reconocido que el sistema de cogestión o *codetermination* (en inglés) introducido en la República Federal alemana en la

⁶⁸¹ BAYLOS GRAU., A., “Control obrero...”, cit.

⁶⁸² CLEGG, H. A., “*Trade unions as an opposition which can never become a Government*”, en *Industrial relations and Nationalization*, Blackwell, 1951, pp. 19-29.

⁶⁸³ CLEGG, H. A., *A new approach to Industrial democracy*, Blackwell, 1960.

⁶⁸⁴ BLUMBERG, P., “The case against workers’ management: Hugh Clegg’s World of Industrial democracy”, *Industrial democracy: the sociology of Participation*, Schocken Books, 1973, pp. 139-167.

década de los años cincuenta, constituye la base y el origen de las primeras propuestas normativas sobre derechos participativos en Europa. Como se dijo, la experiencia de la co-determinación en la entonces Alemania federal incorporaba tanto elementos de participación interna como de participación externa (*Supra, cap 2º, apartado 1.1.2*). El sistema alemán fue considerado desde su configuración como un valioso modelo, un proyecto piloto, que vendría a acaparar la atención de todos -como una *vedette*⁶⁸⁵, siendo ampliamente analizado por la doctrina⁶⁸⁶. Con el tiempo se fue consolidando la idea de que el modelo alemán era la panacea capaz de transformar la sociedad y de avanzar hacia la igualdad social, mediante la democratización de los lugares de trabajo. Interesa detenerse en los siguientes aspectos: en primer lugar, en los orígenes y rasgos principales del sistema alemán (apartado 3.1); en segundo lugar, en el sistema de participación interna se lleva a cabo en el Consejo de vigilancia o supervisión, *Aufsichtsrat*, de determinadas empresas (apartado 3.2) y, en tercer lugar, en el sistema de participación externa que se produce vía Comité de empresa o *Betriebsrat* (apartado 3.3).

3.1.- Orígenes y rasgos principales del sistema alemán.- Se ha considerado que el sistema alemán de cogestión o co-determinación encuentra sus orígenes en un informe de NAPHTALI y sus colaboradores de 1928, elaborado para la central sindical alemana (DGB), que se apoyaba en postulados de la Democracia económica: movimiento socio-filosófico que iba más allá de la mera democracia política de la sociedad hacia la instauración de un sistema de capitalismo cooperativo y democrático. En palabras de NAPHTALI: “*Los representantes de los trabajadores irán colaborando en el interior de las empresas y, a partir de una continúa y progresiva limitación del poder patronal*

⁶⁸⁵ OJEDA AVILÉS, A., *La cogestión en las grandes empresas...*, cit., p. 51.

⁶⁸⁶ ALMANSA PASTOR, J. M., *La participación del trabajador en la administración de la empresa*, Tecnos, Madrid, 1965, pp. 166-220; DE LA VILLA, L. E., “La cogestión en la República Federal de Alemania” en *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, op cit., pp. 85-97; OJEDA AVILÉS, A., *La cogestión...*, cit., pp. 145-212; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., “La nueva Ley alemana de participación de los trabajadores en la empresa” *Revista de Política Social* nº 94, 1972, pp. 71-100; VALDÉS DAL-RÉ, F., “Democracia industrial...”, cit., pp. 494-499. HADDEN, T., “Industrial Democracy..”, cit., pp. 447-58; *Cogestión*, Materiales sobre política y sociedad en la República Federal de Alemania, Internaciones, Bonn, 1983; HALBACH, G. y PALAND, N., *Labour Law in Germany*, Federal Ministry for Labour and Social Affairs, 4ª ed., Bonn, 1991, pp. 317-421; FERNER, A y HYMAN, R., *Industrial Relations in the new Europe*, Blackwell Business, Oxford, 1994, pp. 218-267.

sobre el aparato productivo, se llegará a la abolición de la propiedad privada de los medios de producción⁶⁸⁷”.

La experiencia de la cogestión se instaura formalmente en la República federal alemana después de la segunda Guerra Mundial (1939-1945), bajo un cierto clima de solidaridad interclasista y de difusión de valores democráticos⁶⁸⁸. Como antecedente al sistema de cogestión, se encontraban las primeras normas sobre la constitución de los Consejos de empresa de 1920, de tipo autogestionario, que encontraron su fundamento jurídico en el artículo 165 de la Constitución de Weimar de 1919: *“Los obreros y empleados tiene derecho a formar parte, junto a los empleadores, en la determinación de las condiciones de salario y trabajo, así como en todo el desarrollo económico de las fuerzas productivas. La organización de ambas partes y sus convenios son reconocidos. Los intereses sociales y económicos de obreros y empleados serán representados por organizaciones legales, es decir, por Consejos de Empresa, Consejos de distrito (Kreis) distribuidos según las diversas ramas económicas y por un Consejo de Trabajadores del Reich⁶⁸⁹”*.

La reforma de la Constitución en 1922 mencionaba el nombramiento de dos representantes de los trabajadores, un obrero y un empleado, en los órganos de vigilancia (*Aufsichtsrat*) de las empresas. Los consejos de empresa fueron disueltos por el régimen de Hitler en 1933. Al finalizar la segunda Guerra Mundial, no sólo las potencias aliadas que tomaron el control económico de la entonces Alemania Federal, sino también los principales partidos políticos alemanes y la Confederación Alemana de Sindicatos (DGB), creada en 1949, promovieron la presencia de representantes de los trabajadores en los Consejos de vigilancia de las empresas siderúrgicas. Suele citarse también, cuando se habla de los

⁶⁸⁷ NAPHTALI, F. *Democracia económica*, Frankfurt, 1966, citado por OJEDA AVILES, A., *La cogestión..*”, cit., p. 145. La Democracia económica, término acuñado por J. W. SMITH en el presente siglo y que basa sus ideas en otras anteriores de DOUGLAS, POLANVI, GEORGE e incluso MARX, es un movimiento que sugiere la transferencia de poder de decisiones de los *stockholders* (minoría de accionistas) a los *stakeholders* (gran mayoría de partes interesadas).

⁶⁸⁸ RIVERO LAMAS. J., en “Participación y representación...”, cit., p. 497; GARRIDO PÉREZ, E., “Los derechos de información y participación de los trabajadores” en *Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho Comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 171-238.

⁶⁸⁹ Citado por POOLE, M., *Relaciones Industriales...*”, cit., 225.

orígenes de la cogestión, el ala izquierdista del catolicismo alemán y el Congreso Católico de Bochum de 1949, en cuyo seno se llegó a afirmar que el derecho a la cogestión era un auténtico derecho natural "El hombre es el centro de todas las consideraciones económicas. Las leyes económicas existentes hasta el momento deben ser reemplazadas por una ley laboral que coloque al ser humano, con sus derechos y deberes, en el lugar central. Los obreros y empleados católicos están de acuerdo en que el derecho de cogestión en todas las cuestiones sociales, de personal y económicas es un derecho natural, en un ordenamiento que agrada a Dios porque pone en vigencia la corresponsabilidad de cada hombre. Pedimos confirmación legal⁶⁹⁰". Así, la cogestión o co-determinación alemana venía a fundamentarse en la tesis de que "todos cuantos tienen interés en la vida económica de cada unidad de explotación, tienen título y están perfectamente legitimados para participar en el régimen y en el gobierno de esas unidades económicas"⁶⁹¹.

Si bien, en el plano empresarial, se mostraron en buena medida reticentes a la introducción de sistemas de co-determinación o cogestión que pudieran perjudicar a la industria alemana y a su necesidad de capital extranjero para su recuperación después de la segunda Guerra Mundial. Los empresarios alemanes podían reconocer ciertos derechos a los trabajadores en cuestiones sociales y de personal, pero no en materias estrictamente económicas. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, los dirigentes sindicales convocaron una huelga en el sector del carbón y del acero, que contó con amplio respaldo de los trabajadores alemanes, y que provocó que el Gobierno federal de ADENAUER⁶⁹² se comprometiera a aprobar la paradigmática Ley Montan de cogestión para las industrias del carbón y del acero de 1951. Un año después, en 1952, se reestablecía el sistema de Consejos o Comités de empresa que había sido

⁶⁹⁰ "Bochumer Katholikentages" en "La política social", Boletín de Estudios Económicos, Universidad de Deusto, Bilbao, enero-abril 1965, nº 64, p. 111, citado por GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, S., *La participación de los trabajadores en la empresa española en la década de los noventa*, Tesis doctoral, Instituto de Estudios Superiores de Empresa (IESE), Universidad de Navarra, 1993, p. 8.

⁶⁹¹ FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V., "Cogestión, grados y esferas...", cit., p. 76.

⁶⁹² Konrad ADENAUER (1893-1967) fue un político alemán, Canciller de la primera República Federal alemana de 1949 a 1963 y uno de los Padres de Europa, junto a SCHUMAN, MONET y DE GASPERI.

suspendido durante el periodo Nacionalsocialista. Esta norma mantuvo una estricta separación entre los Comités de Empresa y los sindicatos. La normativa originaria fue suavizada posteriormente por las Leyes de reforma de 1972, 1988, 1989 y 2001 y por la extensa jurisprudencia existente en la materia⁶⁹³.

Con respecto a los rasgos principales del sistema alemán de cogestión, o mejor dicho, de su sistema de relaciones laborales, ya se ha comentado que éste no se caracteriza únicamente por la presencia de trabajadores en los consejo de vigilancia de las empresas, ni tampoco debe encontrarse aquí, en la participación interna, su tantas veces renombrado éxito. La configuración del sistema alemán de relaciones laborales, del que derivan los rasgos básicos de la co-determinación, debe ser vista desde su propio contexto histórico. En el caso de Alemania destacaban los siguientes hechos: la dureza de las condiciones impuestas a Alemania en Versalles en 1919; el Nazismo y la persecución sindical; las ansias de venganza de Hitler y la segunda Guerra Mundial; y la capitulación de Alemania en 1945. En cierta medida, el modelo alemán de relaciones laborales guarda cierto paralelismo con el japonés: ambos países – empobrecidos y humillados- tuvieron que reconstituirse después de la segunda Guerra Mundial. Seguramente de ahí deriva que la negociación colectiva en ambos países se fuera estableciendo, de forma ordenada, coherentemente articulada, por sector industrial, principalmente en los ámbitos superiores, de carácter centralizado, y de ámbito regional, en el caso alemán o en el ámbito nacional, como en el caso japonés, en el que la negociación colectiva salarial se lleva a cabo anualmente para todo el país (*spring offensive*). Posiblemente de ahí deriva también sus mejores capacidades y mecanismos para resolver conflictos, o para contener disputas. Ambos países son ejemplos de milagro económico dada su rápida recuperación económica a partir de las derrotas bélicas sufridas. A partir de finales de los años sesenta, la estabilidad económica alemana fue consecuencia, afirma la doctrina, de diversos factores entre los que

⁶⁹³ ALZAGA RUÍZ, I., “La reforma de la Ley alemana de Comités de empresa”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 43/2003, pp. 65-85. Mediante la Ley de 2001: se han incrementado el número de miembros del comité y el número de representantes que pueden hacer uso del crédito horario; se ha simplificado el procedimiento electoral; se ha consolidado la delegación juvenil y adoptado medidas contra actitudes xenófobas o de discriminación sexual en el centro de trabajo y en el seno del propio comité.

se encontraban la adopción de normativa, entre ella las Leyes para el desarrollo y estabilidad del crecimiento económico del período 1966-1969, basadas en postulados keynesianos de política económica y de negociación salarial, incluyendo la práctica de la concertación social tripartita⁶⁹⁴. Experiencia que posibilitó que predominara la idea del consenso social, contribuyendo éste en buena medida a facilitar el proceso de la unificación alemana que se iniciaría en 1990 a partir de la caída del muro de Berlín en 1989.

En la actualidad, en cuanto a las relaciones en el ámbito de las empresas, se considera a Alemania no sólo ejemplo económico, líder económico de Europa, sino también ejemplo de gestión y de organización empresarial, referente de la paz social y de una mayor identificación de los trabajadores con los objetivos de las empresas. Predomina en Alemania la promoción de la autonomía colectiva tanto para la negociación de convenios como para la resolución de los conflictos entre las partes, bajo un sistema jurídico laboral, con alto grado de juridicidad: numerosas disposiciones legislativas y extensa interpretación judicial. Como rasgos principales del sistema alemán de relaciones laborales, junto a los sistemas de participación interna y externa, habría que destacar los siguientes aspectos: 1.- un alto grado de centralización en la organización y en la actuación de las confederaciones sindicales; 2.- negociación colectiva de ámbito centralizado, principalmente a nivel de sector industrial y regional; 3.- negociación a nivel de empresa o acuerdos de empresa, entre el Comités de empresa y el empresario, que cada día amplía el número y el alcance de las materias susceptibles de negociación, produciéndose paulatinamente un mayor proceso de descentralización controlada, con respecto a lo dispuesto en los convenios colectivos regionales y sectoriales negociados fuera del ámbito de la empresa. Los convenios colectivos regionales poseen cláusulas de apertura o de excepción que, limitando la primacía del convenio, permite que se fijen reglas más precisas en los acuerdos de empresa; 4.- la representación sindical no está reconocida formalmente a nivel de empresa pero la capacidad para organizar las listas de candidatos al comité de empresa por parte de los sindicatos, garantiza

⁶⁹⁴ GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, S., DE LA CALLE, A., PORTA, J., y PONS, M., *Las relaciones laborales en Europa...*, cit., pp. 90-94.

de alguna manera su presencia. Las relaciones entre los Comités de empresa y los sindicatos son importantísimas. Puesto que sobre el Comité viene impuesto un deber de paz absoluto, es el sindicato el encargado de convocar y dirigir posible actuaciones colectivas.

3.2.- Participación interna en el Consejo de vigilancia o supervisión, Aufsichtsrat.- La participación interna de los trabajadores en la Consejo de vigilancia o supervisión (*Aufsichtsrat*) es uno de los rasgos más característicos del modelo alemán. El alcance y ejercicio del denominado por la doctrina derecho de cogestión alemán, que hemos identificado como participación interna, depende del tamaño de la empresa, de su constitución legal y del sector industrial al que pertenece. En cuanto al contenido del derecho, los representantes del banco social, como miembros del órgano de vigilancia, van a tener reconocidos los mismos derechos y obligaciones que los accionistas. El Consejo de vigilancia, es decir, el conjunto de sus miembros, tiene derecho a requerir información al Consejo de dirección sobre la situación económica de la compañía, incluyendo todos los campos de la actividad empresarial: políticas generales de la dirección, situación financiera y beneficios, estado del negocio, ventas y cualquier operación que pueda afectar a la liquidez de la compañía. Este derecho de información puede ejercitarse individualmente siempre que se acompañe del consentimiento expreso de otro de los miembros del Consejo de vigilancia.

En cuanto a la normativa aplicable en el sistema alemán de cogestión:

- El sistema de cogestión paritaria, con igual número de representantes en el banco social y en el accionarial, en las grandes empresas de los sectores del acero, hierro y carbón, con más de 1000 empleados, se regula en la citada Ley Montan de 1951 y en la Ley complementaria de 1956.

- El sistema de cogestión paritaria en grandes empresas de otros sectores económicos, con más de 2000 empleados, está prevista en la Ley de cogestión de 1976⁶⁹⁵.

⁶⁹⁵ La Ley de Cogestión de 1976 establece que en sociedades anónimas, comanditarias por acciones, responsabilidad limitada, sindicato minero con personalidad jurídica propia, cooperativa de crédito, compra, producción o consumo, el Consejo de vigilancia debe estar

- El sistema de cogestión simple –un tercio de los miembros del Consejo de vigilancia han de ser representantes de los trabajadores-, está regulado en la Ley sobre el Comité de empresas de 1952, que contiene disposiciones sobre participación interna en empresas de menor tamaño, entre 500 y 2000 empleados⁶⁹⁶.

3.3.- Participación externa vía Comité de empresa o *Betriebsrat*.- En el ámbito externo a los órganos societarios de las empresas se produce también la denominada cogestión alemana, tantas veces identificada exclusivamente con la participación interna. En el modelo alemán, el Comité de empresa o *Betriebsrat*, tiene reconocidos tanto amplios derechos de información y de consulta, como amplios derechos de cogestión o de co-determinación. El ámbito de constitución del Comité de empresa es el centro de trabajo con más de 5 trabajadores y no la empresa. Podrán constituirse tantos Comités de empresa, si así lo deciden los trabajadores, como centros posea la empresa. En este sentido, son los representados los que deciden libremente la constitución o no de un Comité. No existen procedimientos para sancionar a las empresas sin Comité. A pesar de ello la presencia de Comités de empresa está muy extendida y cerca del 65 por 100 de sus miembros pertenecen a la Confederación Alemana de Sindicatos (DGB). Se trata de órganos formalmente independientes de los sindicatos, los cuales no pueden presentar, pero sí organizar candidaturas⁶⁹⁷.

El Comité de empresa tiene reconocidos **derechos de información** en aspectos relativos a: 1.- la planificación y organización de plantilla y sobre sus previsiones o cambios futuros; 2.- aspectos financieros y situación económica de

compuesto por igual número de representantes de los trabajadores y de los accionistas (6-6 en empresas de hasta 10.000 trabajadores; 8-8 en empresas hasta 20.000 y 10-10 en empresas de más de 20.000 trabajadores). Una parte de los puestos del banco social están reservados para dirigentes sindicales que no sean trabajadores de la empresa (2 en empresas con 12-16 miembros en el consejo de vigilancia y 3 cuando el consejo de vigilancia tenga 20 representantes). El presidente del Consejo es nombrado por los accionistas y tiene voto de calidad por lo que no existe una paridad auténtica en la representación de los intereses de las partes.

⁶⁹⁶ No existe obligación de presencia sindical, sindicalistas externos a la empresa, aunque es posible si el banco social cuenta con más de tres representantes.

⁶⁹⁷ FERNER, A. y HYMAN, R., *Industrial Relations...*, cit., pp. 242-244.

la empresa. La información financiera deberá ser entregada al Comité Económico en empresas con más de 100 empleados⁶⁹⁸ y deberá ser extensa y puntual y abarcar aspectos como: situación económica y financiera de la empresa; situación del marketing y del producto; planes de inversión y de producción; y la reducción, cese y traslado de operaciones y actividades.

A su vez, el Comité de empresa tiene reconocidos determinados **derechos de consulta** en todo lo referente a las siguientes materias: 1.- el ambiente y la organización del trabajo: el comité tendrá derecho a ser consultado sobre cualquier plan relativo a cambios en las instalaciones, sistemas de producción y tareas; 2.- selección de personal: el comité puede exigir promoción interna antes de que los puestos sean ofertados al mercado y los criterios de selección necesitan siempre el visto bueno del comité. Tras la reforma de 2001 el Comité deberá ser informado por el empresario sobre nuevas contrataciones incluso si se realizan mediante contratos mercantiles o civiles; y 3.- despidos individuales o colectivos⁶⁹⁹.

Por último, el Comité de empresa tiene reconocidos amplios **derechos de cogestión o co-determinación** que se traducen en que el empresario no puede actuar sin el consentimiento del Comité, o ante la ausencia de éste, sin la decisión de un Tribunal de trabajo en el caso de conflicto jurídico, salvo pacto en contrario, o de un órgano de conciliación, en caso de un conflicto de reglamentación, de interpretación de acuerdo de empresa o convenios colectivo. Los derechos de cogestión o co-determinación abarcan las siguientes materias: duración de la jornada, organización de turnos y distribución de las vacaciones, regulación de las horas extraordinarias, lugar y tiempo de entrega del salario, introducción y sistemas de medición de rendimiento, medidas de seguridad y

⁶⁹⁸ Si el centro de trabajo tiene más de 100 trabajadores el comité de empresa designará un Comité económico, que podría estar formado por expertos ajenos a la empresa y/o por personal de alta dirección de la misma.

⁶⁹⁹ Todos los despidos individuales deben ser notificados al Comité junto con las razones que los motivaron. El Comité puede oponerse a los despidos si no se han tenido en cuenta aspectos sociales y personales y/o en caso de incumplimiento de criterios estipulados y también si existe la posibilidad de trasladar al trabajador a otro departamento, centro de trabajo y/o con otras condiciones de trabajo. La oposición del Comité no impide la efectividad del despido pero si el asunto se lleva a los tribunales con el refrendo del Comité, la empresa debe readmitir hasta que sea tomada la decisión judicial.

salud, administración de beneficios sociales, introducción de nuevos sistemas de retribución, movilidad funcional y reclasificaciones profesionales -puede oponerse cuando los criterios escogidos vulneren otros estipulados con anterioridad-, elaboración de planes de compensación social en caso de traslados y/despidos colectivos. Tras reforma de 2001, se amplían estos derechos hasta abarcar las medidas relativas a la protección del medio ambiente. Como se ha dicho, sobre estas materias, el Comité tiene reconocida competencia para llegar a Acuerdos de empresa, un verdadero derecho de negociación colectiva, pero, junto a éste, el Comité está obligado a respetar un deber de paz absoluto⁷⁰⁰.

III.- PRIMERA GENERACIÓN DE PROPUESTAS COMUNITARIAS SOBRE DERECHOS PARTICIPATIVOS.

1.- Propuestas normativas pertenecientes al ámbito del derecho societario.- Es un hecho reconocido que la experiencia alemana sirvió de modelo a las primeras propuestas normativas sobre participación de los trabajadores en la empresa que se elaboraron en el ámbito comunitario a finales de los años sesenta. Como se ha dicho, el sistema alemán de cogestión o co-determinación, contiene tanto elementos de participación interna como de participación externa a los órganos societarios. Así, las primeras propuestas pertenecieron al ámbito del derecho societario y, siguiendo de cerca el modelo alemán, tuvieron como nota común la imposición de sistemas de participación interna y externa.

Estas primeras propuestas normativas encontrarían su fundamento jurídico, bien en el artículo 54.3.g del Tratado de Roma relativo a la armonización de las legislaciones societarias internas, al objeto de proteger los intereses de

⁷⁰⁰ El Comité de empresa debe cooperar con el empresario en la obtención de mejoras para los trabajadores y para la empresa. El comité debe reunirse al menos una vez al mes con el empresario y ambas partes tienen la obligación de resolver sus diferencias de buena fe. Los costes del funcionamiento del Comité: dietas, consultas con abogados y expertos, materiales, libros y traductores, corren a cuenta de la empresa.

los socios y de terceros, bien en el artículo 235 del mismo, que permitía la actuación del legislador comunitario en situaciones justificadas relativas al funcionamiento del mercado común, aun cuando estas situaciones no hubiera sido expresamente previstas en el Derecho originario (*Supra, cap. 1º, apartado 1.2.5*). En ambos casos se requería el voto unánime del Consejo para la aprobación de las normas. La actuación comunitaria en materia participativa durante esta primera etapa se apoyaba o respondía a la técnica de la armonización legislativa plena de las legislaciones internas, pues se consideraba indispensable para el adecuado funcionamiento del mercado común que las empresas operaran bajo unas mismas condiciones y bajo unos mismos estándares jurídicos. Las prioridades de los Estados miembros y de la propia Comunidad Económica Europea a finales de los años sesenta, se dirigían hacia la realización del mercado común, finalidad declarada en el Tratado de Roma. La unión de los países de Europa debía comenzar por la economía, por afianzar la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, considerándose que el resto de materias, a salvo de ciertas políticas comunes en agricultura y transportes, debían permanecer dentro de las competencias exclusivas de los Estados miembros (*Supra, cap. 1º, apartado 1.1*). Pertenecen a esta primera generación de propuestas normativas: las propuestas de Reglamento sobre la Sociedad anónima europea de 1970 y 1975 (apartado 1.1); y la propuesta de 5º Directiva de 1972 (apartado 1.2). Ninguna de ellas obtuvo el voto unánime de los Estados miembros representados en el Consejo, necesario para su aprobación. Ello no obstante, la elaboración y la presentación formal de estas propuestas originaron interesantes debates en los Estados miembros, tanto sobre la Sociedad anónima europea, y sobre la armonización del régimen jurídico de las sociedades anónimas nacionales, como, en el plano de los derechos participativos, sobre la viabilidad de propuestas comunitarias que pretendían imponer mecanismos de participación interna (apartado 1.3).

1.1.- Las propuestas de Reglamento sobre la Sociedad anónima europea de 1970 y 1975.- La primera propuesta formal sobre la creación de la Sociedad anónima europea data de 1970 y encontró sus orígenes en los trabajos realizados por el profesor SANDERS. Este profesor lanzaría su propuesta sobre la *Societas Europaeae* ante los notarios de Francia, en el discurso inaugural del

Congreso de Notarios de 1959⁷⁰¹. Con la creación de un nuevo tipo societario, la Sociedad anónima europea, se pretendía que las empresas nacionales pudieran reorganizarse mejor a nivel comunitario para mejorar su competitividad a este nivel. Como aspecto más significativo destacaba que el régimen jurídico del nuevo ente debía ser igual o uniforme en todos los Estados miembros y, únicamente en los aspectos no previstos en el Estatuto sobre la Sociedad anónima europea, podría ésta regirse por lo dispuesto en las respectivas legislaciones nacionales. No se especificaba, sin embargo, si había que acudir a la legislación del Estado miembro donde se encontrara domiciliada la Sociedad anónima europea o, por el contrario, a la legislación del Estado miembro donde estuviera situado el centro o establecimiento. El artículo 7 de la propuesta de Reglamento se limitaba a señalar que se aplicaría la legislación nacional que correspondiera “*según las circunstancias*”⁷⁰².

Esta propuesta de Reglamento regulaba cuatro modalidades de constitución de la Sociedad anónima europea: 1.- por fusión entre sociedades anónimas de diferentes Estados miembros; 2.- por creación de una sociedad *holding*, modalidad abierta únicamente a las sociedades anónimas que al menos dos de ellas tuvieran su administración central en Estados miembros diferentes o filiales o establecimientos en un Estado miembro diferente del de su administración central; y 3.- por el establecimiento de una filial común, siempre que cumplieran los requisitos anteriores: tener administración central en Estados miembros diferentes y/o filiales o establecimientos en un Estado miembro diferente del de la administración central.

En todos estos supuestos, sólo las sociedades anónimas, y no otro tipo, podían ser sociedades participantes en la creación de una Sociedad anónima europea. Como señalara ESTEBAN VELASCO, “esta restricción.. (..) ignoraba el significado económico, social y jurídico de otros tipos societarios, en especial

⁷⁰¹ ESTEBAN VELASCO, G., *Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1980, pp. 73-4. Pieter SANDERS (1912-2012), fundador y profesor de la Universidad Erasmus de Rotterdam, fue un eminente jurista en materia de arbitraje internacional.

⁷⁰² Art. 7: “*Matters which are not governed by this Statute shall be subject to the national law applicable in the circumstances*”.

de la Sociedad de responsabilidad limitada, y podría crear distorsiones en el derecho interno, bien porque el régimen de la sociedad de responsabilidad limitada contiene remisiones expresas al de la Sociedad anónima, lo que plantea la problemática de si, por la vía de la armonización de la sociedad anónima, se produce una reforma automática de la sociedad de responsabilidad limitada, o bien porque el régimen en aspectos organizativos fundamentales sigue el de la Sociedad anónima y parece legítimo preguntarse por qué motivo la armonización produce nuevas diferencias⁷⁰³”.

En la propuesta de Reglamento sobre la Sociedad anónima europea de 1970 se regulaban tres mecanismos de participación que tenían que ser impuestos obligatoriamente en todas ellas 1.- participación externa; 2.- participación interna; y 3.- derecho a la negociación colectiva reconocido exclusivamente a la representación sindical. Si bien, en cuanto a la participación interna, su imposición no era obligatoria si se oponían a ella dos tercios de los trabajadores de la Sociedad.

Las notas más significativas sobre la regulación de **la participación externa** eran las siguientes:

Primera.- Se preveía la constitución de dos órganos de representación exclusiva de los trabajadores: el Comité de empresa europeo, por un lado, y el Comité de empresa de grupo, por otro. Constituir un Comité de empresa de grupo era facultativo, ya que se permitía que, en su lugar, se constituyera *cualquier otro órgano*, siempre y cuando éste representara los intereses de todos los empleados *vis-à-vis* la Dirección de la Sociedad anónima europea o *empresa que ejerce el control* (art. 223). Lo más importante es que no se exigía, para la constitución de ninguno de estos dos Comités, que los centros o establecimientos tuvieran un número mínimo de trabajadores empleados (art. 100), bastando, en el supuesto del Comité de empresa europeo, que contara con centros o establecimientos en más de un Estado miembro, y en el caso del

⁷⁰³ ESTEBAN VELASCO, G., “La estructura de las sociedades anónimas en el derecho comunitario (el proyecto modificado de quinta Directiva)” en AA.VV., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo tercero, Civitas, Madrid, 1986, p. 120.

Comité de empresa de grupo, que el grupo contara con centros o establecimientos, *empresas controladas*, en varios Estados miembros.

Segunda.- Se establecían reglas precisas sobre la composición del Comité de empresa europeo y del Comité de empresa de grupo, en función de una escala⁷⁰⁴, y sobre la elección de sus miembros, remitiéndose a las legislaciones internas en punto a designación concreta de los miembros de los mismos. Los miembros del Comité de empresa de grupo serían elegidos: 1.- por el Comité de empresa europeo, en el caso de empresas controladas por Sociedades anónimas europeas que tuvieran obligación de constituir un Comité de empresa europeo, o 2.- por el órgano representativo existente en cada establecimiento nacional integrante de la Sociedad anónima europea, cuando la misma no estuviera obligada a constituir un Comité de empresa europeo, porque no tuviera establecimientos o centros situados en Estados miembros diferentes.

Tercera.- Ambos Comités tenían reconocidos amplios derechos de información, no sólo sobre la situación económica y proyectos de inversión de la Sociedad y sobre la situación y evolución probable del empleo, sino que, con carácter general, la Dirección de la Sociedad anónima europea estaba obligada a informar sobre cualquier aspecto de interés para la representación laboral. En la regulación del derecho de consulta destacaba sin duda que, si la Dirección de la empresa actuara en determinadas materias sin la aprobación del Comité de empresa europeo, la decisión empresarial adoptada sería nula. La nulidad de las decisiones empresariales se establecía ante incumplimientos empresariales en torno a las materias objeto de un derecho de cuasi-decisión: procedimientos relacionados con la contratación, promoción y/o despido de trabajadores; implantación de la formación profesional; establecimiento de nuevos conceptos retributivos; medidas relativas a la seguridad e higiene en el trabajo; introducción

⁷⁰⁴ El número de miembros del Comité de empresa europeo en cada centro o establecimiento venía determinado por una escala: establecimientos con 200-999 trabajadores: 2 representantes; 1000-2999 trabajadores: 3 representantes; 3000-4999: 4 representantes; más de 5000 trabajadores: 1 representante adicional por cada 5000 trabajadores empleados. En cuanto al número de miembros del Comité de empresa de grupo, la siguiente: un representante por cada establecimiento con menos de 1000 empleados; dos representantes por cada establecimiento con 1000-4999 empleados; tres representantes por cada establecimiento con 5000-9999 empleados; cuatro representantes por cada establecimiento con 10.000-19.999 empleados y, por último, un representante adicional por cada 10.000 empleados.

y gestión de *social facilities*; fijación de la hora de entrada y salida del trabajo; y fijación del período de disfrute de vacaciones⁷⁰⁵.

Cuarta.- La propuesta de Reglamento establecía también disposiciones relativas a los límites a los derechos de información -deber de sigilo si la información es calificada como secreta por la dirección de la Sociedad anónima europea- y a las garantías y facilidades que han de reconocerse a los representantes de los trabajadores para el ejercicio de sus funciones representativas. Destacaba en este sentido, por un lado, que el crédito horario podía tener la extensión que los propios representantes consideraran necesaria para el ejercicio de sus funciones en el Comité, a la par que, por otro lado, admitía que éstos pudieran ser despedidos incluso sin preaviso.

Quinta.- Otras de las notas más significativa de esta propuesta eran, por un lado, que se mencionara al convenio colectivo y que se recogiera una norma sobre articulación de la negociación colectiva: en caso de celebrarse convenios colectivos entre el Comité de empresa de grupo y la dirección de la Sociedad anónima europea, éstos tendrán prioridad sobre aquellos celebrados entre el Comité de empresa europeo y dicha dirección. Por otro lado, la propuesta de Reglamento establecía un procedimiento arbitral obligatorio para la resolución de conflictos que pudieran surgir entre el Comité de empresa europeo y la Dirección de la Sociedad anónima europea, y/o entre el Comité de empresa europeo y los órganos representativos existentes en los establecimientos nacionales, y/o disputas que pudieran surgir con el Comité de empresa de grupo.

En cuanto a la regulación de la **participación interna** destacaba lo siguiente:

Primero.- La Sociedad anónima europea debía contar obligatoriamente con un sistema dual de administración de la sociedad.

Segundo.- Salvo que se opusieran a ello dos tercios de los trabajadores de la Sociedad, un tercio del Consejo de vigilancia debía estar formado por

⁷⁰⁵ Las materias objeto de mera consulta eran las siguientes: sistemas de evaluación de puestos de trabajo y la estructura de la retribución; cierre o trasposos de actividad o centros; modificaciones substanciales en la organización de la actividad; establecimiento o finalización de una cooperación a largo plazo con otras sociedades.

representantes de los trabajadores. Se preveía una posible ampliación de la parte social si se disponía en tal sentido en los Estatutos de la Sociedad anónima europea. En cuanto a la procedencia de los representantes del banco social: cuando el número no excediera de tres, al menos uno de ellos tenía que ser una persona no empleada de la Sociedad anónima europea, y cuando excediera de cuatro, al menos dos de ellas.

Tercero.- En cuanto a la elección de los representantes laborales en el Consejo de vigilancia: 1.- cada miembro de los órganos representativos de las sociedades participantes tendría un número de votos igual al número de empleados de su establecimiento dividido por el número de miembros del órgano representativo al que perteneciera; 2.- se confeccionaría una lista de candidatos que debería incluir candidatos de nacionalidades diferentes en proporción al número de empleados en cada Estado miembro; 3.- si una lista no obtuviera el voto mayoritario en la primera vuelta, en la segunda, sólo se votaría a los dos listas que obtuvieran el mayor número de votos en la primera vuelta. Se permitía, también, a los miembros del Comité de empresa europeo, del Comité de empresa de grupo e incluso a los trabajadores de la Sociedad anónima europea -siempre que contaran con el respaldo del 10 por 100 de la plantilla o al menos de 100 empleados de la Sociedad anónima europea-, presentar una lista de candidatos para formar parte del Consejo de vigilancia.

Cuarto.- Los miembros del Consejo de vigilancia en representación de los trabajadores tendrían reconocidos los mismos derechos y obligaciones que los restantes miembros del Consejo de vigilancia (arts. 73-81) y gozarían, en todo caso, de la protección frente al despido en los mismos términos que los miembros del Comité de empresa europeo y/o del Comité de empresa de grupo.

En cuanto al **derecho a la negociación colectiva reconocido en exclusiva a la representación sindical**, la propuesta decía: 1.- que las condiciones de trabajo que se aplicarían a los empleados de la Sociedad anónima europea podrían regularse mediante convenio colectivo entre la Sociedad anónima europea y la representación sindical existente en cada centro o establecimiento; y 2.- que las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo se aplicarían automáticamente a todos los trabajadores de la Sociedad

anónima europea que estén afiliados al sindicato que sea parte en la negociación.

El propuesta de Reglamento sobre la Sociedad anónima europea de 1970 no obtuvo el voto favorable de los Estados miembros representados en el del Consejo, que exigía el artículo 235 del Tratado de Roma para su aprobación. En 1975 esta propuesta normativa fue objeto de revisión por la Comisión, que acogió numerosas sugerencias realizadas por el Parlamento Europeo⁷⁰⁶ y por el Comité Económico y Social Europeo⁷⁰⁷, y que presentó una nueva propuesta al Consejo el 13 de mayo de 1975. Esta propuesta de Reglamento sobre la Sociedad anónima europea de 1975, que tampoco fue aprobada, mantuvo básicamente el esquema participativo de aplicación obligatoria diseñado en la propuesta de 1970 pero contenía diversas modificaciones.

Las más relevantes en punto a la **participación externa** fueron las siguientes:

1.- En cuanto a la constitución del Comité de empresa europeo, se añadió el requisito adicional de que, para poder exigir su constitución, era necesario que los centros de trabajo o establecimientos tuvieran al menos 50 trabajadores, sin especificarse nada sobre el cómputo de los mismos.

2.- En cuanto a la composición del Comité de empresa europeo, ya no iban a ser de aplicación los criterios recogidos en las legislaciones de los Estados miembros referentes a la elección de los miembros de los órganos representativos de ámbito nacional. Por el contrario, se incorporaba un Anexo II a la propuesta en el que se determinaban reglas concretas sobre las condiciones que han de reunir los sujetos electores y elegibles.

3.- En cuanto a las competencias del Comité de empresa europeo se dejaba claro que éste iba a ser competente en asuntos que afectaran a más de un centro o establecimiento situados en Estados miembros diferentes pero que

⁷⁰⁶ Resolución del Parlamento Europeo por la que se introducen diversas enmiendas al texto de 1970 en J. O. n° C 93 de 7.8.74, pp. 22-54.

⁷⁰⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 25 de octubre de 1972, en J O n° C 131 de 13.12.72, pp. 32-48.

no iban a ser objeto de su competencia “aquellos asuntos o materias objeto de negociación colectiva⁷⁰⁸”. Se confirmaba así que el Comité de empresa europeo no tiene reconocidas competencias negociales más allá de las estrictamente relacionadas con las materias susceptibles de *cuasi* co-decisión. Se añadía, sin embargo, una excepción: el Comité de empresa europeo no podría negociar, ni ser parte en convenios con la sociedad anónima europea, sobre condiciones de trabajo, “*salvo que un convenio colectivo de ámbito europeo expresamente le autorice a concluir convenios complementarios*⁷⁰⁹”.

4.- En cuanto a los límites a los derechos de información, se añadía que el deber de secreto afectaría también a delegados sindicales y a expertos, y que no sería exigible con respecto al intercambio de información entre los miembros del Comité de empresa europeo y los del Comité de empresa de grupo, y entre éstos y los representantes de los trabajadores miembros del Consejo de vigilancia. Junto a ello se establecía que el Comité de empresa europeo podría dirigirse a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se encontrara domiciliada la Sociedad anónima europea, al objeto de resolver discrepancias en torno a la calificación como secreta de una determinada información.

En punto a la **participación interna**, se modificó la composición del Consejo de vigilancia, introduciéndose, a tal efecto, un sistema de cogestión paritaria tripartita: un tercio de los miembros serían elegidos por los trabajadores, otro tercio por los accionistas y el tercio restante serían miembros cooptados por esos dos grupos. Para la elección del tercio laboral, se estableció en el Anexo un procedimiento de elección con dos fases: en la primera se designarían los compromisarios por los trabajadores con derecho a voto -trabajadores de la Sociedad anónima europea o de empresas dependientes con domicilio en los Estados miembros con al menos cuatro meses de antigüedad-; y, en la segunda, los compromisarios designarían a los representantes. Estaban facultados para

⁷⁰⁸ “*Matters shall not fall within the competence of the European Works Council in so far as they are settled by collective agreement*”.

⁷⁰⁹ Es muy significativa la llamada a un “*convenio colectivo de ámbito europeo*” que no parece referida, ni a los acuerdos adoptados por el Comité de empresa europeo y el Comité de empresa de grupo, ni a aquellos adoptados por las representaciones sindicales de cada establecimiento o centro y, por tanto, de ámbito nacional. ¿Se estaba haciendo referencia entonces a la negociación colectiva europea de ámbito supra empresarial, es decir, sectorial o intersectorial?

presentar listas de candidatos: el Comité de empresa europeo, los sindicatos representados en los establecimientos de la Sociedad anónima europea, una vigésima parte de los electores de segundo grado -los compromisarios- y una décima parte de los trabajadores de la Sociedad anónima europea con derecho a voto. Para la elección de los miembros cooptados, que exigía al menos dos tercios de votos favorables, estaban facultados para proponer candidatos: la Asamblea general, el Consejo de Dirección y el Comité de empresa europeo o, en su defecto, el órgano de representación de los trabajadores que existiera en la Sociedad anónima europea o el conjunto de órganos de representación constituidos en los establecimientos.

1.2.- La propuesta de 5º Directiva de 1972.- Esta propuesta tuvo por objeto, sin lugar a duda, trasladar el exitoso sistema alemán, en concreto sus elementos relativos a la participación interna, a los demás países europeos, mediante la técnica legislativa de la armonización de las legislaciones societarias internas (art. 54.3.g del Tratado de Roma). Así, siguiendo de cerca el modelo alemán se imponía el establecimiento de un sistema dualista de administración en las sociedades: sociedades anónimas con más de 500 empleados se debían organizar obligatoriamente a través de dos órganos: un Consejo de dirección y otro, de vigilancia o supervisión, que controlaría la actuación de aquél. Una primera versión de la 5ª Directiva, pues luego hubo otras de 1983, 1990 y 1991, establecía que un tercio de los miembros del Consejo de vigilancia serían elegidos y/o revocados por los representantes de los trabajadores. No procede realizar mayores precisiones sobre esta propuesta, descartada de plano desde hace años⁷¹⁰.

1.3.- Debates en torno a la imposición de la participación interna.- Tanto las propuestas de Reglamento sobre la Sociedad anónima europea de 1970 y 1975, como la propuesta de 5ª Directiva de 1972, suscitaron el interés de la doctrina y fueron objeto de debate durante años. En especial sobre esta última, la propuesta de 5º Directiva, se produjo un amplio rechazo y numerosas

⁷¹⁰ Vid., ESTEBAN VELASCO, G., "La estructura de las sociedades anónimas...", cit., pp. 112-202; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, A. L., *Derecho Mercantil Internacional*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 193-5.

críticas⁷¹¹. Las razones por las que esta propuesta de 5ª Directiva fue rechazada se encontraban, principalmente, en el recelo de los Estados miembros, ajenos al sistema alemán, a cualquier tipo de imposición comunitaria, tanto de un sistema dualista de organización de las sociedades como de la imposición de la participación interna. Posiblemente los Estados miembros no estaban preparados para la imposición de una regulación uniforme sobre las sociedades anónimas nacionales. Existían grandes diferencias entre los principales países en torno a los sistemas de organización societaria y, además, en la mayoría de ellos, se carecía de experiencias generalizadas sobre la presencia de representantes sindicales en las más altas esferas empresariales, rasgos típicos del sistema alemán, que muchos consideraban no exportable⁷¹². El rechazo provenía tanto de instancias empresariales como sindicales.

Desde el punto de vista sindical, ya se dijo (*Supra*, cap. 2º, apartados I.1.2 y I.1.3) que, durante muchos años, numerosos integrantes del movimiento sindical europeo rechazaron enérgicamente la integración de representantes de los trabajadores en los órganos de dirección de las empresas: “Si existe una expresión capaz de provocar una condena unánime por parte de los sindicatos es la palabra integración..(..)..Integración es toda medida, todo procedimiento, toda institución dentro de la empresa, de la profesión, del país, que tienda a atar el sindicalismo a la empresa⁷¹³”.

Tampoco la clase empresarial, que debía rendir cuentas a un accionariado, aceptaba, en principio, dicha presencia. Como señalara en 1966 el Presidente de la Confederación Alemana de Asociaciones de empleadores

⁷¹¹ Vid., COLEMAN, R., “*The fifth Directive and the European company Statute*”, en *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 10/1979; DAUBLER, W., *The employee participation Directive. A realistic utopia?*, en *Common Market Law Review*, 4/1977, citados por SAEZ LARA, C. y DURÁN LÓPEZ, F., *El papel de la participación...*, cit., p. 42.

⁷¹² HADDEN, T., “*Industrial Democracy*”..”, cit., pp. 447-8: “*Co-determination in Germany is based on a long-established and precise division of power between a supervisory and an executive board which cannot easily be introduced in other countries*” (...) “*The difficulty is that there are sufficient differences in the patterns of industrial and trade unions organization in Germany to make any direct transfer of the German system to other countries impractical.*”

⁷¹³ JEANSON, A., *La société démocratique*, Cinquantième semaine sociale de France, Caen, 1963, p. 115, en “Argumentos contra ciertas formas de participación de los trabajadores en las decisiones” capítulo segundo de *La participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa*, Publicaciones de la OIT, Ginebra, 1981, p. 29.

BALKE: “La dirección de una empresa debe ser responsable ante sus propietarios y no le es posible ser eficaz si las decisiones importantes pueden ser objeto de transacciones entre grupos que representan intereses divergentes...(..)... si se extendiera la cogestión alemana.. (..).. aumentaría el poder de los sindicatos y (..)..provocaría un cambio fundamental en la estructura del derecho de propiedad y se pondrían en peligro las bases del orden social y económico libre y su desarrollo futuro⁷¹⁴”.

Con todo, desde los años setenta, la imposición de un sistema de participación interna al estilo alemán había sido objeto de consideración por la Comisión Europea y también por propios gobiernos de algunos de los más importantes países de la entonces Comunidad Económica Europea. Tanto en Francia como en el Reino Unido se estudió en profundidad cómo adaptar y trasladar el sistema alemán a sus ordenamientos internos, elaborándose, a tal efecto, el Informe SUDREAU de 1975 en Francia y el BULLOCK Report de 1977 en el Reino Unido.

En el Informe SUDREAU⁷¹⁵ de 1975, en primer lugar, se estudió la forma de conciliar el sistema alemán, que se consideraba modelo por su bajo nivel de conflictividad social, con la situación francesa, con altos índices de lucha y reivindicaciones sindicales. Fue significativo este Informe, a su vez, por su aportación de cara al estudio de la situación social y las condiciones de empleo en Francia⁷¹⁶. El Informe SUDREAU prevé por vez primera que se realice un “*balance social anual*” basado en indicadores representativos que habrían de medirse y estudiarse en cada empresa. Al año siguiente sería el propio Gobierno francés el que publicaría la Ley sobre el Balance social, incluyendo en el Código

⁷¹⁴ BALKE, S., *Extension de la cogestion en Allemagne occidentale?*, Colonia, Confederación Alemana de Asociaciones de Empleadores, 1966, p. 3, citado en “Argumentos contra ciertas formas de participación de los trabajadores en las decisiones”, capítulo segundo de *La participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa*, Publicaciones de la OIT, Ginebra, 1981, p. 31.

⁷¹⁵ Pierre SUDREAU, político francés (París 1919), fue Ministro en los gobiernos del General DE GAULLE y George POMPIDOU, diputado centrista y Alcalde de Blois en el período 1971-1989. Elaboró un Informe sobre *La reforma de la empresa*, de 7 de febrero de 1975 a petición del entonces Presidente de la República –Giscard D’ ESTAING.

⁷¹⁶ PORRET GELABERT, M., *Recursos Humanos: dirigir y gestionar personas en las organizaciones*, 2ª ed., ESIC, junio 2007, capítulo sobre “El control social de las organizaciones”, pp. 550-551.

de Trabajo la obligación, para las empresas de más de 750 trabajadores, de emitir un informe en el que declararan sus actuaciones en el área social.

El informe BULLOCK de 1977, en segundo lugar, se elaboró, tanto con vistas a resolver los problemas de la conflictividad en las empresas británicas, como en respuesta a la presentación por parte de la Comisión Europea de la propuesta de 5ª Directiva. BULLOCK⁷¹⁷, simpatizante del movimiento laborista británico, había sido designado por el gobierno de Harold WILSON para presidir un Comité de estudio sobre Democracia industrial. El Informe que se elaboró recomendaba la presencia de representantes de los trabajadores, elegidos por los sindicatos, en los órganos de dirección -sistema monista- en empresas con más de 2000 trabajadores. Estos representantes, que debían ser elegidos en votación secreta desde instancias siempre controladas por los sindicatos, formarían parte del Consejo de dirección en número igual al de los representantes del capital, y existiría a su vez un tercer grupo de miembros cooptados, elegidos por ambos, siempre en número inferior a los otros dos grupos. El Informe BULLOCK iba más allá de ser una mera proposición de introducción de un sistema de participación interna pues, desde su contenido, se impulsaban auténticas fórmulas de control obrero, que fueron ampliamente analizadas en términos de costes, considerándose por algunos como un inicio de una reforma política hacia el socialismo. Este Informe no fue adoptado de forma unánime por todos los miembros del Comité de estudio y contenía un voto minoritario firmado por tres de sus diez miembros; aquellos que representaban intereses empresariales. El BULLOCK Report cosechó grandes críticas también del movimiento sindical británico de la época, incluido el rechazo del *Institute for Workers control* fundado en 1968 por el líder marxista, Ken COATES, Profesor de la Universidad de Nottingham y miembro del Parlamento Europeo en el período 1989-1999. Al BULLOCK Report le sucedió el Libro Blanco sobre Democracia Industrial del gobierno del laborista Harold WILSON que contenía algunas propuestas, más suavizadas, del BULLOCK Report. El debate de la democracia Industrial decayó en el Reino Unido, no porque algunas de las

⁷¹⁷ Alan Louis Charles BULLOCK, Barón Bullock (1914-2004), historiador británico. El Informe BULLOCK publicado en enero de 1977 puede consultarse en Report of the Commission on Industrial democracy, London, HMSO, 1977.

propuestas no fueran interesantes sino, básicamente, por la recesión económica, el incremento del paro -inicio del *Winter of discontent*-, y la llegada al poder de los conservadores en 1979, con la elección de Margaret THATCHER⁷¹⁸.

La doctrina especializada británica estudiaba en profundidad, por aquellos tiempos, la idea de la variabilidad nacional y la dificultad de imponer reglamentaciones uniformes que pudieran ser acogidas por sistemas y prácticas jurídicas diferentes de los distintos países, presentándose a tal efecto diversas teorías sobre la convergencia o no de los sistemas o regulaciones nacionales⁷¹⁹. Así, se consideraba mayoritariamente que el punto de partida y el origen de las diferencias nacionales se encontraba, no sólo en las diferentes legislaciones sociales y societarias a nivel interno, sino también en el papel que jugaban los actores de las relaciones laborales -Estado, empresarios y sindicatos- en cada momento, en sus preferencias y en sus opciones estratégicas y ideológicas⁷²⁰. El argumento, seguido por POOLE, era que los orígenes de la diversidad debían buscarse en la naturaleza de las opciones estratégicas a las que dan lugar las implicaciones culturales e ideológicas en sentido global⁷²¹. Factores ideológicos y culturales habían sido la clave tanto en el establecimiento de los consejos de autogestión de Yugoslavia, como del sistema cooperativo en Mondragón y el de cogestión en Alemania⁷²².

⁷¹⁸ WEDDERBURN, W., *The worker and the Law*, Penguin Books, 1965, pp. 66-68 y 835-838, en la edición de 1986.

⁷¹⁹ La teoría sobre la convergencia entre las sociedades industriales se inicia en la década de los años sesenta. Sin olvidar a DUNLOP (1958) y su teoría sobre el sistema de relaciones laborales, la teoría sobre la convergencia encuentra su máximo exponente en KERR, C., *The future of industrial societies: Convergence or Continuing Diversity?* Cambridge, Mass., Harvard University press, 1983. A partir de esta teoría inicial, se suceden otras como las de convergencia parcial de DOERINGER (1981) y la de PIORE (1981). Pueden consultarse estas teorías en BAMBER G. J. y LANBURY, R. D., *International and Comparative Industrial Relations: a study of developed market economies*, Unwin Hyman, London, 1987, pp. 15-21.

⁷²⁰ SORGE, A., "The evolutions of industrial democracy...", cit., p. 163: "*the causes of major international variations in institutional types of participation may in part be located in the wider political implications, value systems, beliefs and ideologies held both by trade unions and by employers organizations and the country at large*".

⁷²¹ POOLE, M., *Relaciones Industriales..*", cit., pp. 199-228.

⁷²² BEAN, R., *Comparative Industrial Relations: an introduction to cross-national perspectives*, Routledge, London, 1989, p. 163.

Ante las dificultades que se plantearon tanto con ocasión de la presentación de la 5ª Directiva sobre la armonización del derecho societario, como de las propuestas de Reglamento sobre la Sociedad anónima europea de 1970 y 1975, la Comisión abrió un debate en 1975, cuyas importantes consideraciones, recogidas en el Libro verde sobre Participación en la empresa de 1975, significaron un importante giro en las teorías participativas dominantes hasta esa fecha. Los sistemas participativos impuestos que se pretendían regular desde el ámbito societario europeo, eran excesivamente rígidos.

Esta rigidez se manifestaba en estas primeras propuestas normativas o propuestas de primera generación pertenecientes al derecho societario, en los siguientes aspectos:

Primero.- En la imposición de un sistema dualista de administración de las sociedades.

Segundo.- En la imposición de mecanismos participativos. Ello principalmente en cuanto al régimen de la Sociedad anónima europea, que debía ser uniforme para todos los Estados miembros. No se les permitía elegir entre uno o varios de los mecanismos de participación establecidos en la propuesta de Reglamento, siendo obligatorio, en este sentido, la instauración de la participación interna, la externa y el reconocimiento obligatorio de un derecho a la negociación colectiva a las representaciones sindicales. Se ha dicho que se permitía que dos tercios de los trabajadores empleados en la Sociedad anónima europea pudieran negarse a la presencia de representantes de los trabajadores en el Consejo de vigilancia, pero dicha posibilidad se limitaba en el tiempo pues únicamente se podía ejercer esta opción al inicio de cada mandato de los miembros del Consejo de Vigilancia.

Tercero.- En cuanto a la existencia de un derecho a la negociación colectiva reconocido a las representaciones sindicales en las propuestas sobre la Sociedad anónima europea. De haberse aprobado la propuesta de Reglamento de 1975, la celebración de convenios colectivos de eficacia limitada se hubiera convertido, ya en estas fechas, en una revolucionaria obligación, ineludible para la Sociedad anónima europea si los sindicatos representados en los establecimientos de la misma así lo hubieran reivindicado.

Cuarto.- En cuanto a la regulación de los grupos de sociedades. En las propuestas sobre la Sociedad anónima europea, la constitución de la misma mediante una sociedad *holding* o mediante el establecimiento de una filial común implicaba la formación de un grupo de sociedades. Regular su régimen jurídico de forma uniforme, sobre todo en lo relativo a la participación de los trabajadores a nivel de grupo, provocó seguramente el rechazo firme de muchos Estados miembros. Ello a pesar de que la regulación propuesta no era completa, como puntualizaba el libro verde de la Comisión de 1975⁷²³.

2.- Propuestas normativas pertenecientes al ámbito del derecho social.- Forman parte también de esta primera generación de propuestas en materia participativa, dos propuestas pertenecientes al ámbito social: las propuestas de Directiva Vredeling⁷²⁴ y Vredeling Richards de 1980 y 1983, respectivamente. Estas propuestas, fundamentadas en el artículo 100 del Tratado de Roma, tuvieron por objeto regular la participación de los trabajadores en las empresas multinacionales, con una clara finalidad armonizadora de las legislaciones sociales internas (apartado 2.1). Interesa detenerse brevemente en las notas principales de estas propuestas de Directiva relativas a su ámbito de aplicación, contenido y alcance de los derechos de información y consulta, límites, procedimientos y tutela de los mismos (apartado 2.2).

2.1- La necesidad de atender al fenómeno de las empresas multinacionales.- Durante la década de los años sesenta comienza a preocupar

⁷²³ Libro verde sobre participación de 1975, anexo I, p. 189. Junto al Comité de empresa de grupo, órgano representativo de los trabajadores a nivel del grupo, debería existir un órgano de vigilancia de grupo. Es decir, se debería haber previsto el establecimiento de una institución representativa de los trabajadores del grupo para que la participación de estos trabajadores a nivel de grupo fuera al menos equivalente a las posibilidades de participación -interna- que tienen los trabajadores de una sociedad filial o *empresa controlada*. Al no estar prevista la creación de un órgano de vigilancia a nivel de grupo, la Comisión consideró que se hubieran podido plantear diversas situaciones conflictivas, por ejemplo, si determinadas decisiones de la dirección de una filial quedaban subordinadas al consentimiento previo de los representantes de los trabajadores o a la aprobación de un órgano de vigilancia que la sociedad madre no sea capaz de controlar (anexo I p. 186 del Libro Verde). En consecuencia, la solución deseable hubiera tenido que estar fundada sobre el principio de que la sociedad madre no debe tener capacidad de dar directrices a una filial, más que si las formas jurídicas de participación de esa filial tienen su equivalente al nivel del grupo que ha dado su aprobación necesaria (anexo I p. 189 del Libro Verde).

⁷²⁴ Henk VREDELING (Holanda) fue miembro de la Comisión Europea, ocupando el cargo de Vicepresidente de Empleo y Asuntos Sociales, durante el mandato del británico Roy Harris JENKINGS en el periodo 1977-1981.

en los foros internacionales el creciente poder de las empresas y de los grupos de empresas multinacionales. Se consideraba que las multinacionales habían acumulado demasiada flexibilidad operativa, pues se les había permitido ir adecuando su organización y su funcionamiento a su conveniencia, incluyéndose la posibilidad de transferir sus actividades y producciones de un país a otro a través de filiales y sucursales, basándose exclusivamente en criterios de eficiencia económica. Entre estos criterios, por ejemplo, el mayor coste o gravamen de las políticas arancelarias o tributarias existentes en los distintos países en los que se pretendían establecer. Muchos de estos criterios no aseguraban o garantizaban en su totalidad determinados estándares internacionales, no sólo con respecto al comercio y a la competitividad, sino también con respecto a la protección de los derechos de los trabajadores. Afirmaba el profesor PÉREZ VOITURIEZ que la presencia de la empresa multinacional era valorada de forma diferente en los distintos países: en los países desarrollados, valoración positiva y, en los países en vías de desarrollo o tercer mundo, valoración negativa. “Esta diferencia de actitud se observa igual en los foros internacionales, mientras los organismos de dudoso predominio tercermundista, UNCTAD, Pacto Andino y ONU, se han enfrentado a las multinacionales con una mal disimulada hostilidad, los que aglutina a países desarrollados, como la OCDE, adoptan una postura mucho más favorable, reconociendo a la multinacional unos efectos globales positivos para el país receptor⁷²⁵”.

La empresa multinacional es el prototipo de un grupo de empresas o grupo de sociedades mercantiles: una realidad económica que es difícil controlar desde el punto de vista jurídico, a la hora de levantar el velo de la personalidad jurídica y de determinar responsabilidades entre las empresas o sociedades que forman parte de un mismo grupo empresarial. No es fácil identificar a las empresas madre o matriz y a sus filiales, ni tampoco lo es determinar los nexos existentes entre éstas y/o el grado de autonomía o de subordinación que une a

⁷²⁵ PÉREZ VOITURIEZ, A., *Las sociedades multinacionales y los sindicatos mundiales ante el Derecho internacional*, Akal, Madrid, 1981, p. 28; NADAL VIGNOLO, S. M., *La empresa transnacional en el marco laboral*, Ediciones Cultura Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1983.

las mismas. Se argumenta que la finalidad de los grupos de empresas es precisamente la de constituir una agrupación de sociedades, con tantas personalidades jurídicas como sociedades integrantes, a la que no se le apliquen las reglas de control ni de responsabilidad previstas para cualquier persona jurídica⁷²⁶. Estas cuestiones lógicamente se agravan cuando se traslada el conflicto jurídico al ámbito internacional, es decir, cuando nos encontramos ante un conjunto de sociedades que operan en países distintos bajo diferentes legislaciones: “la sociedad multinacional puede utilizar impunemente varios ordenamientos jurídicos –el del Estado de origen y el del Estado huésped- para escapar de las sanciones que pudieran imponérsele⁷²⁷”. En estas fechas, en el ámbito comunitario, la única vertiente jurídica en materia de grupos de sociedades que se había podido armonizar en los Estados miembros era la contable⁷²⁸.

Desde el punto de vista de la protección de los trabajadores, la flexibilidad operativa y la estructura grupal que caracterizan a las empresas multinacionales planteaba la necesidad de atender a dos tipos de cuestiones: por un lado, la cuestión relativa a que se conservaran las ventajas obtenidas, legales o convencionales, en una relación de trabajo en el caso de que el trabajador sea trasladado de una sucursal a otra. Por otro lado, la cuestión relativa a que existieran mecanismos efectivos para que los trabajadores fueran debidamente informados y consultados, aun cuando las decisiones que les afectaban no fueran tomadas en el centro en el que trabajan, es decir, con independencia tanto de la situación geográfica del centro en el que trabajasen, como del grado de dependencia de su filial con respecto a la empresa madre. Con respecto a la primera cuestión, se adoptaría para el ámbito comunitario, en 1996, la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una

⁷²⁶ Vid., CAMPS RUÍZ, L., *Aspectos laborales de los grupos de empresas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994; MONEREO PÉREZ, J. L., *Teoría jurídica de los grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 1997.

⁷²⁷ PÉREZ VOITURIEZ, A., *Las sociedades multinacionales...*, op. cit., p. 21.

⁷²⁸ EMBID IRUJO, J. M., “Los grupos de Sociedades en la Comunidad Económica Europea (Séptima y novena Directivas)”, capítulo XXXII en AA.VV., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo tercero, Civitas, Madrid, 1983, pp. 73-110. Sobre la 7ª Directiva 83/349/CEE de 13 de junio de 1983 relativa al tratamiento contable de los grupos de empresas, Vid., TUA PEREDA, J. y GONZALO ANGULO, J., *Directrices de Derecho de Sociedades y de Bolsa*, Ediciones del Instituto de Censores Jurados de cuentas de España, Madrid, 1985, pp. 165-202.

prestación de servicios y, posteriormente, en 2006 la polémica Directiva *Bolkestein* sobre libertad de servicios. Para la resolución de la segunda cuestión, que los trabajadores empleados en grupos multinacionales estén debidamente informados y sean consultados sobre las decisiones empresariales que les afectan, se proyectaron las propuestas de Directivas Vredeling y Vredeling Richards de 1980 y 1983, respectivamente.

En el plano Internacional, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo se habían adoptado diversas Recomendaciones: Recomendación nº 94 de 1952 sobre la consulta y la colaboración entre empleadores y trabajadores en el ámbito de la empresa; la Recomendación nº 113 de 1960 sobre la consulta y colaboración entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleadores y de trabajadores en las ramas de actividad económica y en el ámbito nacional; Recomendación nº 129 de 1967 sobre las comunicaciones entre la Dirección y los trabajadores dentro de la empresa; y la Recomendación nº 143 de 1971 sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los trabajadores de la empresa. Se adoptaría también, en 1977 una Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y política social, que preveía: “la conveniencia de preavisar *los cambios en las operaciones que puedan tener efectos importantes sobre el empleo*” (punto 26); que “*no debería impedirse que los representantes de los trabajadores de las empresas multinacionales se reúnan entre ellos para consultarse e intercambiar opiniones, siempre que esto no perjudique la buena marcha de las operaciones de la empresa y los procedimientos normales que regulan las relaciones con los representantes de los trabajadores y sus organizaciones*” (punto 46); y que “*en cada uno de los países en que operen, las empresas multinacionales deberían facultar a los representantes de los trabajadores en ellas empleados para entablar negociaciones con los representantes de la dirección que estén autorizados a tomar decisiones sobre cuestiones objeto de negociación*” (punto 51).

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) había adoptado en 1976 un Código no vinculante de conducta sobre multinacionales, que contenía un conjunto de reglas en aspectos relacionados con impuestos, financiación, protección del medio ambiente, ciencia y tecnología, empleo y relaciones laborales. Este Código preveía “*el suministro de*

información sobre la actuación de la multinacional". "Las multinacionales deben suministrar a la representación de los trabajadores, en cada país que operen, la información necesaria para poder negociar sus condiciones de empleo, así como la que permite obtener una visión cierta y correcta de la entidad y de la empresa en su totalidad". Se mencionaba también en este Código que la empresa debía de preavisar con la antelación suficiente, los cambios en sus operaciones que afectaran a los trabajadores, en particular cierres y/o despidos. En concreto: "Las empresas deberán proporcionar, como mínimo con carácter anual, información sobre: 1.- estructura de la empresa, denominación y ubicación de la empresa madre y sus filiales, porcentajes de propiedad, incluidos accionistas comunes; 2.- áreas geográficas donde opera la multinacional; resultados económicos de producción y ventas de cada filial y/o área geográfica en la que opera; 3.- inversiones y líneas de producción; 4.- número de empleados en cada filial/área geográfica; 5.- inversión/gastos en investigación y desarrollo; y 6.- política de precios⁷²⁹".

Precisamente, algún autor ha mencionado que la finalidad principal de las Directivas Vredeling y Vredeling Richards consistía en dotar de fuerza vinculante a estos principios sobre multinacionales adoptados por la OCDE⁷³⁰. Estas propuestas de Directiva, fundamentadas en el artículo 100 del Tratado de Roma, tuvieron por objeto, a su vez, cubrir determinadas lagunas o vacíos normativos existentes en las Directivas clásicas de 1975 sobre despidos colectivos y de 1977 sobre protección de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, denominadas Directivas de mercado o de crisis (*Supra*, cap. 1º, apartado I.4). Estas Directivas iban dirigidas exclusivamente a los centros y empresas ubicados en los territorios nacionales de los Estados miembros pero no establecían mecanismos para tutelar incumplimientos cuando las empresas o centros se encontraban ubicados fuera del territorio comunitario. Las versiones entonces en vigor de estas Directivas de mercado, tampoco garantizaban los derechos de los trabajadores en los supuestos de los grupos de empresas y/o

⁷²⁹ Vid., BLANPAIN, R., *International Encyclopaedia for Labour relations and Industrial Relations*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, suppl. 162, septiembre 1994, pp. 5-55. VALDÉS ALONSO, A., "Algunas consideraciones sobre el contenido laboral de los Códigos de conducta", *Aranzadi Social*, vol. 3, nº 13, 2010, pp. 59-85.

⁷³⁰ PÉREZ DEL RIO, T., "La política social europea...", cit., p. 540.

en los supuestos de empresas sometidos al control o subordinación de otras. En el actual derecho vigente, el artículo 2.4 de la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos se prevé que *“las obligaciones..(..) se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el propio empresario o por una empresa que ejerza el control sobre él. En lo que se refiere a las infracciones alegadas de las obligaciones de información y consulta y notificación ..(..) cualquier justificación del empresario basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión de los despidos colectivos no le ha facilitado la información necesaria, no se podrá tomar en consideración”*; y el artículo 7.4 de la Directiva 2001/23/CE sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos: *“las obligaciones previstas...(..). serán aplicables independientemente de que la decisión conducente al traspaso sea adoptada por el empresario o por una empresa que lo controle. En lo que se refiere a las presuntas infracciones.. (..) no podrá aducirse como justificación, que una empresa bajo cuyo control se halle el empresario no facilitó la información necesaria”*.

2.2.- Notas principales de las propuestas de Directiva Vredeling y Vredeling Richards de 1980 y 1983, respectivamente.- A pesar de que las propuestas de Directiva Vredeling y Vredeling Richard no obtuvieron el voto unánime de los miembros del Consejo necesario para su aprobación (art. 100 Tratado de Roma), presentaron interesantes puntos de partida y de debate que afectarían sin duda a la evolución y al reconocimiento posterior de derechos participativos en el ámbito europeo. Interesa destacar las siguientes notas principales:

1.- En cuanto al **ámbito de aplicación**, se exigía atender a dos tipos de requisitos, el tipo de empresa y el número de trabajadores empleados. Las propuestas iban dirigidas a empresas nacionales de estructura compleja y a empresas multinacionales. La noción de *empresa de estructura compleja* se establecía, en la propuesta de 1980, en atención a nociones de control, y a través de una serie de presunciones, para determinar cuál es la empresa dominante y cuáles son sus empresas filiales. En concreto, *“un establecimiento será considerado como filial de otro, que se denominará dominante, cuando éste directa o indirectamente, a.- controle la mayoría de los votos referentes a las*

acciones o b.- controle la designación de al menos la mitad de los miembros de los órganos de dirección o supervisión en los que estos controlan la mayoría de los votos”. En la versión de 1983, se suprimen las definiciones y se remite la propuesta al artículo 1 de la 7ª Directiva 83/349/CEE, relativa a cuentas consolidadas. En cuanto al número de trabajadores empleados, la propuesta de 1980 exigía un mínimo de 100 trabajadores empleados en el conjunto de los centros ubicados en territorio comunitario, pero no se establecía ninguna en cuanto al cómputo. En la propuesta de 1983 se amplía el número a 1000 pero tampoco se establecía cómo han de computarse. En el caso de la empresa multinacional, se requieren 1000 empleados en el conjunto de la Comunidad, aunque la empresa matriz no tenga su sede social en ésta (arts. 1 y 2).

2.- Se establecía el concepto de **empresa responsable del cumplimiento de las obligaciones de información y consulta en territorio comunitario**. Si la empresa matriz no designara a un responsable, la versión de 1980 establecía que *“asumirá dicha responsabilidad la dirección del establecimiento situado en la Comunidad que emplee al mayor número de trabajadores”*. En la versión de 1983, por el contrario, se prevé que, ante la ausencia de responsable, serían cada una de las filiales las que asumirán sus respectivas responsabilidades y no aquella que tenga mayor número de trabajadores.

3.- Se preveía el **mecanismo by-pass clause** o la posibilidad de que los trabajadores se dirijan directamente a la empresa matriz, esté o no situada en territorio comunitario, en el supuesto de que las filiales incumplieran sus obligaciones en materia de información y consulta⁷³¹.

4.- En cuanto a los **derechos de información**, se reconocían a los representantes de los trabajadores, según lo dispuesto en las legislaciones nacionales, el derecho a solicitar a la empresa matriz información sobre: a.- estructura y distribución de puestos (*manning*); b.- situación financiera y

⁷³¹ En la propuesta de 1980 se establecía que los representantes habían de solicitar a la empresa matriz la información y ésta tenía que proporcionársela. Sin embargo, en la propuesta de 1983, se modifica el procedimiento: los representantes han de solicitar por escrito y en plazo de 30 días -desde que ésta hubiera tenido que ser comunicada- y la empresa matriz remite la información solicitada a las empresas filiales para que sean éstas las que las transmitan a los representantes.

económica; c.- situación y evolución probable del negocio, producción y ventas; d.- situación y evolución probable del empleo; e.- proyectos de producción e inversiones; f.- proyectos de racionalización; g.- métodos de fabricación e introducción de nuevos métodos de trabajo; h.- todos los procesos y proyectos que afectar substancialmente los intereses de los trabajadores (artículo 3.2). En la propuesta de 1983 se suprimen los apartados f, g y h del artículo 3.2. En cuanto a la periodicidad de la información: como mínimo cada seis meses en la versión de 1980 y, cada doce, en la de 1983; en este último caso, *“en fecha fija”*.

5.- En cuanto a los **derechos de consulta**, en ambas propuestas se establecía que las decisiones empresariales a consultar previamente a su adopción, eran las siguientes: *“cierre o traslado; modificaciones o restricciones de actividad; modificaciones importantes en la organización, métodos de trabajo, procesos de fabricación; establecimiento de cooperación duradera con otras empresas o cese de la misma y medidas que afecten a la salud y seguridad en el trabajo”*. Nada se decía en ninguna de las propuestas sobre el alcance del derecho de consulta, aunque no parecía que éste fuera a tener carácter vinculante para la empresa matriz.

6.- En cuanto a los **límites al derecho de información**, en la propuesta de 1980 se recogía un tímido deber de discreción, sin más especificaciones que la referente a que *“los representantes han de tener en cuenta los intereses de la empresa si divulgan la información a terceros”*. En la propuesta de 1983, por el contrario: 1- se permitía ocultar información que sea calificada como secreta -aquella que pueda producir grave perjuicio para los intereses de la empresa o hacer fracasar sus proyectos-; y 2- se obligaba a los Estados miembros al establecimiento de mecanismos e instancias -tribunales u otros- para resolver discrepancias sobre la calificación de una determinada información.

7.- En cuanto a la **tutela** de los derechos de información y consulta, las propuestas se remitían a las disposiciones que sobre la materia adopten los Estados Miembros. Únicamente en el caso de incumplimiento de las obligaciones de consulta, se especificaba que los Estados miembros tendrían que asegurar el derecho de los representantes de los trabajadores a dirigirse a un tribunal u otra autoridad nacional competente, que adoptará las medidas que

procedan, en un plazo máximo de 30 días, para que la dirección del establecimiento cumpliera con sus obligaciones de consulta.

3.- Cambio de enfoque en materia participativa: el origen de la participación negociada versus la participación impuesta.- Las propuestas de Directiva Vredeling y Vredeling Richards de 1980 y 1983 fueron objeto de un fuerte rechazo, proveniente principalmente del gobierno británico, y en menor medida del danés, pero también desde diversos sectores empresariales y desde la propia UNICE, Asociación de empleadores de ámbito europeo (apartado A). Estos hechos contribuyeron en buena medida a provocar un cambio de enfoque en cuanto a la regulación de la participación de los trabajadores en las empresas, que se produciría seguramente a finales de la década de los años ochenta (apartado B). En este contexto se va gestando el concepto de participación negociada versus participación *ex lege* o impuesta (*Supra, cap. 2º, apartado I.1.4*), que sería el sistema dominante en las propuestas de normativas de segunda generación (*Infra, cap. 2º, apartado IV*).

A.- El fuerte rechazo a las propuestas Vredeling y Vredeling Richards.- En estas fechas el gobierno británico lideró, en buena medida, el rechazo a cualquier avance comunitario en materia social colectiva. Con la llegada al poder de Margaret THATCHER en 1979, junto con la severa recesión económica que produciría la crisis del petróleo de 1973, se presentaba el momento idóneo para un cambio sustancial en el sistema de relaciones laborales y en la política social y económica de este país. Ello va a tener como consecuencias principales el ataque fulminante al movimiento sindical -el 50% de la población pensaba en 1979 que las huelgas era el problema principal del país- y el abandono de décadas de participación de los sindicatos en la planificación económica y en la esfera pública a través de Pactos sociales⁷³². Se produjo, además, un incremento considerable, a todos los niveles, del tradicional sentimiento británico antieuropeo. En este sentido, el famoso discurso de Margaret THATCHER en Brujas: *“Ciertamente no hemos redimensionado los*

⁷³² METCALF, D., *Labour legislation 1980-1990: philosophy and impact*, London School of Economics mimeo (ejemplar multicopiado), London, 1990.

*confines del Estado en Gran Bretaña, para ver cómo se nos impone de nuevo a nivel europeo*⁷³³”.

El ataque frontal a las propuestas Vredeling y Vredeling Richards se materializaría principalmente a través de la UNICE, que consideraba que estas propuestas desbordaban totalmente la competencias legislativas de la entonces Comunidad Económica Europea: “con esta Directiva, la Comisión no se propone, como autoriza el Tratado, a proceder a una armonización de las legislaciones nacionales vigentes, sino más bien a completar las legislaciones con un régimen que no existe en ninguno de los Estados miembros...(..) transformar las Recomendaciones no vinculantes de la OCDE en una legislación comunitaria obligatoria constituiría una interferencia a los instrumentos internacionales en vigor y sería contraria al Tratado de Roma⁷³⁴”.

Que se promoviera una cierta institucionalización de la representación laboral a nivel internacional, por la vía de los existentes órganos a nivel de grupo y/o mediante la creación *ex novo* a nivel supranacional, no casaba bien con las políticas de gestión de las multinacionales que, en términos generales, se oponían a la obligatoriedad de transmitir información *empresarial* por temor a que ésta pudiera utilizarse en una futura negociación de condiciones de trabajo. Como nota a señalar destaca que en estas fechas, principios de los años ochenta, se presentaron en el Congreso de los Estados Unidos cuatro propuestas legislativas que tenía por objeto incrementar la protección de los intereses de las multinacionales *-business secrets-* y prohibir el traspaso de información a las filiales europeas⁷³⁵. Junto al miedo que suscitaba una posible negociación de ámbito supranacional, se apreciaba también que existía un terror excesivo al llamado *by-pass clause* o procedimiento que, de haberse aprobado la Directiva Vredeling Richards, hubiera permitido a los trabajadores dirigirse

⁷³³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El Derecho social comunitario...*, cit., p. 43.

⁷³⁴ OIT, “Participación y empresas multinacionales”, en *La participación en la empresa 1981-1985*, Colección Informes OIT, p. 319.

⁷³⁵ DANIS, J. J. y HOFFMANN, R., “From the Vredeling Directive to the European Works Council Directive: some historical remarks”, en *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 1, nº 2, abril 1995, pp. 183-185.

contra una empresa matriz ante los incumplimientos de las obligaciones de información y consulta de sus empresas filiales. La UNICE formuló al respecto los siguientes comentarios: “El plan propuesto tendría el efecto de minar la autoridad y falsear la interpretación de las responsabilidades legales de la dirección legal de las empresas, permitiendo en ciertos casos, a los representantes de los trabajadores, dirigirse sin mediación alguna a la dirección. Ello haría más lento el procedimiento de adopción de decisiones y más pesadas las tareas administrativas de las empresas y, además, pondría en cuestión el sistema actual de relaciones profesionales, sin que por ello se ofrecieran a los trabajadores una protección mayor...(..). con la adopción de la propuesta, se comprometería la competitividad de las empresas y se tendería a desalentar las inversiones⁷³⁶”.

B.- Cambio de enfoque en materia participativa a finales de los años ochenta.- El rechazo frontal a las propuestas Vredeling y Vredeling Richards marcaría el inicio de un cambio de enfoque en materia participativa en el ámbito comunitario. La política de armonización de las legislaciones internas imperante entonces en el acervo social comunitario, y que caracterizaba a las propuestas participativas de primera generación, encontraba serias dificultades de avance por una serie de motivos, principalmente los siguientes:

Primero.- Por las notables diferencias nacionales existentes en cuanto a los sistemas de representación y participación en la empresa⁷³⁷. La propia Comisión Europea había ya advertido en el Libro verde de 1975 de que las diferencias entre los Estados miembros en materia participativa eran insalvables.

Segundo.- Por la imposibilidad de armonizar instituciones aparentemente iguales que juegan un papel distinto en los diversos países: “las distintas

⁷³⁶ OIT, “Participación y empresas multinacionales...”, cit., p. 321. Puede verse también, VANDAMME, J., “La proposition de directive de la Commission sur l’information et la consultation des travailleurs dans les entreprises multinationales”, en AA.VV., *L’information et la consultation des travailleurs dans les entreprises multinationales*, Collection de l’Institut de Recherche et d’information sur les multinationales, París, 1984, pp. 180-201.

⁷³⁷ CASAS BAAMONDE, M. E., “Subsidiariedad y flexibilidad...”, cit., p. 3; CRUZ VILLALÓN, J., “La información y consulta...”, cit., pp. 11-14.

instituciones que integran un ordenamiento componen un todo vinculado entre sí, difícilmente escindible⁷³⁸”.

Tercero.- Por las dificultades que suponía imponer modelos participativos en sistemas jurídicos nacionales en los que predominaban los convenios colectivos como fuente del derecho laboral⁷³⁹.

En materia participativa, se consideraba por la doctrina, principalmente británica, que eran los ámbitos y la estructura de la negociación colectiva, junto a la centralización o descentralización del movimiento sindical y/o su fuerza sindical, los factores que mejor podían explicar que existieran concepciones tan distintas sobre la participación en la empresa en distintos países europeos⁷⁴⁰. En Alemania, la centralización de la negociación colectiva, a partir de la unión del movimiento sindical en la Confederación Alemana de Sindicatos (DGB) creada en 1949, se consideró que fue el factor determinante en la consolidación posterior de su sistema de cogestión o co-determinación⁷⁴¹. Por el contrario, la descentralización de la negociación colectiva típica del Reino Unido, junto a la existencia de poderosas organizaciones de trabajadores a niveles locales, tuvieron como resultado su tradicional rechazo a mecanismos de participación que pudieran establecerse en niveles superiores al propio centro de trabajo; ámbito en el que se llega a cabo principalmente la negociación colectiva en el Reino Unido. Así, el grado de centralización o de descentralización del movimiento sindical, el poder sindical, en cada país va a determinar en gran medida también el nivel de aceptación, y la posterior eficacia, de los sistemas participativos. Para algunos autores, un Estado fuerte y represivo con el movimiento obrero en sus inicios se identifica con la imposición de mecanismos

⁷³⁸ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “Perspectivas del Derecho Social...”, cit., p.10.

⁷³⁹ CRUZ VILLALÓN, J., “La información y consulta...”, cit., p. 12.

⁷⁴⁰ BEAN, R., *Comparative Industrial Relations...*, op. cit., p. 164, citando a CLEGG, H. A., *Trade unionism under collective bargaining: a theory base on comparison of six countries*, Basil Blackwell, Oxford, 1976: “The level at which collective bargaining is conducted (plant level or industry level) is a vital factor in explaining the differences between the attitudes of the United States and continental Europe unions toward worker participation schemes”.

⁷⁴¹ Según CLEGG, H. A., *Trade unionism...*, cit., p. 97; POOLE, M., *Relaciones Industriales...*, cit., p. 216: “un cambio interno en el lugar de la negociación colectiva puede tener profundas repercusiones sobre las características del mecanismo de participación”.

de participación por la vía legislativa -Alemania, Francia, Holanda y Luxemburgo- a nivel de planta o centro de trabajo. Sin embargo, en el caso británico, y también en los países escandinavos y en Suiza, una menos severa restricción del asociacionismo sindical en sus inicios, con fuerte implantación sindical a nivel de planta, dificulta o imposibilita una imposición legal posterior de sistemas, tanto de representación unitaria, como de participación institucional o colaborativa⁷⁴².

En torno a la variabilidad nacional o diferencias entre las regulaciones sociales en los Estados miembros, POOLE⁷⁴³, elaboró en 1986 su teoría sobre los *orígenes de la diversidad*, en la que explicaba que la distribución de poder, no sólo en el sistema de relaciones laborales sino también en la sociedad en su conjunto, en un determinado país y periodo temporal, resultaba básica para explicar estos orígenes de la diversidad. Junto a ello, el mecanismo participativo elegido en un momento temprano en la historia de una nación representaba un punto de referencia indispensable para entender esta diversidad. La opción elegida podría verse posteriormente reactivada o modificada a partir de determinados periodos de letargo⁷⁴⁴. En este sentido, se señalaba que los momentos de innovación institucional en materia participativa habían coincidido estrechamente con las oleadas de conflicto industrial. Así, la reforma de los mecanismos participativos existentes en determinados países se había producido cuando los movimientos laborales eran fuertes y habían aparecido crestas en las mediciones sobre la conflictividad social. A raíz de las huelgas que azotaron Europa a finales de los años sesenta -Mayo del 68-, se habían producido importantes cambios: tanto el reconocimiento de la actividad sindical a nivel de fábrica -Bélgica, Francia e Italia- como reformas en los procesos de toma de decisiones en la empresa -Dinamarca, Noruega, Suecia y Alemania-. Posteriormente, sin embargo, decía POOLE, la promoción e imposición legal, incluyendo políticas públicas y disposiciones legales, habían sido más importantes a la hora de determinar las diferencias entre naciones que los

⁷⁴² BEAN, R., *Comparative Industrial Relations: an introduction to cross-national perspectives*, op. cit., p. 171.

⁷⁴³ POOLE, M., *Relaciones Industriales...*, cit., p. 223.

⁷⁴⁴ RAMSAY, H., "Cycles of control", *Sociology*, II, 1977, pp. 481-506, citado por POOLE, M., *Relaciones Industriales...*, cit., p. 225.

propios factores económicos y tecnológicos de cada país: “Lo que más influye es el soporte legal. Factores como el tamaño y las diversas dimensiones de la estructura organizativa, así como de las orientaciones de los empresarios, representantes sindicales y trabajadores tienen un impacto muy pequeño cuando se comparan con los efectos mayores de soportes legales o de otro tipo⁷⁴⁵”.

En este contexto, a finales de los años ochenta, se produce un importante cambio de enfoque en cuanto a la actuación del legislador comunitario en materia participativa. Su efecto más inmediato es que comienzan a fragmentarse los derechos participativos, a desligarse los derechos de información y consulta a los trabajadores, por un lado, de los derechos de participación interna, por otro (*Supra*, cap. 2º, apartado 1.2.2). Quizás con la intención de obtener el beneplácito de los Estados miembros más reticentes a la imposición legal de determinados sistemas participativos, la Comisión Europea suaviza sus propuestas en esta materia, alejando del centro de los debates el incómodo término cogestión o participación interna. Así, en una Comunicación de la Comisión de 1989 relativa al Programa de acción para la aplicación de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989, se aprecia claramente esta postura comunitaria y su hoja de ruta de futuro en materia participativa:

1.- *“la participación es un logro comunitario en materia de seguridad y salud”*. Ese mismo año, 1989, se aprobaba la Directiva marco 89/381/CEE sobre seguridad y salud en el trabajo;

2.- *“la participación interna es un debate abierto en el ámbito de la Sociedad europea”*, dando a entender que no es debatible en otros ámbitos, ni empresas de estructura compleja ni de dimensión comunitaria; y,

3.- *“la participación financiera o distribución de beneficios empresariales es muy ventajosa y ha de promoverse⁷⁴⁶”*.

⁷⁴⁵ *Industrial Democracy in Europe International Research Group* (IDE), Oxford, Clarendon Press, 1981, citado por POOLE, M., *Relaciones Industriales...*, cit., p. 200.

⁷⁴⁶ COM (1989) 568 final, pp. 32-33. Este documento, que constituye propiamente el Programa de Acción en materia social de 1989, y a los tres informes de la Comisión sobre la aplicación de la Carta de 1989: COM (1991) 511 final, COM (1992) 562 final y COM (1993) 668 final, ya no están disponibles en Eurolex. Pueden consultarse en la página web de la Universidad Carlos III de Madrid (uc3m.es/biblioteca).

A su vez, en un apartado relativo a nuevas iniciativas en materia de información, consulta y participación, donde curiosamente se presentan los derechos participativos de forma unitaria, esta Comunicación de 1989 anuncia dos nuevas iniciativas: 1.- *“un nuevo instrumento comunitario relativo a los procedimientos de información, consulta y participación de los trabajadores de empresas de dimensión comunitaria”*; y 2.- *“otro instrumento comunitario relativo al accionariado y a la participación financiera de los trabajadores por cuenta ajena”*. La Comisión se pronunciaba en los términos siguientes: *“La Comisión considera, a propósito de este tipo de empresas (transnacionales) que conviene insistir a los gobiernos y a sectores interesados acerca de la necesidad de establecer sistemas adecuados sobre información y consulta (aquí se menciona a la información y consulta, pero no a la participación interna). Las ideas relativas a la participación cobran actualidad. Los enfoques son, sin duda, diferentes en cada Estado Miembro, pues las tradiciones y conceptos no son iguales en todos los países de la Comunidad. No obstante en el ámbito de la seguridad y salud en el lugar de trabajo la participación es ya un logro comunitario y está abierto el debate acerca del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea”*.

IV.- SEGUNDA GENERACIÓN DE PROPUESTAS COMUNITARIAS SOBRE DERECHOS PARTICIPATIVOS.

1.- La participación negociada y flexible en el marco de la nueva empresa europea.- Si, como se dijo, la primera generación de propuestas normativas relativas a los derechos participativos se caracterizaban por el recurso a la técnica de la armonización de las legislaciones internas, las propuestas normativas de segunda generación presentan como nota común el abandono de dicha unificación o armonización de legislaciones internas, que se pretendía llevar a cabo con la finalidad de obtener fórmulas idénticas de participación interna o externa, abriéndose paso los conceptos de participación negociada y flexible frente a los de participación impuesta o *ex lege* (*Supra*, cap. 1º, apartado I.1.4). Así, es el recurso a la negociación colectiva, a la negociación entre las partes sociales, la que va a determinar el tipo o forma de participación flexible que habrá de observarse. Las propuestas pertenecientes a esta segunda

generación no buscan ya la armonización de regulaciones internas o sistemas o instituciones, sino más bien, como señalara VALDÉS DAL-RÉ, la armonización por objetivos: “..(...) manejan un método enderezado a flexibilizar la relación entre el objetivo común asignado a la acción comunitaria -que los trabajadores influyan en las empresas- y los medios de instrumentación de ese objetivo...(..).. estas propuestas ya hacen visibles la necesidad de conciliar la variedad de los modelos nacionales de participación⁷⁴⁷”.

Estas propuestas de segunda generación, junto a la Directiva sobre Comités de empresa finalmente adoptada en 1994, actualmente derogada y sustituida por la Directiva CEU 2009, constituyeron fases indispensables en la evolución hacia la actual normativa comunitaria en materia participativa. Todas ellas, en contraposición con las propuestas de la primera generación, pretendían introducir sistemas participativos más flexibles, normativa más procedimental, necesaria para acoger los cambios y los nuevos enfoques en materia participativa que se fueron produciendo durante la década de los años ochenta, que debían poder ser acogidos en las empresas europeas.

La realización imparable del mercado interior, a partir del Acta Única Europea de 1987 y, en mayor medida, la aprobación del Tratado de Maastricht de 1992 que supuso el inicio sin retorno de la integración política y económica de la Unión Europea, pusieron de manifiesto la necesidad de consolidar la marca Europa. La internacionalización o globalización de la actividad económica incrementó la competencia entre las empresas, tanto a nivel nacional produciendo importantes cambios en éstas, como a nivel europeo. Según algún autor, “durante la década de los años ochenta se produce la creación de *eurocampeones*, ya que para aprovechar el potencial que genera el mercado único es necesario favorecer un proceso de concentración de capitales con objeto de que las empresas multinacionales europeas puedan explotar al

⁷⁴⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F., “La implicación de los trabajadores...”, cit., p. 4. Sobre el alcance de la expresión “formas diversas de participación” en la Constitución Española, VALDÉS DAL-RÉ, F., “La participación de los trabajadores en la empresa: el marco constitucional”, Relaciones Laborales nº 11, 2013, pp. 1-12.

máximo economías de escala⁷⁴⁸". Así, para poder mantener su competitividad, las empresas comenzarían una dinámica de fusiones, concentraciones y absorciones. Se trataba de situarse en mejor posición en el ámbito internacional, acaparado en es momento por empresas multinacionales japonesas y americanas.

Según datos de la Comisión, en el XIX Informe sobre política de la competencia de 1990, entre 1988 y 1989, de las 1000 mayores empresas industriales de la Comunidad, 197 participaron en una concentración comunitaria; entre 1983 y 1984 sólo fueron 29 las que participaron⁷⁴⁹. A finales de los años ochenta y principios de los noventa, se fue generando un aumento considerable en el número de empresas y de grupos que operarían en el ámbito comunitario. En estas nuevas empresas europeas, definidas por GUARRIELO como "empresas transnacionales conectadas a la creación y al funcionamiento del mercado interior y sometidas a la regulación comunitaria", se produjeron también importantes cambios. La necesidad de afrontar los retos de la globalización, en el marco de políticas comerciales neo-liberales, provocaría un incremento de los procesos de deslocalización o traslados de producción de unos países a otros. A la par que la expansión y globalización de los mercados financieros y de los mecanismos de regulación de los mismos, significaría la paulatina disminución del papel de los Estados en el control de sus actividades económicas y comerciales.

Evidentemente, todo esto va a tener importantes repercusiones en el plano o ámbito de las relaciones laborales, es decir, en la relaciones de poder entre los principales actores sociales. Muy probablemente estas nuevas empresas europeas, que operaban en el mercado europeo, iban a poder controlar en mayor medida las estrategias de negociación colectiva empresarial a lo largo de los países comunitarios, llegando incluso a imponer nuevas formas de representación y de participación en estas empresas transnacionales. En la década de los años ochenta se suceden las recetas sobre nuevas políticas de

⁷⁴⁸ POSADA, X. E., "Los Comités de Empresa Europeos en el marco de la realidad transnacional", El Proyecto, Revista de Teoría y Práctica Sindical de USO, nº 24 marzo 1995, pp. 35-57.

⁷⁴⁹ D.O. nº C 295 de 22.10.94 p. 64.

gestión de personal, ahora se van a denominar *Recursos Humanos*, que defenderían la integración/ participación del personal en la empresa al más puro estilo japonés⁷⁵⁰. Se pretendía conseguir una mayor productividad/ competitividad de la empresa a través del incremento de la motivación, bienestar y de la tantas veces nombrada participación de los trabajadores, asimilada a su participación individual en el puesto de trabajo. Es la época de los círculos de calidad y de los grupos de participación. Los primeros aparecerían en Japón a partir del año 1949, y se desarrollarían durante la década de los años sesenta. Como señala GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, a partir de los setenta los norteamericanos empezarían a estudiar primero e importar después los sistemas japoneses de producción y de concepción de la calidad; sistemas que llegarían a Europa a finales de los setenta de la mano de las empresas multinacionales del sector del automóvil. Mientras que estos círculos nacieron con la pretensión de abarcar temas de calidad, los grupos de participación abordaban todo tipo de cuestiones relacionadas con el trabajo habitual de sus miembros “con la finalidad de participar en el proceso de toma de decisiones empresarial y no en el poder de decisión⁷⁵¹”.

En el plano de las relaciones colectivas, los primeros grupos empresariales europeos en los que se celebraron acuerdos de participación de los trabajadores fueron Thompson, Bull, BSN, Elf-Aquitane, Péchiney, Saint Gobain, Rhône-Poulenc, Allianz, Volkswagen, Mercedes Benz, Nestlé⁷⁵². Estos acuerdos han sido denominados por la doctrina como acuerdos pre-Directiva CEU 1994 pues se trata de acuerdos voluntarios adoptados con anterioridad la aprobación de esta Directiva comunitaria⁷⁵³. En muchas ocasiones estos

⁷⁵⁰ OUCHI, W., *Theory Z: How american business can meet the Japanese Challenge*, Addison-Wesley, Reading (Mass.) y Menlo Park (Cal.), 1981; SHIRAI, T., *Contemporary Industrial Relations in Japan*, University of Wisconsin Press, Madison, 1983; WICKENS, P., *The road to Nissan*, MacMillan Press, London, 1987.

⁷⁵¹ GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, S., *La participación de los trabajadores..*”, cit., pp. 22-24.

⁷⁵² OIT, *Empresas multinacionales: Información y consulta sobre sus planes de obra*, 1986; NORTHROP, H. R., CAMPBELL, D. C. y SLOWINSKI, B. J., “La consulta obrero-patronal en el ámbito multinacional europeo: su resurgimiento en el presente decenio”, *Revista Internacional del Trabajo* vol. 107, nº 4, 1988, pp. 523-531.

⁷⁵³ GOLD, M. y HALL, M., *Report on European-level Information and Consultation Multinational Companies -an Evaluation Practices*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 1992; GUARRIELLO, F., “Accordi di gruppo e struttura di rappresentanza

acuerdos eran el resultado de iniciativas unilaterales de la dirección central. Muchos de ellos tuvieron por objeto una mera incorporación de representantes de los trabajadores de los centros de otros Estados miembros al comité de grupo nacional regulado por la correspondiente legislación nacional -ello ocurre principalmente en empresas/grupos con dirección central alemana o francesa-. En cuanto al contenido de los acuerdos, algunos establecían procedimientos -formales e informales- de información -en ocasiones también de consulta-; otros, llegaban incluso a crear comités *ad hoc*, u órganos de representación, de diversa denominación y composición, en unos casos de origen sindical y en otros de origen electivo. En general estos acuerdos eran bastante limitados -algunos incluso son verbales- y, además, de dudosa eficacia jurídica⁷⁵⁴.

Es en este contexto en el que se van gestando los nuevos conceptos de participación negociada y de participación impuesta o *ex lege*, que estarán presente en la Directiva CEU de 1994, y en otras propuestas normativas participativas que se elaboraron a finales de los años ochenta y principios de los noventa y que no llegaron a aprobarse por falta de consenso entre los Estados miembros de la Unión. Tanto la Comisión Europea como los gobiernos de los Estados miembros eran conscientes de la importancia, tanto de proteger la competencia de las empresas y grupos europeos en el mercado internacional, como de integrar a los trabajadores en este proceso. De ahí que, a partir de estos momentos, se fueran abandonando los objetivos iniciales de imposición uniforme y armonización de legislaciones para ir dando paso a una nueva filosofía más flexible, apoyada en la promoción de la autonomía colectiva y en la necesidad de acoger la variabilidad nacional, que permitiera, reduciéndose expectativas iniciales, sacar adelante proyectos normativos en materia participativa anteriormente abandonados. Había que vender la marca Europa, sobre todo de cara a una, entonces, futura y costosa ampliación hacia el este y centro de

europée”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, num, 53, 1992. MARGINSON, P., “European Integration and Transnational Management-Union Relations in the Enterprise”, *British Journal of Industrial Relations (BJIR)*, nº 4, 1992; CRUZ VILLALÓN, J., “La información y consulta...”, cit., p. 15; POSADAS, X. E., “Los Comités de Empresa Europeos...”, cit., p. 49; APARICIO TOVAR, J., “¿Ha incluido el Tratado de Maastrich...”, cit., p. 92.

⁷⁵⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Información y consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: el modelo negocial”, *Relaciones Laborales* 19/1995, p. 9.

Europa, y la dimensión social o el Modelo social europeo, era un buen producto (*Supra, cap. 1º, apartado V.1*).

La flexibilidad que caracteriza a la participación negociada y, como se verá, las enormes vías de escape de la única norma participativa aprobada durante este periodo, la Directiva CEU de 1994, hacen que deba cuestionarse hasta qué punto ha sido efectiva una normativa comunitaria que abandona el objetivo de armonizar legislaciones internas por la vía legislativa tradicional y lo sustituye por una muy cuestionable vía negociada, en un sistema jurídico, el comunitario, en el que ésta institución no ha alcanzado los necesarios estándares comunes europeos que necesitaría consolidar para asegurar la tutela efectiva de los derechos participativos en el ámbito europeo. Algunos autores señalan, en este sentido, que el mayor grado de participación de los trabajadores en las empresas, o la mayor influencia que parece que ejercían en las decisiones empresariales a finales de los años ochenta y principios de los noventa, tenían su origen en un impulso interno de las empresas y en factores endógenos y no en formas institucionales impuestas imperativamente por disposiciones legales como expresión de un propósito político de distribución de poder dentro de la empresa⁷⁵⁵. Otros autores, al extremo, han argumentado que es probable que todos estos desarrollos participativos voluntarios o impuestos por las direcciones empresariales supusieron una amenaza para un mayor desarrollo y consolidación de la negociación colectiva europea de ámbito sectorial⁷⁵⁶.

2.- Propuestas normativas sobre participación negociada equivalente.- La primera propuesta normativa de segunda generación, la propuesta de Directiva sobre la posición de los trabajadores en la Sociedad anónima europea de 1989, es un ejemplo de participación negociada equivalente que significa, a grandes rasgos, que podrá optarse por sistemas de participación interna o externa o por otro modelo que sea equivalente a alguno de los dos

⁷⁵⁵ RIVERO LAMAS, J., "Participación y representación...", cit., p. 499.

⁷⁵⁶ MARGINSON, P. y SISSON, K., "The structure of Transnational Capital in Europe: the emerging Euro-company and its implications for Industrial Relations" en HYMAN, R. y FERNER, A., *New frontiers in Industrial Relations...*, cit., pp. 15-51.

anteriores, siempre que se respete el régimen jurídico previsto en la normativa para estas modalidades.

A pesar de la no aprobación de las propuestas de la Sociedad anónima europea en 1975 (*Supra, cap. 2º, apartado III.1.1*), no se abandona en el seno de la Comunidad la intención de regular la Sociedad anónima europea, indispensable para reforzar la cooperación entre las sociedades radicadas en territorio comunitario. Hubo que esperar no obstante hasta el año 1987 para que se re-iniciaran los trabajos que darían como fruto la presentación de una nueva propuesta sobre el Estatuto de la Sociedad anónima europea en 1989⁷⁵⁷. Muy importante fue el impulso del entonces Presidente de la Comisión, Jacques DELORS, para retomar la idea de la aprobación del Estatuto sobre la Sociedad anónima europea. La nueva normativa se fundamentaba en los artículos 100 A y 54 del Tratado de Roma. Como se dijo, el apartado A del artículo 100 del Tratado de Roma, introducido por el Acta Única Europea, preveía la adopción, por mayoría cualificada *“de medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior”* (*Supra, cap. 1º, apartado II.1*). El artículo 54 del Tratado de Roma exigía, en su apartado segundo, el voto unánime de los miembros del consejo para la aprobación de Directivas *“referentes a la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento existentes dentro de la Comunidad”*. La proyectada normativa sobre la Sociedad anónima europea de 1989 fue posteriormente modificada en 1991, previos Dictamen del Comité Económico y Social Europeo⁷⁵⁸ y Resolución del Parlamento Europeo⁷⁵⁹.

Lo primero que llama la atención es que el instrumento normativo elegido para regular las materias referentes a la participación de los trabajadores en la

⁷⁵⁷ Memorándum de la Comisión de 15.7.88 sobre Mercado Interior y cooperación industrial - Estatuto de la Sociedad Europea- Libro blanco sobre el mercado interior, punto 137, COM (88) 320 final.

⁷⁵⁸ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 24 de noviembre de 1988, DO nº C 23 de 30.1.89.

⁷⁵⁹ Resolución del Parlamento Europeo sobre el Memorándum de la Comisión, de 16 de marzo de 1989, DO de 17.4.89.

Sociedad anónima europea es ahora una Directiva. Que se optara por una Directiva que, a diferencia del Reglamento, no es directamente aplicable y necesita norma nacional de desarrollo, significaba que se iba a dejar mayor libertad a los Estados miembros a la hora de adecuar la norma comunitaria a la estatal pues, en el supuesto de la Directiva, el legislador nacional puede realizar los ajustes que convengan en la norma interna de transposición. La opción por una Directiva, señalaba RODRÍGUEZ PIÑERO, “posiblemente no sea tanto una razón técnica, sino más bien condicionamientos de carácter político..(..).. se reduce la intensidad del instrumento a una Directiva meramente coordinadora de las legislaciones de los Estados miembros para asegurar sólo una cierta equivalencia en cuanto a los derechos de participación⁷⁶⁰”. Una mayor libertad para el legislador nacional era necesaria para atender a la diversidad existente entre los Estados miembros en relación a la regulación de la participación en la empresa. En este sentido, la Exposición de motivos de las propuestas de Directiva de 1989 y 1991: *“Considerando que 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 Sociedad anónima europea de manera uniforme”* (considerando nº 3). Interesa detenerse, por un lado, en las notas principales de la propuestas de Reglamento sobre la Sociedad anónima europea de 1989 y 1991 (apartado 2.1); y, por otro, en las de las propuestas de Directiva sobre la posición de los trabajadores en esta Sociedad (apartado 2.2).

2.1.- Notas principales sobre las propuestas de Reglamento sobre la sociedad anónima europea de 1989 y 1991.- En los nuevos proyectos normativos sobre la Sociedad anónima europea de 1991 se modifica la regulación prevista en 1975 sobre la **constitución** de la misma. Ahora se exige: 1.- que éstas dispongan de un capital suscrito no inferior a 100.000 ecus; 2.- que, antes de la inscripción de la Sociedad anónima europea, ésta *“haya elegido un modelo de participación”* de conformidad con lo dispuesto en la Directiva; y 3.- que la Sociedad anónima europea se constituya según las modalidades de

⁷⁶⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “El lugar de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, Relaciones Laborales 10/1990, p. 7.

constitución que se establecen en el Reglamento, que son las siguientes: a.- por fusión entre sociedades de diferentes Estados miembros -ya no sólo las anónimas-; b.- por creación de una sociedad *holding*; c.- por el establecimiento de una filial común; y una nueva modalidad no prevista en propuestas anteriores, d.- mediante transformación de una sociedad de Derecho nacional. Se recoge, por último, la posibilidad de constituir una Sociedad anónima europea con participación de otra u otras sociedades anónimas europeas y que *“la Sociedad anónima europea constituya una o más filiales en forma de sociedad anónima europea”*; es decir se prevé la existencia de los grupos de sociedades.

En cuanto a la **organización y estructura** de la Sociedad anónima, ya no se impone un sistema dualista, sino que se determinará en los Estatutos la estructura de los órganos de la Sociedad, bien mediante un sistema dual, bien mediante un sistema monista. No obstante, los Estados miembros podrán imponer uno de estos dos sistemas –dualista o monista- a las Sociedades anónimas europeas domiciliadas en su territorio.

2.2.- Notas principales de las propuestas de Directiva sobre la posición de los trabajadores en la Sociedad anónima europea de 1989 y 1991.- En cuanto a la participación, *“posición”*, de los trabajadores en la Sociedad anónima europea, la Comisión se decanta por un sistema de participación, bien interna, bien externa, pero de carácter negociado, que quede determinado por acuerdo entre los interlocutores sociales. En concreto, interesa destacar las siguientes notas:

1.- Se matiza en qué consiste la **“posición” o participación** de los trabajadores: *“van a participar en la vigilancia y el desarrollo de las estrategias y en los procesos de decisión de la Sociedad anónima europea”* (art. 2 de las propuestas de 1989 y de 1991). Como explicaba la Comisión Europea en cuanto al concepto de participación: *“ésta no se hará en la gestión diaria, que es competencia de la dirección, sino en la vigilancia y desarrollo de las estrategias de la empresa”⁷⁶¹*.

⁷⁶¹ Comunicación de la Comisión en materia de información y consulta de 14.11.95...”, cit., p. 20.

2.- Son **las partes**, órganos de dirección o de administración de las sociedades –u otras entidades fundadoras-, por un lado, y los representantes de los trabajadores –previstos por la legislación o consagrados por la práctica de los Estados miembros-, por otro, **los que van a optar por uno o varios de los modelos de participación**, siempre que el modelo acordado sea equivalente a alguno de previstos en la norma.

3.- Se prevén dos tipos de **representantes de los trabajadores**: unos cuya misión será participar en la elección del modelo participativo y, otros, elegidos o designados con posterioridad y que permanecerán como representantes en la Sociedad anónima europea. Respecto a los primeros, remisión a lo dispuesto en la legislación o práctica de los Estados miembros y, en todo caso, serán designados y/o elegidos en número proporcional al número de trabajadores que representan. Respecto a los segundos, se abre la posibilidad de que los trabajadores que pertenecen a centros que conformarán la Sociedad anónima europea -o de cualquier empresa por ella controlada- decidan si ha de seguirse el sistema aplicable de conformidad con la legislación o la práctica de su Estado miembro o, por el contrario, el sistema aplicable según la legislación o la práctica del Estado miembro del domicilio donde se vaya a domiciliar la Sociedad anónima europea⁷⁶².

4.- La elección de un modelo participativo ha de hacerse **antes de la inscripción de la Sociedad anónima europea** en el Estado miembro en el que se sitúe su domicilio social. Ahora bien, la libertad de elección de las partes puede quedar condicionada por la posibilidad de que el Estado miembro donde vaya a estar domiciliada la Sociedad anónima europea, cuya normativa nacional de transposición le será de aplicación, haya limitado los modelos o haya impuesto obligatoriamente un sólo modelo. Ello, no obstante, los Estados miembros quedaban obligados a respetar la equivalencia entre los modelos, a

⁷⁶² Independientemente del sistema elegido, se tendrán que respetar unos principios comunes, que son los siguientes: 1.- deben elegirse representantes de cada Estado miembro en el que la Sociedad anónima europea o sus empresas controladas estén ubicadas; 2.- se permite la designación de candidatos por parte de *sindicatos independientes*; y 3.- todos los trabajadores podrán participar en la votación, con independencia del número de años de servicio, o del número de horas que trabajen por semana.

consultar a los interlocutores sociales, y a respetar que los modelos elegidos no atenten contra los derechos adquiridos de los trabajadores.

4.- Los **modelos participativos** eran los siguientes:

- **Participación interna:** se determinará en los Estatutos el sistema de organización societaria, monista o dualista, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan imponer un sistema u otro a las Sociedades anónimas europeas que se domicilien en su territorio. En cuanto a la designación de los representantes laborales, la propuesta de 1991 era un tanto confusa pues no se aclaraba bien si serían cooptados o no. Sí se prevé la posibilidad de veto en la elección y su alcance: cuando los miembros sean designados por el Consejo de administración, *“podrán oponerse a dicha designación, tanto la Junta general de accionistas como los representantes de trabajadores de la Sociedad anónima europea y de cualquier empresa por ella controlada”*. Se indica, además, que en caso de oposición, *“no se llevará a cabo la designación a menos que un tribunal competente nacional u otro organismo independiente de Derecho público del Estado miembro en el cual está registrada la Sociedad anónima europea declare inadmisibile la oposición”*. Los representantes de los trabajadores que accedan a los Consejos de vigilancia o de administración van a tener los mismos derechos y obligaciones que los miembros de los mismos, representantes de los accionistas, incluyéndose determinados derechos de información⁷⁶³ y de consulta/autorización⁷⁶⁴.

- **Participación externa:** posibilidad de constituir un órgano propio de los trabajadores, denominado **Comité de la Sociedad anónima europea**, que representará a los trabajadores ante la dirección de la Sociedad. A tal efecto se recogían en la propuesta de Reglamento de 1991 diversas disposiciones

⁷⁶³ Tendrán derecho a ser informados *“como mínimo cada tres meses sobre los aspectos más importantes de la gestión y sobre la marcha de los asuntos de la sociedad, incluidas las empresas por ella controladas, de su situación presente y de su previsible evolución”* Además, *“cada uno de los miembros del órgano de vigilancia podrá entrar en conocimiento de todas las informaciones que el órgano de dirección comunique el órgano de vigilancia”*.

⁷⁶⁴ Se requiere la autorización del órgano de vigilancia en los siguientes supuestos: a.- proyectos de inversión; b.- creación, adquisición, enajenación o liquidación de empresas, centros de actividad o partes de centros de actividad; c.- la toma o concesión de créditos, emisión de bonos y asunción de obligaciones de terceros o su garantía; y d.- la contratación de suministros y de servicios.

relativas a: 1.- la **composición** del órgano que se determinará por acuerdo entre el órgano de dirección o de administración de las sociedades fundadoras o de la Sociedad anónima europea y los representantes de los trabajadores -de las sociedades fundadoras o de la Sociedad anónima europea y de cualquier empresa por ella controlada-; y 2.- sus competencias que consistirán en **derechos de información**⁷⁶⁵ y **consulta**⁷⁶⁶, en términos equivalentes a los reconocidos a los representantes que hayan accedido a los órganos societarios internos.

-Participación negociada, que consiste, básicamente, en la posibilidad de negociar el establecimiento de un modelo distinto, pero exigiéndose que sea equivalente a los anteriores. A tal efecto se prevén en la propuesta de 1991 **dos ámbitos alternativos de negociación**: se habla, por una parte, de un ámbito de nivel inferior -a nivel de Sociedad anónima europea- o *“convenio celebrado entre los órganos de dirección o de administración de las sociedades fundadoras y los representantes de los trabajadores en estas sociedades”*. Por otra parte, se hace referencia a un ámbito superior -a nivel supra Sociedad anónima europea- *“a través de las soluciones definidas en los convenios celebrados entre las organizaciones sectoriales nacionales que representen a las empresas y a los trabajadores”*. Es muy llamativa esta llamada a la negociación colectiva nacional de ámbito sectorial. En cuanto al **contenido de la negociación**, en virtud de la necesidad de respetar la equivalencia entre modelos, la libertad de las partes va a quedar limitada por la obligación de reconocer, como mínimo, unos derechos de información y consulta similares a los establecidos en los modelos de participación interna y externa.

5.- Lo más llamativo de estas propuestas era, por un lado, el establecimiento de un **arbitraje obligatorio**, en caso de desacuerdo sobre el

⁷⁶⁵ Se reconoce el derecho a ser informados cada tres meses como mínimo por el órgano de administración o de dirección de la marcha de los asuntos de la sociedad, de su posición competitiva y de la previsible evolución de la sociedad y de las empresas que ella controle. Y también va a tener derecho a solicitar en cualquier momento información o un informe especial sobre cualquier asunto o acontecimiento que se refiera la Sociedad anónima europea o a las sociedades que ella controle que tenga consecuencias sobre las condiciones de empleo.

⁷⁶⁶ Similares a los previstos con ocasión de la modalidad de participación interna, a los que se añade el derecho a ser consultado sobre todos los documentos o propuestas que el órgano de administración o de dirección se proponga someter a la Junta general de accionistas.

modelo participativo a elegir, en el que el árbitro está obligado también a asegurar que se respetara la equivalencia del modelo elegido con respecto a los dos existentes, bien participación interna, bien externa⁷⁶⁷. Por otro lado, que se obligaba a establecer un **Comité de empresa europeo**, órgano típico de la participación externa, con independencia de que se hubiera optado por la participación interna o la externa, como si fuera algo ajeno a la participación externa vía el mencionado Comité de la Sociedad anónima europea. La constitución del Comité de empresa europeo iba a ser obligatoria cuando la Sociedad anónima europea contara con al menos dos establecimientos en Estados miembros diferentes, con un mínimo de 100 trabajadores en cada uno de ellos. Los miembros del Comité de empresa europeo iban a disfrutar de unos derechos de información muy similares a las previstos para los representantes de los trabajadores-miembros de los órganos societarios -participación interna- y para los miembros del Comité de la Sociedad anónima europea -participación externa-. En cuanto a los derechos de consulta, por el contrario, no existía esta similitud con respecto a los modelos participativos previstos: el Comité de empresa europeo, a diferencia del *Comité de la Sociedad anónima europea*, no sería consultado sobre determinadas informaciones de carácter financiero: proyectos de inversión, la toma o concesión de créditos, emisión de bonos y asunción de obligaciones de terceros o sus garantías, contratación de suministros o de servicios⁷⁶⁸.

⁷⁶⁷ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T., “Comentario a las enmiendas contenidas en el borrador de Resolución del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva, complementaria del Estatuto de sociedad europea, respecto de la participación de los trabajadores en la misma”, inédito, p. 4. Estos autores, siguiendo lo dispuesto por el Parlamento Europeo, aconsejaban que se mantuviera un modelo estándar, al menos como criterio de referencia para los árbitros.

⁷⁶⁸ Art. 10 quinquies: “El órgano de dirección o de administración consultarán al Comité de empresa europeo antes de adoptar decisiones en relación con: a.- programas de formación profesional y aplicación de su política social y de personal; b.- la introducción de nuevas tecnologías; c.- el cierre o traspasos de establecimientos o de parte importante de los mismos; d.- reducción considerable, ampliación o modificación importante de las actividades; y e.- cambios substanciales en la organización de la Sociedad anónima europea”. Por otra parte, el artículo 10 quinquies.2 establece que “La consulta se llevará a cabo sobre la base de un informe del órgano de dirección en el que se expondrán y explicarán las razones de la decisión que se tenga intención de adoptar, así como las consecuencias legales, económicas y sociales que podría tener dicha decisión. El Comité de empresa europeo emitirá su opinión acerca de la misma”.

6.- La obligación de que las tres modalidades de participación fueran equivalentes fue rechazada, desde un inicio, por los países con sistemas de participación fuertes -como Alemania, apoyada por Holanda y Luxemburgo-, que consideraban la participación interna como la vía eficaz y verdadera de alcanzar la implicación de los trabajadores en la empresa. Mientras que, por otro lado, la equivalencia fue defendida por los países cuyos ordenamientos no contemplaban la presencia de representantes de los trabajadores en los órganos societarios, ajenos también al sistema dualista de organización societaria⁷⁶⁹.

3.- Propuestas normativas sobre participación negociada externa.- El primer ejemplo claro de participación negociada externa se encontraba en la propuesta de Directiva sobre el Comité de empresa europeo, en adelante Directiva CEU, de 1990, modificada posteriormente en 1991. En estas propuestas de Directiva, fundamentadas en el artículo 100 del Tratado de Roma y en los puntos 17 y 18 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores (*Supra, cap. 1º, apartados I.2.5 y II.2*), se pretendía que la participación en las nuevas “empresas y grupos de dimensión comunitaria” se hiciera efectiva mediante el reconocimiento de derechos de información y de consulta a los trabajadores representados en el denominado Comité de empresa europeo. La dimensión comunitaria de las empresas y grupos, ámbito de aplicación de la normativa, se configuró, por un lado, en atención al número de trabajadores empleados, tanto en el conjunto de la Comunidad como en cada centro de trabajo -requisito cuantitativo- y, por otro, exigiéndose que estos centros estuvieran ubicados al menos en dos Estados miembros diferentes -requisito cualitativo-. Así, se exigía que la empresa empleara al menos a 1000 trabajadores en territorio comunitario y, además que la empresa y/o grupo contara al menos con centros de trabajo, o empresas en el caso de grupos, en dos Estados miembros diferentes y que, en cada uno de ellos, estuviesen empleados al menos 100 trabajadores

⁷⁶⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F., “La participación de los trabajadores en la sociedad europea: treinta años después”, *Relaciones Laborales* 6/2003, p. 7.

A favor de estas propuestas de Directiva CEU se habían pronunciado tanto el Parlamento Europeo⁷⁷⁰ como el Comité Económico y Social Europeo; éste último había propuesto que el ejercicio de la información y consulta se hiciera efectivo “mediante la creación de un Comité consultivo europeo de representantes de los empleados a nivel de dirección de la empresa o grupo de empresas” y que “la legislación comunitaria regule cuestiones como la composición de dicho Comité, la fijación de derechos de información y consulta definidos, la frecuencia de las reuniones y la obligación de la empresa o del grupo de hacer frente con los gastos del Comité⁷⁷¹”. La finalidad de estas propuestas fue muy similar a la de la anterior propuesta Vredeling Richards de 1983 (*Supra*, cap. 2º, apartado III.2.2), consistente, básicamente, en garantizar que los trabajadores fueran debidamente informados y consultados en los supuestos en que las decisiones que pudieran afectarles se tomaran fuera del Estado miembro en el que trabajan y, así, que el carácter nacional de los procedimientos de información y consulta no fuera un obstáculo para el ejercicio de los derechos de los trabajadores en empresas de ámbito supranacional⁷⁷². Interesa analizar, por un lado, las diferencias principales entre la regulación prevista en la propuesta Vredeling-Richards (*Supra*, cap. 2º, apartado III.2.2) y la propuesta de Directiva CEU de 1991 (apartado 3.1); las notas principales de esta propuesta de 1991 (apartado 3.2); y las razones por las que no fue posible obtener la unanimidad requerida para su aprobación en virtud del artículo 100 del Tratado de Roma (apartado 3.3).

⁷⁷⁰ Resoluciones del Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 1989, DO nº C 96 de 17.4.89, y de 15 de febrero de 1990, DO nº C 68 de 19.3.90.

⁷⁷¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 18 de octubre de 1989, DO nº C 329 de 30.12.89.

⁷⁷² En este sentido, la opinión de la Comisión Europea expresada en el documento de presentación de la propuesta, Relaciones Laborales 8/1991, p. 66: “Los procedimientos existentes de información y consulta sólo tienen vigencia dentro del marco jurídico del país concreto, sólo benefician a los trabajadores de dicho Estado y, por lo general, sólo están relacionados con las actividades desarrolladas dentro de las fronteras nacionales. Lo mismo puede decirse de las Directivas comunitarias en caso de despido colectivos y traspasos de empresas.. (...)lo cierto es que los procedimientos de información y consulta no se extienden específicamente a situaciones en las que el centro de decisión no se encuentra situado en el mismo Estado miembro en el que trabajan los empleados afectados por la decisión”.

3.1.- Diferencias entre la propuesta de Directiva Vredeling Richards de 1983 y la propuesta de Directiva sobre Comités de empresa europeos de 1991.- Estas diferencias son las siguientes:

1- En la propuesta CEU de 1991 se excluye de su ámbito de aplicación a las empresas y grupos de dimensión nacional. Se pretendía que la participación en la empresa fuera, de la mano de esta propuesta, el signo de identidad social europea -“su buque insignia⁷⁷³”-.

2.- Las obligaciones de información y consulta iban a recaer en la propuesta CEU de 1991 sobre la empresa matriz, y no sobre sus filiales. Como se dijo, en la propuesta Vredeling Richards, la empresa matriz era sujeto obligado exclusivamente ante incumplimiento de las filiales. Así, cuando las empresas filiales incumplían sus obligaciones de información y consulta era de aplicación el llamado procedimiento de acceso directo (*by-pass clause*) que consistía en la posibilidad de que los representantes de los trabajadores se dirigieran directamente a la empresa matriz.

3.- En la propuesta CEU se da preferencia como destinatarios de los derechos a los miembros del Comité de empresa europeo frente a los representantes de los trabajadores de las filiales en el caso de la propuesta Vredeling Richards, fomentándose así la creación de un nuevo nivel de interlocución obrero-patronal⁷⁷⁴.

3.2.- Notas sobre el contenido de la propuesta de Directiva sobre el Comités de empresa europeo de 1991.- Lo más llamativo, lo que tipifica a estas propuestas como ejemplos de auténtica participación negociada, es que se dota de gran protagonismo a la autonomía colectiva, tanto en la creación como en el funcionamiento del nuevo órgano representativo, el Comité de empresa europeo. En este sentido, van a ser los representantes de los trabajadores y la dirección de la empresa, los que deben establecer por acuerdo, mediante negociación, la naturaleza, la composición, las competencias, el funcionamiento, los

⁷⁷³ CASAS BAAMONDE, M. E., “Subsidiariedad y flexibilidad...”, cit., p. 4.

⁷⁷⁴ CRUZ VILLALÓN, J., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. un marco legal insuficiente*, Trotta, Madrid, 1992, p. 204.

procedimientos y los recursos del Comité de empresa europeo. A tal objeto se establecían en las propuestas reglas concretas relativas al procedimiento de negociación, dejándose libertad a las partes sobre el mecanismo de participación que pudiera configurarse. Así, ambas propuestas mostraban una clara preferencia por la constitución de un **Comité de empresa europeo negociado**, en adelante CEU negociado, estableciéndose a tal efecto, normas relativas a:

1.- **Inicio del procedimiento:** éste podría iniciarse, desde el lado social, mediante petición escrita de los representantes de los trabajadores, o a petición de cualquier trabajador si no existen representantes; y desde el lado empresarial, a iniciativa de la dirección central de la empresa o, en el caso del grupo, de la dirección central de la empresa que ejerce el control. Tanto si la solicitud de inicio procede de la dirección central de la empresa, o de la empresa que ejerce el control en el supuesto del grupo, como si procede de los trabajadores y/o sus representantes, las direcciones centrales de las empresas/grupos afectados deberán convocar una reunión con un órgano especial de negociación, que será el representante del banco social en la negociación. La convocatoria de esta reunión marca el inicio del procedimiento negociador ya que, al final de la misma, el órgano especial de negociación ha de manifestar si tiene o no intención de negociar.

2.- **Sujetos legitimados para negociar:** por un lado, el llamado órgano de negociación especial, integrado y elegido por los representantes de los trabajadores de la empresa o grupo y, por otro, la dirección central de la empresa y, en el caso del grupo, la dirección central de la empresa que ejerce el control. En el supuesto de que dichas direcciones centrales se encontraran en territorio no comunitario, tenía que designarse a su agente representante en la Comunidad. En este caso, este agente representante será el sujeto negociador en representación de la parte empresarial. Si no llegara a designarse representante, asumirá el papel negociador la dirección de la empresa o grupo que emplee el mayor número de trabajadores en la Comunidad.

3.- **Acuerdo de constitución del CEU negociado:** en el acuerdo escrito de creación del Comité de empresa europeo se debía hacer referencia a los siguientes aspectos: a.- el alcance y composición del Comité de empresa

europeo, el número de miembros, la distribución de los mismos, el procedimiento de elección y la duración del mandato; b.- las funciones y atribuciones del Comité de empresa europeo; c.- el procedimiento de información y consulta; d.- el lugar, la frecuencia y la duración de las reuniones del Comité de empresa europeo; y e.- los recursos económicos y materiales que se asignarán a dicho Comité.

Se establecían también en la propuesta de 1991, determinadas normas relativas a los siguientes aspectos:

-En cuanto a los **límites a los derechos de información y consulta**, en la propuesta CEU se prevé, por un lado, la posibilidad de que las direcciones empresariales *“se abstengan de comunicar información cuya divulgación pudiera, a la luz de criterios objetivos, ocasionar perjuicios graves a los intereses de la empresa”* (art. 8.1), pero nada se disponía con respecto a cuáles han de ser los criterios objetivos ni como resolver las posibles discrepancias. Por otro lado, se *“ha de disponer lo necesario para que los miembros del órgano especial de negociación, los miembros del Comité de empresa europeo y los expertos que les asistan, no revelen a terceros cualquier información confidencial que les haya sido confiada expresamente”* (art. 8.2)

-En cuanto a las **facilidades y garantías** de los representantes de los trabajadores: 1.- La asistencia a las reuniones del órgano especial de negociación o del Comité de empresa europeo; 2.- el pago íntegro del salario a los miembros que sean trabajadores de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria durante toda ausencia del trabajo relacionada con el ejercicio de sus funciones; y 3.- los recursos económicos y materiales que les permitan reunirse y ejercer convenientemente sus funciones.

-Con respecto al **Comité de empresa ex lege** o impuesto, la propuesta preveía expresamente determinados supuestos en los que se imponía su creación. Estos supuestos eran los siguientes: 1.- cuando el órgano especial de negociación hubiera decidido por unanimidad no crear un Comité de empresa europeo; 2.- en el supuesto en el que, iniciado el procedimiento de negociación, fueran las partes quienes decidieran constituirlo según lo dispuesto en el Anexo que contenía su régimen jurídico; y 3.- cuando las partes llevaran más de un año negociando sin llegar a un acuerdo. En la constitución del denominado Comité

de empresa europeo *ex lege*, se debían respetar obligatoriamente unos requisitos mínimos contenidos en el Anexo de la propuesta de Directiva, relativos, principalmente, a:

1.- Su **composición**: mínimo 3 miembros y máximo 30. Entre ellos debía haber, como mínimo, un representante de cada Estado miembro en cuyo territorio la empresa o grupo emplee al menos 100 trabajadores. Deben ser representantes de los trabajadores de centros o establecimientos, o empresas en el caso de los grupos, pertenecientes a una empresa o grupo de dimensión comunitaria.

2.- Sus **competencias**:

- **Derechos de información**: los miembros del Comité de empresa europeo iban a tener derecho a mantener al menos una reunión anual con la dirección de la empresa/grupo en la que se les informaría sobre la marcha y perspectivas de los negocios de la empresa o grupo de empresas. En cuanto a las materias objeto de información, el Comité de empresa europeo *ex lege* iba a tener derecho a ser informado, *“en particular”*, sobre *“la estructura, la situación económica y financiera, la probable evolución del negocio y de la producción y las ventas, la situación del empleo y sus probables tendencias y sobre las perspectivas de inversión”* (Anexo, apartado c) .

- **Derechos de consulta**: se preveía la obligación de consultar al Comité de empresa europeo sobre *“cualquier propuesta de la dirección que pueda tener consecuencias importantes para los intereses de los trabajadores”*. Así, en particular, las materias objeto de consulta serían las siguientes: 1.- *“el cambio de sede, la fusión, la reducción de tamaño, o el cierre de empresas, establecimientos o partes importantes de los mismos; 2.- cambios en la organización de la empresa o el grupo de empresas de dimensión comunitaria; y 3.- la introducción de nuevos métodos de trabajo o procesos de producción”* (Anexo apartado d). En cuanto al procedimiento de consulta, la dirección central debía emitir un informe previo al inicio del periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, pero no se especificaba la duración del mismo *“será realizada con la debida antelación”*-. El dictamen de los

representantes no tendría carácter vinculante para la dirección, ya que la adopción de decisiones finales recaía exclusivamente sobre ésta.

3.3.- Razones sobre el rechazo de la propuesta de Directiva CEU de 1991.- Tampoco esta propuesta de Directiva CEU de 1991 obtuvo el voto unánime de los Estados miembros, representados en el Consejo, necesario para su aprobación en virtud de lo dispuesto en el artículo 100 del Tratado de Roma. Fue principalmente la negativa del entonces gobierno conservador británico, encabezado por Margaret THATCHER, el que lideró el rechazo frontal a la adopción de esta propuesta de Directiva⁷⁷⁵. A principios de la década de los años ochenta, el Reino Unido era, por un lado, el país europeo con mayor número de filiales o sucursales de empresas o grupos cuya dirección central no se encontraba en su territorio sino en el territorio de algún otro Estado miembro. Y, por otro lado, el Reino Unido era también el mayor receptor europeo de empresas multinacionales cuya empresa matriz se encontraba situada en los Estados Unidos o los países del sudeste asiático, principalmente en Japón⁷⁷⁶.

A primera vista podría parecer que, dadas estas circunstancias, el Reino Unido iba a ser el Estado con mayores intereses en que se regulara algún mecanismo para que los trabajadores estuvieran debidamente informados y consultados en supuestos en los que las decisiones empresariales se tomaran fuera de su territorio. Sin embargo, la oposición del gobierno británico parecía venir planteada desde el punto de vista de que, si llegara a aprobarse esta propuesta de Directiva de 1991, tendría que establecerse en este país un sistema de representación en la empresa vía un órgano electivo *ad hoc*, representativo de todos los trabajadores, que era totalmente ajeno al sistema británico de representación en la empresa. Los rasgos básicos del sistema británico eran los siguientes:

1.- Predominio de los *shop stewards* o delegados sindicales, cuyas funciones y competencias derivan de la costumbre y/o de lo previsto en

⁷⁷⁵ Para un análisis sobre el punto de vista del gobierno británico y de las empresas británicas, puede consultarse, "The UK and the European works council", *European Industrial Relations Review* (EIRR), num. 246, 1994, pp. 20 y 21.

⁷⁷⁶ MARGINSON, P. y SISSON, K., "The structure of transnational capital...", cit., p. 43.

negociación colectiva. La figura del *shop steward* no está prevista en la legislación británica. En la práctica, los *shop stewards* se agrupan en determinados comités de ámbito limitado a cada centro de trabajo o, en algunos supuestos, abarcan a los centros de trabajo pertenecientes a una misma empresa o grupo pero ubicados en poblaciones diferentes. Se trata de los *Shop stewards Committees* y los *Shop stewards Combine Committees*. En algunas ocasiones sólo se agrupan los delegados de un mismo sindicato y, en otras, se agrupan delegados pertenecientes a sindicatos diferentes.

2.- Con menor importancia y presencia, se encontraba la figura del *Works councils* o Consejo de empresa, que tampoco estaba prevista en la legislación, y que presentaba una composición variada: unas veces era de composición paritaria, tipo los Comités de empresa franceses, y otras se componía de representantes de trabajadores no afiliados a ningún sindicato.

En las empresas británicas con presencia importante de *Shop stewards* reconocidos por la empresa, -según la *Employment Act* de 1982 es la empresa la que decide si reconoce a uno, a varios o a ningún sindicato para la negociación colectiva-, los Consejos de empresa quedaban relegados a meras funciones de asesoramiento y/o de gestión de servicios para los empleados, mientras que los *Shop stewards* eran los que asumían la función de negociación colectiva. Así, la propia tradición del sistema de relaciones industriales británicas, en el que no parece que tuviera cabida, ni la institucionalización de un órgano representativo de todos trabajadores, ni la regulación legal del acceso de los delegados sindicales a los centros de decisión de las empresas fue el factor que seguramente condicionó el veto británico a la propuesta de Directiva CEU de 1991. Ya se dijo que, en la década de los años ochenta, la intención del gobierno de Margaret THATCHER se dirigió a limitar el poder excesivo de los sindicatos a través de: 1.- la restricción del recurso a la huelga; 2.- la eliminación de los *closed shops*, práctica que exige la afiliación a un determinado sindicato para poder acceder a un puesto de trabajo (*pre-entry closed shop*) o inmediatamente después de acceder al mismo (*post-entry closed shop*); y 3.- la promoción de la democracia interna de los sindicatos y de la libertad individual del afiliado⁷⁷⁷.

⁷⁷⁷ METCALF, D., *Labour legislation 1980-1990..*”, cit.

La propuesta de Directiva CEU de 1991 fue objeto también de un fuerte rechazo por parte de organizaciones e instancias empresariales europeas, muy similar al que ya había surgido con ocasión de la presentación formal de la propuesta Vredeling- Richards en 1983 (*Supra*, cap. 2º, apartado III.3). Por un lado, preocupaban las implicaciones que podía conllevar el establecimiento obligatorio de una instancia representativa a nivel supranacional a efectos de que fuera utilizada como plataforma de negociación y de reivindicación laboral. Por otro, se temía que, a consecuencia de la aprobación de la propuesta CEU de 1991, se generara una dinámica irrefrenable hacia el reconocimiento y desarrollo de instituciones de representación en los grupos empresariales de ámbito nacional⁷⁷⁸. Se criticaba, además, que la propuesta no tomaba suficientemente en consideración, ni las prerrogativas empresariales y las necesidades económicas de los grupos y de las empresas, ni la autonomía de las partes sociales⁷⁷⁹. En cuanto a la autonomía colectiva, el grupo empresarial del Comité Económico y Social Europeo consideraba que hubiera sido conveniente dotar de mayor flexibilidad a la norma, sugiriéndose en tal sentido, que se establecieran otros mecanismos, alternativos a la constitución de un Comité de empresa europeo, que pudieran hacer efectiva la mejora de la información y consulta en las empresas y grupos de dimensión comunitaria. Seguramente con esta reivindicación se pretendía que los acuerdos para la constitución de un Comité de empresa europeo negociado no tuvieran que respetar obligatoriamente los requisitos mínimos contenidos en el Anexo de la propuesta -no quedaba claro en la propuesta empresarial⁷⁸⁰- y, junto a ello, que se recogiera la posibilidad de dar cabida y legitimar los denominados acuerdos voluntarios pre-Directiva.

Desde el lado sindical, se observaban divergencias de opiniones en función del ámbito de actuación y del nivel de representatividad de los sindicatos: si opinaban sindicatos que contaban con presencia en las empresas o grupos de

⁷⁷⁸ CASAS BAAMONDE, M. E., "Subsidiariedad y flexibilidad...", cit., p. 11.

⁷⁷⁹ SAEZ LARA, C. y DURÁN LÓPEZ, F., *El papel de la participación...*, cit., p. 50.

⁷⁸⁰ "UNICE renews its opposition to EWCs", *European Industrial Relations Review* (EIRR) nº 233, p. 3.

dimensión comunitaria, la mayoría se mostraba favorable a la propuesta. En caso contrario, si se trataba de sindicatos de implantación local, se apreciaban ciertas reticencias a perder protagonismo en favor de organizaciones sindicales europeas; analizándose por la doctrina las posibles limitaciones que pudiera provocar la creación de Comités de empresa europeos, en cuanto al desarrollo de la actividad sindical a niveles inferiores al europeo⁷⁸¹. Se apreciaban también comprensibles recelos ante la evidente desigualdad entre las partes que habrían de negociar: en el lado empresarial estarían los altos directivos de empresas multinacionales mientras que, en el lado social, se situaría un conjunto de representantes que no se conocían y que posiblemente no hablarían el mismo idioma. Las diferencias culturales y de lenguaje, junto al coste y a la confidencialidad de la información, parecían ser los principales problemas más importantes que se barajaban en punto a la aplicación de la normativa⁷⁸². Se temía, al extremo, que los Comités de empresa europeos pudieran llegar a ser foros desde los que hacer comparaciones competitivas entre plantas de un mismo grupo, que hicieran resaltar las fragmentaciones o divisiones del movimiento obrero⁷⁸³.

4.- El triunfo de la participación negociada externa y de la no institucional o informal: la aprobación de la Directiva sobre Comités de empresa europeos de 1994, actualmente derogada.- Hay que esperar a la aprobación del Tratado de Maastricht de 1992, y en concreto a la existencia del artículo 2.2 del Acuerdo sobre política social anejo al mismo (*Supra, cap. 1º, apartado II.3.2*), para que pueda aprobarse, ahora por mayoría cualificada en lugar de unanimidad, una nueva propuesta de Directiva sobre Comités de empresa europeos en 1994, en adelante, Directiva CEU 1994. Que se hubiera utilizado la vía del Acuerdo sobre política social de 1992, en lugar de los

⁷⁸¹ CRUZ VILLALÓN, J., "La información y consulta...", cit., p. 24.

⁷⁸² GORDILLO ALHAMBRA, F. J., "Los Comités europeos y otros procedimientos de información y consulta análogos" en AA.VV., *Derecho Social Internacional y Comunitario*, Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, pp. 131-145.

⁷⁸³ POSADA, X. E., "los Comités de Empresa Europeos...", cit., p. 44.

tradicionales artículos 100 y 235 del Tratado de Roma, en la aprobación de esta Directiva, tuvo dos consecuencias principales. En primer lugar, la evidente aprobación de la Directiva sin la oposición del voto británico. El Reino Unido había vetado casi todas las iniciativas anteriores. En segundo lugar, que la Directiva CEU 1994 no iba a ser de aplicación a los centros de trabajo o empresas situadas en el territorio británico, cuestión que fue resuelta posteriormente por la Directiva 97/74/CE, Directiva de extensión, en la que se le concedía al Reino Unido un nuevo plazo para la incorporación de esta Directiva a su ordenamiento jurídico.

La Directiva CEU de 1994 vendría a recoger el esquema participativo básico de la anterior propuesta de Directiva de 1991 y, en este sentido, esta norma de 1994 forma parte del modelo de **participación externa negociada** anteriormente analizado. A su vez, esta norma acogía también el esquema de los que se podría denominar **participación no institucional o informal**. Ello porque esta norma abría importantes vías de escape a su aplicación, que podrían ser posteriormente reducidas por las normas nacionales de transposición, por un lado, al dar la posibilidad de que se legitimaran acuerdos sobre participación suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la norma, hasta la fecha límite de incorporación de la normativa a los ordenamientos nacionales -una especie de periodo de carencia de tres años-, pero también, por otro, porque dicho periodo de carencia podía extenderse a más de tres años en los supuestos en que las partes -laboral y empresarial-, no hubiesen podido, o no hubiesen querido, llegar a un acuerdo.

Esta, entonces, nueva y esperada Directiva CEU de 1994 acogía, básicamente y sin contar con aquellas referidas a modificaciones técnicas o de redacción, tres modificaciones o grupo de modificaciones con respecto a lo dispuesto en la propuesta de Directiva CEU de 1991. Estas modificaciones eran las siguientes:

La **primera modificación** consistía en **ampliar el umbral mínimo de trabajadores a efectos de aplicación de la norma**. En la propuesta de Directiva CEU de 1991 se exigía que la empresa o grupo contara con 1000 trabajadores en el conjunto de la Comunidad, y que tuviera al menos dos centros, o empresas

en el caso del grupo, en Estados miembros diferentes con 100 trabajadores en cada uno de ellos. En la Directiva finalmente aprobada en 1994, se amplía dicho umbral mínimo a 150 trabajadores. Ello significa, lógicamente, que en atención a su tamaño, más empresas o grupos van a quedar excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva CEU 1994. A lo largo del tiempo y a la vista de las propuestas presentadas, puede apreciarse cómo el ámbito de aplicación se ha ido reduciendo paulatinamente -mediante el incremento del umbral mínimo de empleados exigidos-, permitiendo, de esta manera, que cada vez más empresas fueran quedando excluidas de la aplicación de las propuestas, en atención exclusivamente a su tamaño -medido en términos del número de trabajadores empleados-. Es significativo que en ningún momento se planteara la posibilidad de hacer depender la aplicación de las propuestas al volumen de negocios de la empresa o grupo -real y en términos económicos-, con independencia del número de trabajadores empleados, que seguramente hubiera sido más adecuado.

La segunda modificación va dirigida a **dotar de mayor protección a las informaciones empresariales**. En concreto, la obligación de mantener secreto, impuesta a representantes y expertos, sobre la información confidencial que sea expresamente comunicada como tal, se hizo más contundente en un doble sentido: tanto en cuanto a la intensidad del deber de secreto impuesto a los representantes de los trabajadores y/o expertos como, por otro lado, en cuanto a los mecanismos de control de las actuaciones empresariales dirigidas a clasificar una determinada información como confidencial o secreta.

La tercera modificación se refiere a un conjunto de cambios dirigidos a conceder un **mayor protagonismo a la autonomía colectiva** y afectan al contenido esencial de la propuesta de Directiva CEU de 1991. Como se dijo, la finalidad de la propuesta de 1991 era la creación de un Comité de empresa europeo, preferentemente vía negociación, un Comité de empresa negociado, pero, en su defecto, un Comité de empresa europeo impuesto o *ex lege*. Durante las negociaciones las partes debían negociar de buena fe para alcanzar un acuerdo, y dicho acuerdo debía, no sólo hacer mención, sino acoger determinados aspectos establecidos en el artículo 6 de la propuesta, relativos a: *“a.- el alcance y composición del Comité de empresa europeo, el número de*

miembros, la distribución de los mismos, el procedimiento de elección y la duración del mandato; b.- las funciones y atribuciones del Comité de empresa europeo; c.- el procedimiento de información y consulta; d.- el lugar, frecuencia y duración de las reuniones del Comité de empresa europeo; y e.- los recursos económicos y materiales que se asignarán a dicho Comité". Se exigía, además, que el contenido del acuerdo y, por tanto la regulación del Comité de empresa europeo, respetará, en todo momento, unos requisitos mínimos contenidos en el Anexo de la propuesta. Así, hubiera acuerdo o no con la dirección central, tanto en el caso del Comité de empresa negociado, como Comité de empresa *ex lege*, iban a quedar garantizados a los trabajadores de las empresas, unos derechos mínimos contenidos en el Anexo de la propuesta. Estos requisitos mínimos eran los siguientes: 1.- el derecho a que se constituyera un Comité de empresa europeo y a que éste estuviera formado al menos por un representante de cada centro de trabajo, o empresa en el caso del grupo, con más de 100 trabajadores; 2.- reconocimiento al Comité de empresa europeo de determinados derechos de información y consulta, con la posibilidad de emitir un informe expresando su parecer; 3.- derecho del Comité de empresa europeo a mantener determinadas reuniones, como mínimo una anual, con la direcciones centrales; y 4.- derecho del Comité de empresa europeo a reunirse con carácter previo a las reuniones con la dirección de la empresa o de la empresa que ejerce el control.

Pues bien, este conjunto de derechos mínimos no quedaban garantizados, de ninguna manera, en el texto finalmente aprobado en 1994, principalmente por los siguientes motivos:

Primero.- Porque en la Directiva de 1994 ya no se obligaba expresamente a negociar de buena fe, sino a *"trabajar con espíritu de colaboración"* (art. 9). Ello va a significar que la Dirección central podría negarse, incluso, a la propia apertura de las negociaciones. En este caso, si transcurrieran más de seis meses se aplicarían unas *"disposiciones subsidiarias"* que venían a sustituir a los antiguos requisitos mínimos, con claro contenido a la baja.

Segundo.- Porque en el caso de que se llevará a cabo un proceso de negociación, ya no iba a ser obligatorio acordar la constitución de un Comité de empresa europeo, sino que podía establecerse un procedimiento, denominado,

alternativo de información y consulta. La existencia de este procedimiento alternativo se presenta como rasgo típico de lo que ha de entenderse por **participación no institucional o informal**. Así, tanto si el procedimiento de negociación hubiera tenido como resultado que se constituyera Comité de empresa europeo, como que se estableciera un procedimiento alternativo de información y consulta, no había que respetar el contenido de las llamadas “*disposiciones subsidiarias*” establecido en el Anexo de la norma (art. 6.4)⁷⁸⁴. En el documento de presentación de la Directiva, punto 31, la Comisión justificaba la supresión de la exigencia de respetar una serie de disposiciones del Anexo, en los términos siguientes: “*La Comisión estima que conforme al principio de autonomía de los interlocutores sociales, a ellos les compete el establecimiento, de común acuerdo, de sus elementos constitutivos esenciales, incluida la posibilidad de utilizar a estos efectos estructuras ya existentes...(..) la flexibilidad que la Comisión introduce responde a la necesidad de tener en cuenta las situaciones particulares de empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria y de sus trabajadores y de proceder de forma que la instauración de dichos comités surja de un acuerdo entre las partes interesadas*”.

Las disposiciones subsidiarias en la Directiva CEU 1994 sólo iban a ser de observancia obligatoria cuando hubieran transcurrido más de 3 años sin que las partes hubieran llegado a un acuerdo sobre la vía participativa a adoptar, exigiéndose además que durante ese plazo de tres años no fuera la parte social la que suspendiera o abandonara las negociaciones, porque, si lo hiciera, se le sancionaba con las siguientes medidas: 1.- se interrumpía y anulaba el plazo de 3 años; y 2.- no se iba a poder presentar una nueva solicitud de inicio en un plazo de 2 años, excepto en el supuesto en que la dirección le permitiera hacerlo en un plazo más corto. Por el contrario, si se hubiera decidido establecer un procedimiento alternativo de información y consulta, en éste se deberá prever, únicamente, “*las modalidades con arreglo a las cuales los representantes de los trabajadores tendrán derecho a reunirse para cambiar impresiones acerca de la información que les sea comunicada. La información se referirá, en particular, a*

⁷⁸⁴ Art. 6.4 Directiva CEU 1994: “*Los acuerdos a los que se refieren los apartados 2 y 3-acuerdo para la constitución del Comité de empresa europeo- no estarán sujetos a las disposiciones subsidiarias establecidas en el Anexo, salvo disposición contraria en dichos acuerdos*”.

cuestiones transnacionales que puedan afectar considerablemente a los intereses de los trabajadores” (art. 6.3, segundo y tercer párrafo), poco más.

Tercero.- Porque se da por válido o se legitima, sin grandes exigencias, cualquier acuerdo sobre participación suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva -acuerdos pre-directiva- y también a aquellos suscritos una vez en vigor y hasta la fecha límite de transposición de la Directiva -22 de septiembre de 1996-. La validación de los acuerdos de dudosa eficacia jurídica, y la consiguiente expulsión del ámbito de aplicación de la Directiva a las empresas y grupos en los que se han alcanzado los mismos, exigía únicamente, según lo dispuesto en el artículo 13, por un lado, que el acuerdo fuera “*aplicable al conjunto de trabajadores*”; y, por otro, que el acuerdo previera “*información y consulta transnacionales a los trabajadores*”. Este artículo 13 fue uno de los que más polémica creó y, según el propio Comisario de Asuntos Sociales y Empleo en estas fechas, FLYN, “*las disposiciones nacionales no deberían introducir más criterios o condiciones que las previstas en el artículo 13*”. Afirmaba, además, que los empresarios nunca hubieran aceptado la Directiva sino hubiera sido por la presencia del artículo 13 (“*this is the political foundation stone of the Directive and employers would never have accepted the Directive without it*⁷⁸⁵”).

Es esta importante vía de escape en la aplicación de la Directiva CEU de 1994, prevista en el artículo 13, la que hace que se deba cuestionar la validez del modelo de participación externa negociada de la que es representativa, y es por ello que esta Directiva presenta demasiados rasgos típicos de la participación no institucional o informal. Dado el amplio margen temporal concedido a las empresas y grupos para validar los acuerdos pre-directiva, por un lado, y la ausencia de exigencias en punto a la legitimidad de los sujetos negociadores, contenido y eficacia jurídica de estos, por otro, se preveía muy fácil que las empresas/grupos que lo desearan se excluyeran de la aplicación de la norma. A pesar de ello, el grupo de expertos de la Comisión aconsejó de nuevo que los Estados miembros “*no introdujeran más criterios o condiciones que los*

⁷⁸⁵ FLYN, P., “Social Justice and Competitiveness in European Multinationals”, European Works Council Bulletin (EWCB), preview issue, Winter 1995.

*establecidos en el artículo 13*⁷⁸⁶. Lo cierto es que la mayoría de las legislaciones internas de incorporación de la Directiva intentaron, de una manera u otra, evitar que ésta se convierta en una norma inaplicable y, por tanto, sin sentido.

La aprobación de la Directiva CEU de 1994 fue recibida con gran expectación. Después de más de treinta años de intensos debates, con un esfuerzo considerable de trabajo y un sinfín de propuestas realizadas, muchas de ellas presentadas al Consejo para su aprobación, se lograba con la Directiva de 1994, al fin, regular o al menos formalizar el encuentro periódico entre empresa y trabajadores, al menos en empresas que operaban en el ámbito comunitario. En la Directiva finalmente aprobada se promovía un mayor protagonismo de la autonomía colectiva, o potestad de las partes para autorregular sus intereses contrapuestos, que el previsto en propuestas normativas anteriores. Como se argumenta a lo largo de este trabajo, en el ámbito comunitario no se aseguraba, en aquellos momentos, ni se hace ahora, la igualdad o situación paritaria que han de tener las partes a la hora de ejercitar aquélla. No parece que las partes vayan a estar en la necesaria situación de igualdad, ni a la hora de negociar la participación negociada, ni a la hora de exigir el cumplimiento de las obligaciones de información y consulta que pudieran resultar de dicha negociación.

V.- REGULACIÓN VIGENTE DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO.

1.- Presentación de las tres Directivas participativas en vigor.- La regulación vigente de los Derechos participativos en el ámbito comunitario está contenida en tres Directivas. Cada una de ellas es de aplicación en un tipo de distinto de organización y tamaño empresarial y presenta por tanto un régimen jurídico diferente, complejo, adecuado a su propio ámbito de aplicación. Así, estas Directivas, que pueden denominarse Directivas participativas, son las siguientes: 1.- la **Directiva marco 2002**, que pretende regular un marco mínimo

⁷⁸⁶ Documento de trabajo nº 5 del Grupo de expertos constituido por la Comisión para guiar a los Estados destinatarios en las labores de transposición de la Directiva CEU 1994.

de información y consulta a los trabajadores en empresas de dimensión nacional, con más de 50 trabajadores (apartado 1.1); 2.- la **Directiva CEU 2009**, en vigor desde el 6 de junio de 2011 al sustituir y derogar la Directiva CEU de 1994, en adelante derogada Directiva CEU 1994, de aplicación en empresas y grupos de dimensión comunitaria y que presenta un sistema participación con rasgos tanto de participación negociada como de participación no institucional o informal (apartado 1.2); y 3.- **Directiva SE 2001**, relativa a la implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea, de aplicación exclusiva en la misma y en la que predomina una modalidad que podría denominarse implicación negociada (apartado 1.3).

1.1.- La Directiva marco 2002: marco mínimo sobre información y consulta.- Un año después de la adopción de la Directiva CEU 1994, la Comisión Europea anuncia su intención de adoptar un marco mínimo sobre información y consulta en el ámbito comunitario. Esta iniciativa se enmarcaría, según señalaba la Comisión en su Comunicación de 14 de noviembre de 1995, en la necesidad de redefinir el marco jurídico y de adoptar normas más vinculantes. En junio de 1997, la Comisión llevaría a cabo una primera fase de consultas con los interlocutores sociales, en virtud de lo dispuesto en el entonces vigente artículo 2.2 del Acuerdo sobre política social de 1992 (*Supra, cap. 1º, apartado II.3.2*). El período de consultas, sin embargo, finalizó un año después sin que se llegara a un acuerdo, principalmente debido a que la patronal europea (UNICE) se retiró de las negociaciones alegando que la iniciativa de la Comisión infringía el principio de subsidiariedad⁷⁸⁷. En cualquier caso, ante la falta de consenso entre los interlocutores sociales, la Comisión presentó formalmente un propuesta de Directiva marco sobre información y consulta en 1998. Se consideraba que el cierre de la factoría de Renault en Vilvoorde, Bélgica, había sido el detonante que llevaría a la Comisión a impulsar y agilizar el proyecto. Tras los consiguientes Dictámenes del Comité Económico y Social Europeo y del Comité de las Regiones⁷⁸⁸, surgieron discrepancias entre el Parlamento

⁷⁸⁷ Observatorio de Relaciones Industriales del Consejo Económico y Social de España, núm. 54, VIII-2002.

⁷⁸⁸ Dictamen del Comité Económico y Social de 7/8 de julio de 1999 y Dictamen del Comité de las Regiones de 13 de diciembre de 2000, COM (2001) 5/035.

Europeo y el Consejo, en punto a algunas disposiciones significativas de la norma. En la fase de conciliación del procedimiento de codecisión, fue la Comisión la encargada de sentar las bases para el acuerdo, que fue ratificado finalmente en febrero de 2002. El 11 de marzo de 2002 se aprobaba finalmente, por mayoría cualificada, la Directiva marco 2002 (con base en el art. 137.2 TCE).

La Directiva marco 2002 fue adoptada con la finalidad declarada de establecer un marco mínimo común, una referencia base, en el ámbito nacional, aclarando y unificando los conceptos y el alcance de los derechos participativos que habrían de ser acogidos, como derecho de mínimos, en las legislaciones internas de los países comunitarios. Así, la Directiva prevé una serie de definiciones de conceptos básicos, como el de “*empresa*”, “*centro de trabajo*”, “*empresario*”, “*trabajador*”, “*representantes de los trabajadores*”, “*información*” y “*consulta*” (*Infra, cap. 3º apartado II.2 y cap. 4º, apartados I.2.1 y I.4.1*). Muchas de las definiciones contenidas en la norma encontraban su origen en la jurisprudencia comunitaria y en conceptos ya definidos en otras Directivas como la Directiva 1998 sobre despidos colectivos, la Directiva CEU 1994, la Directiva 2001 sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas y la Directiva SE 2001. Muy probablemente en el transcurso del proceso de elaboración de la Directiva marco 2002, que se iniciaba en 1995 como ya se ha dicho, se encontraba la escasa obligatoriedad que caracterizaba a la Directiva CEU 1994. Se consideraba que los marcos existentes de información y consulta, tanto a nivel comunitario como nacional, seguían siendo insuficientes: “*a menudo excesivamente orientados hacia el tratamiento a posteriori de los procesos de cambio*”, y “*no siempre habían impedido que se hubieran adoptado y hecho públicas determinadas decisiones graves que afectan a los trabajadores...*”⁷⁸⁹. Al objeto de resaltar la insuficiencia de los marcos de información y consulta en algunos países, la Directiva incorporaba como apéndice una Declaración conjunta del Parlamento Europeo y la Comisión relativa a la representación de los trabajadores, recordando las sentencias del TJCE de 8 de junio de 1994 en los Asuntos C-382/92 - mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de

⁷⁸⁹ Preámbulo de la Directiva marco 2002, considerando 13.

empresas- y C-383/92 -despidos colectivos-, e incidiendo en la necesidad de que los Estados miembros garantizaran la existencia de mecanismos para la elección de los representantes de los trabajadores.

Se consideraba, además, que los Comités de empresa europeos que se habían comenzado a constituir al amparo de la Directiva CEU de 1994, y principalmente los acuerdos pre-directiva (*Supra, cap. 2º, apartado IV.4*), no habían sido suficientemente efectivos, como se había puesto de manifiesto con ocasión de caso *Vilvoorde*: pese a la existencia de un Comité de grupo europeo, fruto de acuerdo de 1993, revisado en 1995, la dirección central francesa de la empresa Renault no realizó ningún tipo de trámite de información y consulta previa a la adopción de su decisión de cierre de la factoría en Bélgica. El acuerdo pre-Directiva no contenía expresamente la obligación de informar y consultar en estos supuestos. Si bien se paró el cierre hasta que se cumplieran las obligaciones de información y consulta, se puso de manifiesto, no sólo las insuficiencias de la transposición belga de la Directiva CEU de 1994 mediante convenio colectivo, sino también la necesidad de una mayor coordinación entre ordenamientos jurídicos en punto a sus regímenes sancionatorios —el ordenamiento belga no establecía con claridad la misma sanción de nulidad que estaba articulada en la legislación francesa⁷⁹⁰—.

Interesa destacar del contenido de la Directiva marco 2002, lo siguiente:

1.- Su **ámbito de aplicación** (art. 3).- Con carácter general la Directiva es aplicable en las empresas que empleen en un Estado miembro al menos a 50 trabajadores o, a elección de los Estados miembros, a centros de trabajo que empleen en un Estado miembro al menos a 20 trabajadores, con previsión de un régimen específico para países sin sistema de representación legal. En este sentido fue significativo el calendario previsto en el artículo 10 relativo a las disposiciones transitorias, que fue uno de los aspectos clave, reflejando las transacciones a las que se llegó, para obtener la aprobación de los Estados miembros que no contaban con un sistema legalmente establecido de

⁷⁹⁰ HUERTAS BARTOLOMÉ, T., "Nuevas normas sobre diálogo social europea: la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea", Cuadernos de Relaciones Laborales, vo. 20, nº 1, 2002, pp. 130-131; MOREUA, M. A., "A propos de "L'affaire Renault", Droit Social, nº 5, 1997, p. 493.

representación de los trabajadores en las empresas, como Reino Unido e Irlanda y en previsión de la entonces futura ampliación de la Unión a los países del centro y este de Europa. La adaptación de la normativa nacional al contenido de la Directiva debía hacerse, con carácter general, antes del 23 de marzo de 2005, pero la trasposición en determinados países se haría conforme a un calendario de aplicación escalonada en función del tamaño de las empresas⁷⁹¹.

2.- Los conceptos de información y consulta.- En cuanto la información, ésta se define 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). En cuanto la consulta, se refiere *“al intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo”* (art. 2.g).

3.- Contenido y forma de la información y de la consulta.- Se reenvía a los Estados miembros la determinación de las modalidades prácticas del ejercicio del derecho de información o consulta al nivel que proceda, pudiendo confiar a los interlocutores sociales al nivel apropiado, incluido el de empresa o centro de trabajo, la tarea de definir libremente por medio de acuerdo las modalidades de información y consulta de los trabajadores (art. 5). No obstante, la Directiva establece determinados requisitos de contenido y forma que han de respetar dichas modalidades prácticas de información y consulta (art. 4). Respecto al contenido, tanto la información como la consulta deberán abarcar tres aspectos relativos a la vida de la empresa: 1.- la evolución reciente y probable de las actividades de la empresa o centro de trabajo y de su situación económica; 2.- la estructura y evolución probable del empleo, así como de las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo; y 3.- las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo. En cuanto a la forma, tanto la información como la consulta deberán efectuarse *“en un*

⁷⁹¹ Este calendario era el siguiente: 1.- a partir del 23 de marzo de 2008 se exigiría la plena aplicación en los mismos términos que los demás países; 2.- durante los dos años siguientes a su entrada en vigor -hasta el 23 de marzo de 2007-, la aplicación de la Directiva podía limitarse a las empresas con un mínimo de 150 trabajadores o a centros de trabajo con un mínimo de 100 empleados; y 3.- durante el siguiente período de un año - hasta el 23 de marzo de 2008- se admitía que la aplicación se restringiese a empresas de al menos 100 empleados, o centros de trabajo que contaran al menos con 50 trabajadores.

*momento, de una manera y con un contenido apropiados” de modo que, en el caso de la primera, permita a los representantes de los trabajadores “proceder a un examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta” (art. 4.3) y, en el caso de la segunda, “a nivel pertinente de dirección y de representación, en función del tema tratado” y de tal modo que “permita a los representantes de los trabajadores reunirse con el empresario y obtener una respuesta justificada a su eventual dictamen” (art. 4.4.d) y “con el fin de llegar a un acuerdo sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario mencionadas en la letra c del apartado 2 (decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo ya los contratos de trabajo, incluidos despidos colectivos y traspasos)” (art. 4.4.e) Se prevé en este sentido una distinción entre las materias sobre las que los representantes podrán emitir un dictamen y obtener respuesta justificada al mismo, modalidad **consulta-preventiva**, y materias sobre las que se podría llegar a un acuerdo, no vinculante, entre los representantes y la dirección empresarial, modalidad **consulta-negociación** (*Infra, cap. 4º, apartado 1.4.1.2*).*

4.- Límites al derecho de información.- Se establece en la norma que los Estados miembros deben asegurar y proteger determinadas informaciones empresariales, por un lado, con respecto a las informaciones confidenciales recibidas con tal calificación sobre las que se impone un deber de secreto y, por otro lado, con respecto a informaciones muy sensibles, sobre las que se permite al empresario que no se transmitan a los representantes de los trabajadores, en los términos siguientes: “*Los Estados miembros dispondrán, en casos específicos y en las condiciones y dentro de los límites establecidos por las legislaciones nacionales, el empresario no esté obligado a facilitar información o a proceder a consultas que, por su naturaleza, pudieran según criterios objetivos crear graves obstáculos al funcionamiento de la empresa o centro de trabajo o perjudicarles*” (art. 6.2).

5.- Régimen de sanciones.- La propuesta de 1998 preveía un auténtico precepto sancionador al contener una cláusula dirigida a los Estados miembros sobre “*la no producción de efectos jurídicos en los contratos o relaciones de trabajo de los trabajadores afectados por aquellas decisiones del empleador que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo*”

y los contratos de trabajo”, adoptadas en grave infracción de sus obligaciones de información y consulta (art. 7.3 propuesta de 1998). En este artículo además se especificaba que se consideraba infracción grave: “a.- la ausencia total de información y/o consulta de los representantes de los trabajadores antes de la toma de decisión o del anuncio público de ésta, o bien b.- la retención de informaciones importantes o la expedición de informaciones inexactas que tengan como resultado hacer inefectivo el ejercicio de derecho a la información y a la consulta”. En su lugar, la Directiva marco 2002 finalmente aprobada se remite a las competencias nacionales, estableciendo la obligación genérica de los Estados de establecer las medidas adecuadas en caso de incumplimiento de la Directiva, de garantizar la existencia de procedimientos administrativos o judiciales adecuados para hacer respetar las obligaciones derivadas de la misma, así como de establecer las sanciones aplicables en cada caso que deberán ser “efectivas, proporcionadas y disuasorias” (art. 8).

La aprobación de la Directiva marco 2002 vino a cumplir uno de los principales objetivos para la que se concibió desde la Comisión, como es el reforzamiento del impacto de las Directivas ya existentes en el ámbito social a través del establecimiento de un marco general sobre información y consulta a los representantes de los trabajadores en la Comunidad Europea. Ello no obstante, la mayoría de las disposiciones contenidas en la Directiva marco 2002 estaban ya previstas en la mayor parte de los Estados miembros, por lo que su aprobación iba a suponer básicamente obligaciones relativas a una mera adaptación de las legislaciones internas. La aprobación de esta Directiva en 2002 sí significó la necesidad de acometer cambios importantes en los sistemas de información y consulta, ajenos a la representación institucionalizada, como Reino Unido e Irlanda.

1.2.- La Directiva CEU 2009: participación externa negociada y no institucional o informal.- La Directiva CEU 1994 fue modificada y sustituida por la Directiva CEU 2009, que vino a modernizar numerosos aspectos de la misma. Como señalaba la Exposición de motivos de la Directiva de 2009, considerando nº 7: “Es necesario modernizar la legislación comunitaria en materia de información y consulta transnacional de los trabajadores, con el fin de dar efectividad a los derechos de información y consulta transnacional de los

trabajadores, incrementar la proporción de comités de empresa europeos creados a la vez que se mantiene la aplicación de los acuerdos existentes, resolver los problemas observados en la aplicación práctica de la Directiva 94/45/CE y poner remedios a la inseguridad jurídica derivada de alguna de sus disposiciones u omisiones, así como mejorar la articulación de los instrumentos legislativos comunitarios en materia de información y consulta a los trabajadores". De este modo, la reforma de 2009 tuvo como objetivo principal resolver los problemas observados en la aplicación de la derogada Directiva CEU de 1994, así como dar mayor efectividad a la norma e incrementar el número de Comités de empresa europeos. Desde hacía algunos años se había venido poniendo de manifiesto la existencia de problemas de funcionamiento de los Comités de empresa europeos, que dificultaban el cumplimiento de los fines y de los objetivos de la norma. A su vez, un balance dispar en torno a su verdadera implantación y al funcionamiento de estos órganos habían ido alimentado el debate sobre la necesidad de modificar y mejorar la normativa, máxime a partir de la adopción de las otras dos normas participativas, la Directiva SE 2001 y la Directiva marco 2002.

En el año 2004, la Comisión iniciaría un procedimiento de consultas con los interlocutores sociales europeos en el que, entre otras cuestiones, se les preguntaba por el sentido de una posible acción comunitaria en este terreno, incluida una revisión de la Directiva de 1994. En 2005, la Comisión presentó una Comunicación sobre "Reestructuraciones y empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo. El papel de la Unión Europea", en la que, además de orientar la política europea en materia de reestructuraciones, emplazaba a los interlocutores sociales europeos a profundizar en sus compromisos en esta materia, así como a promover las mejores prácticas de trabajo de los Comités de empresa europeos que incrementen su eficacia⁷⁹². Por su parte, los interlocutores sociales europeos elaboraron un documento conjunto: "Lecciones extraídas de los Comités de empresa europeos, valoración conjunta de la CES, UNICE, UEAPME y CEEP de 7 de abril de 2005". Tres años después, en 2008, tras una segunda ronda de consultas, la Comisión,

⁷⁹² COM (2005) 120 final.

basándose en gran medida en el documento de los interlocutores sociales, presentaba formalmente una propuesta de Directiva, que fue aprobada finalmente el 6 de mayo de 2009.

Las principales novedades que contiene la vigente Directiva CEU 2009 con respecto a lo dispuesto en la derogada Directiva CEU de 1994, son las siguientes:

1.- Se definen las nociones de *“información”* y *“consulta”* (arts. 1.3 y 1.4), en coherencia con lo dispuesto en las otras Directivas participativas, la Directiva SE 2001 y la Directiva marco 2002.

2.- Se introduce el concepto de *“transnacionalidad”*, para definir las *“cuestiones que afectan al conjunto de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria o al menos a dos empresas o establecimientos de la empresa o grupo situados en estados miembros diferentes”* (art 1.4). Se establece, a su vez, que las competencias del Comité de empresa europeo, así como el alcance de los procedimientos de información y consulta que pudieran establecerse, *“se limitarán a cuestiones transnacionales”* (art. 1.3).

3.- Se pretende aclarar la articulación entre los planos comunitario, interno y el propio de la Sociedad anónima europea, estableciéndose a tal efecto determinadas reglas de aplicación en caso de coincidencia de ámbitos (art. 6.2.c y art. 12).

4.- Se incrementan las obligaciones empresariales en el inicio del procedimiento de negociación, involucrando a la parte social interesada desde antes del inicio de este procedimiento. Esta novedad se inspiraba claramente en la Directiva SE 2001. En la derogada Directiva CEU de 1994, con carácter previo al inicio del procedimiento de negociación, las empresas debían *“facilitar información sobre el número de trabajadores empleados”*, al objeto de determinar si su empresa quedaba o no bajo el ámbito de aplicación de la normativa⁷⁹³. En la Directiva CEU 2009 se establece que *“toda dirección de una empresa será responsable de la obtención y transmisión a las partes interesadas de la información indispensable para la apertura de las negociaciones. (..) en*

⁷⁹³ Art. 11.2 Directiva CEU 1994.

*particular la información relativa a la estructura de la empresa o del grupo y su plantilla*⁷⁹⁴. La mejora es notable.

5.- Se establece una nueva regulación sobre la composición de la Comisión negociadora (art. 5.2.b).

6.- Se reconoce el papel de las organizaciones europeas de trabajadores y de empleadores, permitiendo que sean informados sobre el inicio de las negociaciones y sobre la composición de la Comisión negociadora (art. 5.2.c). Asimismo, se prevé que miembros de dichas organizaciones, y también de los sindicatos y organizaciones empresariales de ámbito nacional, siempre que sean *“competentes y reconocidos a nivel comunitario”*, puedan ser designados como expertos y puedan asistir *“con carácter consultivo”* a la reuniones de negociación⁷⁹⁵.

7.- Se prevé la re-negociación de los acuerdos existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva normativa de 2009, pero se exige que el acuerdo que se pretenda re-negociar, prevea *“las modalidades conforme a las cuales puede ser modificado o denunciado, los casos en los que deberá re-negociarse y el procedimiento de renegociación, inclusive, en su caso, cuando se produzcan cambios en la estructura de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria*⁷⁹⁶”.

8.- Se mejoran las garantías y facilidades reconocidas a los representantes de los trabajadores para el ejercicio de sus funciones. En este sentido, se prevé *“que dispongan de los medios adecuados para aplicar los derechos derivados de la Directiva*⁷⁹⁷”, y , a su vez, se establece expresamente que *“recibirán información, sin pérdida de salario, cuando sea necesario para el ejercicio de sus funciones en un entorno internacional*⁷⁹⁸”.

⁷⁹⁴ Art. 4.4. Directiva CEU 2009.

⁷⁹⁵ Art. 5.4, tercer párrafo, Directiva CEU 2009.

⁷⁹⁶ Art. 6.2.g Directiva CEU 2009.

⁷⁹⁷ Art. 10.1 Directiva CEU 2009.

⁷⁹⁸ Art. 10.4 de la Directiva CEU 2009.

1.3.- La Directiva SE 2001: implicación negociada.- Las propuestas sobre la Sociedad anónima europea presentadas formalmente en 1991 tampoco obtuvieron el voto unánime de los Estados miembros representados en el Consejo necesario para su aprobación (*Supra, cap. 2º, apartado IV.2*). En 1996 se constituyó un nuevo grupo de trabajo, al mando del entonces Vicepresidente de la Comisión, Etienne DAVIGNON. Al Grupo DAVIGNON se le encargaron tres tipos de tareas: 1.- hacer un balance y una evaluación sobre los sistemas de participación en los órganos de las sociedades de los Estados Miembros, fijando su equivalencia con otras formas de intervención de los representantes de los trabajadores en los procesos de toma de decisiones en la empresa; 2.- evaluar el riesgo de huida de los sistemas nacionales por la utilización de la Sociedad anónima europea sin un capítulo social adecuado; y 3.- enunciar el tipo de reglas aplicables a la Sociedad anónima europea en atención a su origen legislativo o negocial⁷⁹⁹. El grupo DAVIGNON pondría de manifiesto las razones principales por las que seguramente no había sido posible la adopción del pretendido Estatuto jurídico de la Sociedad anónima europea en 1991. Estas cuestiones se convertirían, a partir de ese momento, en los puntos calientes, en los más conflictivos, de la regulación sobre la Sociedad anónima europea, y debían resolverse adecuadamente para obtener la unanimidad que requería su aprobación en virtud de lo dispuesto en el artículo 308 del TCE, anterior art. 235 del Tratado de Roma y actual 352 TFUE. Ésta se produciría finalmente el 8 de octubre de 2001.

Las cuestiones que generaban más polémica eran las siguientes:

En primer lugar, con respecto a las modalidades previstas para la constitución de la Sociedad anónima europea, se observaba por el grupo de expertos que, al permitir la transformación de una sociedad de derecho nacional ya existente en Sociedad anónima europea, sin mayores requisitos, se estaba abriendo la vía para que determinadas sociedades se *auto-transformaran* en Sociedad anónima europea, domiciliándose a su vez en un Estado miembro con una legislación menos avanzada que la suya de origen en materia de derechos

⁷⁹⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F., “la participación de los trabajadores...”, cit., p. 9; “European Company Statute revisited”, European Works Council Bulletin (EWCB) nº 10, julio-agosto 1997, pp. 8-13.

participativos. Para poder atajar este problema y evitar rechazos posteriores, la regulación sobre la Sociedad anónima europea finalmente aprobada en 2001 prevé el **principio antes-después** o principio de conservación de derechos adquiridos. Este principio va a garantizar el mantenimiento de los derechos de participación de los trabajadores adquiridos antes de la constitución de la Sociedad anónima europea, pero sin obligar a sus fundadores a establecer, después, tras la constitución de la Sociedad anónima europea, sistemas de participación más favorables que los anteriores⁸⁰⁰. La protección de los derechos adquiridos a través del principio antes-después, es un rasgo fundamental y un objetivo declarado; una regla general de aplicación que conoce sin embargo de determinadas excepciones. (*Infra, cap. 4º, apartados I.2.3.4, I.5.3 y II.3.2*).

En segundo lugar, el grupo de trabajo DAVIGNON pondría de manifiesto, que, dadas las disparidades entre las legislaciones y prácticas de los Estados miembros, no iba a ser posible ni una armonización general, ni mantener la obligatoriedad de la equivalencia entre modelos, siendo más conveniente que se asegurasen unas disposiciones subsidiarias mínimas, a aplicar en caso de desacuerdo. En este sentido, la experiencia de la aprobación de la Directiva CEU 1994 contribuyó en gran medida a facilitar la adopción del Reglamento y Directiva SE de 2001, al permitir proyectar sobre el régimen jurídico de la Sociedad anónima europea, técnicas ya ensayadas en la organización de fórmulas de representación de los trabajadores en la empresa y grupos transnacionales. Así, ha de considerarse en este sentido, que el diseño básico de la Directiva CEU de 1994, que permanece en la actual regulación de 2009, relativo al establecimiento de sistemas de participación negociada, junto a la aplicación de unas disposiciones subsidiarias, en defecto de acuerdo, y a los mecanismos para asegurar la transnacionalidad, facilitaron, sin lugar a dudas, el desbloqueo de la propuestas sobre la Sociedad anónima europea. Ello no obstante, como se analizará, la Directiva SE 2001 va más allá, perfeccionando la regulación de la derogada Directiva CEU 1994, disminuyendo riesgos de evasión, articulando la relación entre ésta y aquélla, asegurando la participación

⁸⁰⁰ CASAS BAAMONDE, M. E., "La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)", Revista Española de Derecho del Trabajo nº 117, mayo/junio 2003, p. 360.

de los trabajadores en la toma de decisiones de la Sociedad anónima europea pero permitiendo también el acceso a las principales organizaciones sindicales, como de hecho prevé a su vez la nueva Directiva CEU de 2009.

Los aspectos más significativos de la Directiva SE 2001 son los siguientes:

Primero.- Como ya se dijo (*Supra*, cap. 2º, apartado I.2.1), la Directiva introduce un nuevo concepto “*implicación*” de los trabajadores y lo define a partir de las nociones de “*información*”⁸⁰¹, “*consulta*”⁸⁰² y “*participación*”, identificada como participación interna⁸⁰³.

Segundo.- En términos muy similares a la derogada Directiva CEU de 1994, regula un procedimiento de negociación mediante el cual las partes acordaran el sistema de implicación en su empresa en un acuerdo de implicación. Queda patente también en la Directiva SE 2001, la primacía de la autonomía colectiva en la elección de dicho modelo. Así, la opción por la negociación va a permitir a las partes elegir el sistema de implicación que más les convenga, sin perjuicio de la observancia de determinadas, y complejas, reglas (*Infra*, cap. 4º, apartados I.2.3, I.4.3 y II.3.2).

⁸⁰¹ Art. 2.i Directiva SE 2001 define la información como “*transmisión, por el órgano competente de la Sociedad anónima europea al órgano de representación de los trabajadores o a los representantes de los trabajadores, de las informaciones relativas a la cuestiones que afecten a la propia Sociedad anónima europea y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situado en otro Estado miembro o que excedan las competencias de los órganos de decisión de 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 en la Sociedad anónima europea*”.

⁸⁰² El art. 2.j Directiva SE 2001 define la consulta como la “*apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre el órgano de representación de los trabajadores y el órgano competente de la Sociedad anónima europea, 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 tenido en cuenta en el marco del proceso de toma de decisiones en la Sociedad anónima europea*”.

⁸⁰³ Art 2.k Directiva SE 2001 define la participación como “*la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante a) el derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad; o b) el derecho a recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad*”.

Tercero.- La norma prevé tres **modalidades de implicación**, que son básicamente las siguientes:

En primer lugar, canalizar la implicación a través de un órgano de representación de los trabajadores, **implicación externa institucionalizada**. En este caso, el acuerdo de implicación deberá indicar composición, número de miembros y distribución de los puestos, atribuciones y procedimiento previsto de información y consulta, frecuencia de sus reuniones y recursos financieros y materiales asignados (art. 4.2.).

En segundo lugar, mediante el establecimiento de cauces o procedimientos de información y consulta, **implicación externa no institucionalizada o informal**. En este supuesto se dispone únicamente que el acuerdo de implicación *“establecerá las modalidades de aplicación de tales procedimientos”* (art. 4.2.f).

En tercer lugar, acoger la implicación mediante el establecimiento de **derechos de participación**, que según definición de la propia Directiva se trata de derechos relativos a la **participación o implicación interna**; es decir, el derecho a elegir, recomendar, designar u oponerse a la designación, de determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad (art. 2.k). En este supuesto el acuerdo de implicación *“establecerá sus aspectos sustanciales, incluido, en su caso, el número de miembros del órgano de administración o de dirección de la Sociedad anónima europea, que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de tales miembros, así como sus derechos”* (art. 4.2.g).

La relación entre estas tres modalidades de implicación no responde a un único esquema. Si bien las partes podrán optar por uno u otro sistema puro, es decir, bien participación interna, bien externa, o bien *“decidir establecer uno o más procedimiento de implicación en lugar de establecer un órgano de representación”* (art. 4.2.f), en virtud de la aplicación del principio antes-después, como se verá, la libertad de las partes en la negociación podría venir limitada tanto por lo dispuesto en las normas nacionales de transposición de la Directiva, como por la propia situación participativa de la sociedad con anterioridad a su constitución como Sociedad anónima europea.

Cuarto.- Con respecto al **procedimiento de negociación** para acordar la implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea, cabe hacer las siguientes anotaciones:

1.- La oferta de apertura de las negociaciones por la parte empresarial no se configura como una mera facultad, como en la Directiva CEU, sino que en la Directiva SE 2001 la iniciativa negocial se prevé como un verdadero deber para las direcciones empresariales que deseen formar una Sociedad anónima europea. En este sentido, se involucra a los representantes de los trabajadores desde el inicio del procedimiento de negociación en los términos siguientes: *“cuando los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes establezcan el proyecto de constitución de una Sociedad anónima europea, iniciarán lo antes posible ..(..) 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 sus trabajadores, para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea”* (art. 3.1).

2.- La negociación dirigida a alcanzar el acuerdo de implicación en la Sociedad anónima europea ha de desarrollarse *“con espíritu de colaboración”* (art. 4.1). Sólo en defecto de acuerdo o cuando las partes así lo decidan, se aplicarán unas disposiciones de referencia contenidas en el Anexo, tal y cómo hayan sido determinadas por la legislación del Estado miembro donde se domicilie la Sociedad anónima europea. Si se alcanza el acuerdo de implicación quedan excluidas las disposiciones de referencia del Anexo, salvo que las partes se hayan remitido expresamente a su contenido (art. 4.3).

3.- Se promociona que las partes lleguen a un acuerdo, acuerdo de implicación, en mayor medida que en la Directiva CEU de 1994 y con clara preferencia porque se establezca un órgano de representación externa, un órgano de representación permanente⁸⁰⁴.

⁸⁰⁴ LUJÁN ALCARAZ, J., “La Directiva 2001/86, del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la sociedad anónima europea en los que respecta a la implicación de los trabajadores”, Aranzadi Social nº 5, 2002, p. 24.

4.- En relación con lo anterior, se prolonga la duración de las negociaciones, fijada inicialmente en seis meses (art. 5.1), hasta un máximo de un año, a contar desde la constitución de la Comisión negociadora y de común acuerdo entre las partes (art. 5.2).

5.- Se promueve la presencia de representantes sindicales que serán informados sobre el inicio de las negociaciones y que podrán estar presentes en las reuniones de la comisión negociadora, en calidad de asesores o expertos, *“cuando así lo solicite la comisión negociadora, en su caso, para promover la coherencia a nivel comunitario”* (art. 3.5).

6.- Se ofrece a las partes unas indicaciones o pautas claras con independencia de la modalidad elegida para el ejercicio de la implicación: ya se acuerde la creación de un órgano de representación como interlocutor de la Sociedad anónima europea o sean varias las modalidades acordadas, el acuerdo deberá precisar su ámbito de aplicación, la fecha de entrada en vigor, su duración, los casos en los que el acuerdo deberá renegociarse y el procedimiento para su renegociación (art. 4.2). Por el contrario, en la Directiva CEU se diferencian los contenidos mínimos según la modalidad negociada para llevar a la práctica la mejora de la información y consulta. Ambas normas delimitan su ámbito de imputación normativa en atención a la transnacionalidad de sus estructuras (empresas y grupos de dimensión comunitaria y sociedades europeas), pero queda sin embargo consagrada la primacía de la Directiva SE 2001 frente a la Directiva CEU. Así, cuando una Sociedad anónima europea sea, a su vez, empresa de dimensión comunitaria, o una empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, *“no se la aplicarán ni a ella ni a sus filiales, las disposiciones de la Directiva 2001/86, ni las normas de transposición de la misma”* (art. 13). Esta es, no obstante, una regla general que cede en los supuestos en los que la comisión negociadora (en la Sociedad anónima europea) decida *“no iniciar negociaciones o terminar las negociaciones ya iniciadas y basarse en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los estados miembros en que la Sociedad anónima europea tenga trabajadores”* (art. 3.6).

2.- Notas principales de las normas participativas.- La principal nota común a destacar de la normativa participativa objeto de estudio es su marcada complejidad⁸⁰⁵. Las tres Directivas presentadas versan sobre la participación de los trabajadores, a través de sus representantes, en las decisiones que se toman en las empresas para las que trabajan, aunque cada una de ellas presenta sus propias peculiaridades. La complejidad que se predica de la misma se aprecia en las siguientes consideraciones: en primer lugar, en las dificultades que entraña la propia clasificación de las normas participativas, que puede apreciarse, tanto a la vista de lo dispuesto en la página web de la Comisión, que las sitúa bajo el epígrafe “*Diálogo social y participación*”, como en las diversas y dispares clasificaciones elaboradas por la doctrina (apartado 2.1); en segundo lugar, en los diferentes ámbitos de aplicación, finalidades y fundamentos jurídicos de las normas participativas (apartado 2.2); en tercer lugar, en la extensa dilación temporal en la aprobación de las mismas (apartado 2.3); en cuarto lugar, en los laboriosos procesos de transposición a los ordenamientos internos (apartado 2.4); y, por último, en la ambigua regulación prevista en las normas participativas en punto a su propia articulación con respecto a las otras (apartado 2.5).

2.1.- La difícil clasificación de las normas participativas.- A la hora de abordar un estudio de las normas comunitarias que regulan derechos participativos se puede optar entre distintas clasificaciones o tipologías. La propia Comisión Europea, en la información que se contiene en su página web de la Dirección General de Empleo, Asuntos sociales e Inclusión, sitúa las tres normas objeto de estudio, Directiva marco 2002, Directiva CEU 2009 y Directiva SE 2001, bajo un epígrafe denominado “*Diálogo social y participación*”⁸⁰⁶. Se especifica en este epígrafe que la información y consulta a los trabajadores “es

⁸⁰⁵ FERNÁNDEZ DO CAMPO, B., *La participación de los trabajadores...*, p. 275.

⁸⁰⁶ “*El diálogo con los interlocutores sociales constituye uno de los pilares del Modelo social europeo. Este modelo, genuinamente anclado en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, engloba los debates, las consultas, las negociaciones y las actuaciones comunes de las organizaciones representativas de los interlocutores sociales. El diálogo social europeo, que puede ser bipartito o tripartito, completa las prácticas nacionales de diálogo social que existen en la mayoría de los Estados miembros. Sobre la base de los principios de solidaridad, responsabilidad y participación, este diálogo constituye el principal órgano a través del cual los interlocutores sociales contribuyen a definir las normas sociales europeas y desempeñan un papel esencial en la gobernanza de la Unión*”.

uno de los objetivos principales” de la política social y de empleo, junto al crecimiento y calidad del empleo y de las condiciones de trabajo, la lucha contra la pobreza y la exclusión social y la modernización de los sistemas de protección. Es llamativo que no formen parte de este epígrafe otras normas con contenido participativo, derechos de información y consulta, sino que estas otras normas se relacionan bajo un segundo epígrafe denominado “*Derechos y organización de los trabajadores*”⁸⁰⁷. En este segundo epígrafe se incluyen por ejemplo las Directivas clásicas o de mercado: Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos, Directiva 2001/23/CE sobre traspasos y Directiva 2002/74/CE sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia. Por lo demás, en un Informe de la Comisión de 2010, se situaba a las tres Directivas objeto de estudio bajo la denominación “*Directivas que abordan la implicación transnacional de los trabajadores*”, mencionando no sólo a la Directiva marco 2002, Directiva CEU 2009 y Directiva SE 2001, sino también a la Directiva 2003/72/CE sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea, Directiva SCE 2003 y a la 10ª Directiva 2005/56 sobre fusiones transfronterizas de sociedades de capital⁸⁰⁸.

La mayoría de las clasificaciones que se han ido elaborando sobre las normas participativas por parte de la doctrina laboralista se han hecho en función de los ámbitos de aplicación, nacional o supranacional de las Directivas. En este sentido es habitual encontrar clasificaciones que se basan en la distinción entre, por un lado, las Directivas de aplicación a empresas de ámbito nacional, que comprendería a las Directivas de mercado, la Directiva marco 2002 y la Directiva

⁸⁰⁷ “La Unión Europea establece normas mínimas en lo que respecta a los derechos de los trabajadores y a la organización del trabajo. Dichas normas se refieren a los despidos colectivos, la insolvencia y el traspaso de empresas, la consulta y la información de los trabajadores, el tiempo de trabajo, la igualdad de trato y de retribución, así como a los trabajadores desplazados. Esas normas se han completado con acuerdos marco entre los interlocutores sociales europeos. De esa manera, se ha introducido en toda la Unión el derecho a los permisos parentales y por razones familiares, se ha facilitado el trabajo a tiempo parcial y se ha limitado la utilización de contratos sucesivos de duración determinada. Por último, el concepto de responsabilidad social de las empresas encierra un llamamiento para que las empresas adopten buenas prácticas en el ámbito social de forma voluntaria. La Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo formula recomendaciones dirigidas a los responsables políticos”.

⁸⁰⁸ Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones sobre la revisión de la Directiva 2003/72/CE por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, de 16.9.2010, COM (2010) 481 final, p. 10, apartado 4.4.

89/389/CEE sobre seguridad y salud y, por otro lado, las Directivas de aplicación a empresas de ámbito transnacional, en referencia a las Directivas CEU 1994 y 2009, la Directiva SE 2001 y la Directiva SCE 2003⁸⁰⁹. A su vez, a partir de esta clasificación general, se han ido presentando por la doctrina diferentes tipologías, principalmente en atención al contenido y al alcance de los derechos participativos reconocidos en las normas, destacando entre ellas, las siguientes:

1.- Algunos autores han señalado que existe una distinción entre Directivas que contemplan la función participativa en sentido débil, frente a la negociación colectiva o participación en sentido fuerte⁸¹⁰.

2.- Otros autores realizan su clasificación, bien en función del mayor o menor grado de integración de los trabajadores en la toma de decisiones en la empresa⁸¹¹, bien distinguiendo diferentes tipos de participación en los términos siguientes: a.- participación informativo-consultiva, de la que sería representativa la Directiva marco 2002; b.- participación representativa institucionalizada, típica de la Directiva SE 2001 y las Directivas CEU; y c.- participación sustantiva⁸¹². En términos similares se pueden encontrar también otras tipologías que profundizan sobre el alcance de los derechos de información⁸¹³.

⁸⁰⁹ FERNÁNDEZ DO CAMPO, B. *La participación de los trabajadores...*, cit., p. 80. Señala esta autora que ésta es la clasificación mantenida por ARRIGO y por la mayoría de la doctrina italiana.

⁸¹⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., "Los comités de empresa europeos: los derechos sociales de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitarias", *Tribuna Social* nº 98, febrero 1999, habla de función participativa en sentido débil (p. 31) y de negociación y participación fuerte (p. 34); FERNÁNDEZ DO CAMPO, B., *La participación de los trabajadores...*, cit., pp. 114 y 115. Señala esta autora que las formas débiles de participación son las reconocidas a los trabajadores en las Directivas clásicas (98/59 y 2001/23), en la Directivas marco 89/391 seguridad y salud y en la Directiva marco 2002/14.

⁸¹¹ TERRADILLOS ORMAETXEA, E., "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* 22/2006, p. 1090.

⁸¹² MERCADER UGUINA, J., "Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 57, 2005, pp. 281-302; LÓPEZ ESCUDERO, M., "Artículo 27. Derechos de información y consulta de los trabajadores en la empresa", en MANGAS MARTIN, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (comentario artículo por artículo)*, Fundación BBVA, 2008, pp. 473-488.

⁸¹³ GARRIDO PÉREZ, E., *La información en la empresa. Análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores*, Consejo Económico y Social, Colección

3.- Algún autor, con carácter novedoso, ha optado por una clasificación en función del carácter temporal versus permanente de los mecanismos de participación que se prevén y se garantizan, distinguiendo entre: a.- “el conjunto de Directivas que tratan sobre crisis, reestructuraciones y saneamiento empresarial, en las que los sistemas o mecanismos de participación articulados se conforman jurídica y funcionalmente desde una vertiente externa a los órganos de dirección y gobierno de la empresa, de manera que viene a pergeñarse un modelo de participación de carácter débil, coyuntural, con una patente deficiencia de garantías para alcanzar la finalidad para la que han sido creados tales mecanismos de participación -caso Vilvoorde- y vinculado al objetivo de realizar un tratamiento negociado y, por tanto, anticipado a las medidas sociolaborales que se pretendan arbitrar para afrontar las reestructuraciones, crisis y saneamientos; y b.- las Directivas marco 2002, CEU 2009 y SE 2001, que vienen a garantizar derechos de información, consulta o participación singularizados por tener carácter de permanencia procedimental y que llevan a que la lógica que envuelve a los mismos, en principio, busque un objetivo mayor de implicación de los trabajadores sobre cuestiones que desbordarían o que podrían entenderse como de estricta o mera posición jurídica del trabajador⁸¹⁴”.

4.- De gran coherencia son aquellas otras teorías que clasifican las normas participativas en relación a las estrategias de actuación comunitaria en la materia, distinguiéndose entre: a.- la armonización de derechos de información y consulta -Directivas clásicas y Directiva marco 2002-; b.- la institucionalización de la participación y el derecho societario -Directiva SE-; y c.- la mejora de los

Estudios nº 18, 1995, p. 177 y ss. Esta autora distingue entre: 1.- potestades de información sobre aspectos económicos y societarios; 2.- informaciones funcionalizadas a poderes expresos de consulta -las potestades implícitas-; y 3.- potestades implícitas de información en el marco de la negociación colectiva.

⁸¹⁴ GARCÍA JIMÉNEZ, M., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea: experiencias comparadas y trasposición al ordenamiento jurídico interno”, Comunicación, XVII Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Salamanca, 18 y 19 de mayo 2006, p. 3.

canales de información y consulta en las organizaciones transnacionales - Directiva CEU-⁸¹⁵.

5.- Por último, existen otras heterogéneas en las que la tipología o clasificación se realiza conjugando ámbitos, estrategias, contenidos y alcances de las normas participativas⁸¹⁶.

2.2.- Los diferentes ámbitos de aplicación, finalidades y fundamentos jurídicos de las normas participativas.- La complejidad que se predica de la normativa comunitaria sobre participación de los trabajadores en la empresa se aprecia en los distintos ámbitos de aplicación, finalidades y fundamentos jurídicos de las tres Directivas objeto de estudio, lo que dificulta en mayor medida un análisis conjunto de las mismas. Estas Directivas pertenecen propiamente a ramas distintas del derecho comunitario: la Directiva marco 2002 (apartado A) y la Directiva CEU 2009 (apartado B) pertenecen al Derecho social y la Directiva SE 2001 (apartado C) pertenece a la rama del Derecho societario, afectando este hecho tanto a las técnicas o instrumentos de intervención como a las relaciones jurídicas que se pretenden regular.

A.- La Directiva marco 2002 encontró su fundamento jurídico en el artículo 137.2 TCE, actuales 153.2.g y 153.1.e TFUE, que debía su origen al Acuerdo sobre política social de 1992, cuyo contenido fue incorporado al Derecho originario a partir de la adopción del Tratado de Ámsterdam (*Supra, cap. 1º, apartado II.4.4*). La Directiva marco 2002 se fundamenta en una base jurídica específica del ámbito social lo que significa que es propiamente una norma laboral de mínimos, dictada para la consecución de objetivos sociales, en concreto, los previstos en el actual artículo 151 TFUE, anterior artículo 136 TCE.

⁸¹⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F., "Los derechos de información y consulta en el Derecho social comunitario", Relaciones Laborales nº 9, quincena del 8 al 23 de mayo de 2008, LA LEY 15892/2008.

⁸¹⁶ ORTÍZ LALLANA, M. C., "La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario", Ponencia I, XVII Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, 18 y 19 de mayo 2006, p. 73; HUERTAS BARTOLOMÉ, T., "Nuevas normas sobre diálogo social europeo...", cit.

Como ya se dijo, la Directiva marco 2002 vino a reforzar y a ampliar la normativa entonces existente en materia de información y consulta a los trabajadores, recogida tanto en las Directivas clásicas o de crisis como en la Directiva CEU 1994, consideradas *“excesivamente orientadas al tratamiento a posteriori y no siempre efectivas”*⁸¹⁷. Asimismo, según se dispone en su Preámbulo, considerando nº 9, se adoptó la Directiva marco 2002 con vistas a asegurar que la información y la consulta se produzcan *“con la suficiente antelación”* pues *“.. (estos trámites de información y consulta) constituyen una condición previa para el éxito de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía, en particular, a través del desarrollo de nuevos métodos de trabajo”*. Así, la Directiva marco 2002, también denominada Directiva Vilvoorde, aclaró y unificó conceptos, forma y procedimientos en el ejercicio de los mencionados derechos. Como novedad con respecto a las Directivas clásicas, la Directiva marco 2002/14 concibió la información y consulta con fines preventivos, no como meros trámites: *“la preocupación de la norma es que la información y consulta no sean un mero cumplimiento formal, tan sólo un cubrir las formas, les preocupa establecer pautas respecto al momento, forma y contenidos de las informaciones a facilitar, que sólo se van a entender cumplidas cuando sirvan a los fines pretendidos en cada caso”*⁸¹⁸.

B.- La Directiva CEU 2009, encontró su fundamento jurídico también en una base jurídica específica del ámbito social, el artículo 137 TCE, actual artículo 153 TFUE. No es esta Directiva, sin embargo, una norma destinada a fijar mínimos comunes, sino que se ha definido básicamente como una norma de procedimiento: que no recoge derechos mínimos de forma preceptiva, sino que más bien sienta las bases para que se desarrollen procedimientos de negociación con la finalidad de mejorar la información y la consulta a los trabajadores en el ámbito concreto de las empresas y grupos de empresas de

⁸¹⁷ Considerando nº 6 y 13 del Preámbulo de la Directiva marco 2002.

⁸¹⁸ PEDRAJAS MORENO, A, y SALA FRANCO, T., “Competencias y deber de sigilo de los representantes de personal en la empresa y protección de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial”, Actualidad Laboral nº 3, quincena 1-15 de febrero de 2008, LA LEY 13/2008, p. 4.

dimensión comunitaria, o, según algún autor “tiende a la regularización de contendios mínimos que favorezcan el diálogo social en las empresas”⁸¹⁹. La Directiva CEU 2009 no establece una obligación general de informar sobre una serie predeterminada de materias, ni en el supuesto de que se constituya un Comité de empresa europeo negociado, ni en el supuesto de que se opte por un procedimiento alternativo de información y consulta en las empresas y grupos de dimensión comunitaria, a salvo de lo que se dirá con respecto a la aplicación de las disposiciones subsidiarias (*Infra, cap. 4º, apartados 1.2.2.3 y 1.4.2.2*). La Directiva CEU 2009 moderniza, modifica sustancialmente y deroga la Directiva CEU de 1994, pero no modifica sustancialmente el régimen jurídico previsto en la norma de 1994⁸²⁰.

C.- Tanto el Reglamento como la **Directiva SE de 2001** encontraron su fundamento jurídico en el artículo 308 TCE, anterior artículo 235 TCEE y actual artículo 352 TFUE. Esta base jurídica general, ampliamente modificada por el Tratado de Lisboa, viene a justificar actuaciones de la Unión que no estén expresamente previstas en otros preceptos de Derecho originario. En este sentido, la creación de un nuevo ente societario, la Sociedad anónima europea, fue concebida, según se dispone en el considerando nº 1 del Preámbulo del Reglamento SE 2001, “*para facilitar la reestructuración y reorganización de las empresas y de las actividades a escala comunitaria*”. La Directiva sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea, Directiva SE 2001, se diseñó como complemento indisoluble del Reglamento; se optó por una Directiva ante la imposibilidad de establecer un modelo único de implicación de los trabajadores en este nuevo tipo de sociedades. Pertenece esta Directiva de 2001 al ámbito del Derecho societario europeo a pesar de regular una materia, la implicación de los trabajadores en la sociedad, a partir del reconocimiento de

⁸¹⁹ ORTÍZ LALLANA, M. C., “La participación de los trabajadores...”, cit., p. 190; CRUZ VILLALON, J., “La información y consulta...”, cit., pp. 131-2.

⁸²⁰ GÓMEZ GORDILLO, R., “La reforma de la Directiva sobre el Comité de empresa europeo. Nueva apuesta por la fijación convencional de derechos de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria”, Relaciones Laborales nº 13, quincena del 8 al 23 de julio de 2010, LA LEY 8395/2010.

determinados derechos de información, consulta y participación interna, más propia del ámbito del Derecho social europeo.

2.3- La extensa dilación temporal en la aprobación de las normas participativas.- La complejidad que se predica de la normativa comunitaria sobre participación de los trabajadores en la empresa, deriva también de la extensa progresión o dilación temporal en la aprobación de las normas, apreciable tanto en las normas pertenecientes al ámbito social como al societario. Las Directivas participativas objeto de estudio datan de 2001, 2002 y 2009. Como se ha visto a lo largo de este segundo capítulo, desde los inicios de los años setenta se fueron sucediendo propuestas normativas que tuvieron por objeto regular la participación de los trabajadores en las decisiones empresariales que les afectan. Algunas de ellas fueron finalmente aprobadas como las Directivas clásicas o de crisis y la Directiva CEU 1994. Otras, quedaron abandonadas, como las propuestas de SE de 1970, 1975, 1989 y 1991 y las propuestas de 5ª Directiva de 1972 y 1983. La aprobación de la vigente Directiva SE en 2001, después de más de treinta años de debate, fue posible, según la doctrina, no sólo a un cambio de enfoque en materia participativa -Informe DAVIGNON-, sino también gracias a la experiencia que supuso la aprobación de la Directiva CEU 1994, que abrió el paso para la posterior aprobación de la Directiva SE en 2001, al acogerse en ésta última técnicas ya ensayadas: la preferencia de la negociación colectiva para determinar la implicación de los trabajadores en la empresa, la aplicación subsidiaria de normativa comunitaria en defecto de acuerdo entre las partes y la creación de un organismo de representación transnacional con derechos de información y consulta. La huella de la derogada Directiva CEU 1994 en la Directiva SE 2001 es tanto positiva como negativa⁸²¹.

Las tres Directivas participativas objeto de estudio fueron adoptadas con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009. El hecho de que se haya dotado de valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales a partir de dicha fecha va a dotar a las normas participativas de un nuevo fundamento jurídico común, el artículo 27 de la Carta (*Infra, cap. 3º*,

⁸²¹ CASAS BAAMONDE, M. E., "La implicación de los trabajadores...", cit., pp. 359 y 372.

apartado 1.1). Con o sin el respaldo del reconocimiento de la información y consulta como derechos fundamentales en el artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales, la génesis de la normativa participativa tiene como nota propia su prolongada progresión temporal, tanto en sentido positivo como negativo, y el hecho de que cada norma haya ido preparando el camino para la siguiente.

La aprobación de la Directiva marco 2002 es fruto de un largo proceso que se iniciaba en el 1995, que daría lugar a la presentación formal de una propuesta de Directiva marco de 1998. Esta propuesta de 1998 fue extensamente debatida, incluso entre las propias Instituciones comunitarias, entre el Consejo de Política Social y Empleo y el Parlamento Europeo. La propuesta de 1998 entró en fase de conciliación del procedimiento de codecisión y fue la Comisión la encargada de sentar las bases para un acuerdo entre ambas Instituciones, Parlamento Europeo y Consejo, hasta obtener una redacción final y su posterior aprobación en 2002⁸²². Por su parte, la Directiva CEU 2009 vino antecedida de la Directiva CEU 1994, pero también de las propuestas Vredeling Richards de 1980 y 1983 y de propuestas de Directiva CEU de 1990 y 1991. Como se analizará, se observa una clara regresión en cuanto a la regulación de los derechos participativos con respecto a lo previsto en propuestas anteriores.

En cuanto a la regulación de la Sociedad anónima europea, las repercusiones del paso del tiempo pueden apreciarse desde una doble perspectiva, tanto en sentido positivo como en sentido negativo:

En primer lugar, en sentido positivo, la aprobación del régimen jurídico de la Sociedad anónima europea en 2001 posibilitaría tanto la regulación de la Sociedad Cooperativa Europea en 2003, como la adopción de la 10ª Directiva 2005/56 sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital. Con respecto a esta última, el principio antes-después recogido en la Directiva SE de 2001, facilitó la resolución de las cuestiones relativas al mantenimiento de los derechos de participación interna en sociedades que se fusionan, principalmente en los supuestos en los que la legislación del Estado miembro en que tenga su domicilio social la sociedad resultante de la función transfronteriza no prevea el

⁸²² Dictamen del Comité Económico y Social de 7-8 de julio de 1999 y Dictamen del Comité de las Regiones de 13 de diciembre de 2000, COM (2001)-5/035.

mismo nivel de participación que el aplicado en las sociedades que se fusionan (art. 16)⁸²³. También en sentido positivo, más recientemente, puede apreciarse cómo la adopción de la regulación de la Sociedad anónima europea en 2001, junto a otras Directivas de armonización del Derecho societario europeo, entre ellas, la Directiva 2009/109/CE sobre las obligaciones de información y documentación en el caso de fusiones y escisiones, la Directiva 2009/133/CE sobre el régimen fiscal común aplicable a las escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado social de una Sociedad anónima europea o una Sociedad cooperativa europea de un Estado miembro a otro y la Directiva 2011/35/UE relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, están preparando el camino para la futura adopción determinadas propuestas pendientes, en concreto:

1.- la propuesta de 14ª Directiva sobre traslado transfronterizo de domicilio social⁸²⁴; y

2.- la propuesta de Reglamento sobre el Estatuto de la Sociedad privada europea⁸²⁵.

En segundo lugar, en sentido negativo, una excesiva prolongación o

⁸²³ GONZÁLEZ, S. y PEREDA, J., “La Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 13/2006, pp. 49-59.

⁸²⁴ El Parlamento Europeo propone que en esta propuesta se haga referencia a las disposiciones de la Directiva CEU 1994 -un lapsus- y de la Directiva 2005/56 “a fin de preservar la coherencia y la naturaleza sustantiva de los procedimientos de participación de los trabajadores en la aplicación de las Directivas de la Unión Europea relativas al derecho de sociedades” (punto 5), Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo 2009 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el traslado fronterizo de la sede social de una empresa (2008/2196 INI), DOUE C 87 E de 1.4.2010, pp. 5-9. Más recientemente, la propuesta de Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la decimocuarta Directiva sobre el derecho de sociedades relativa al traslado fronterizo del domicilio social (2011/2046INI) de 27 septiembre de 2011, en la web del Parlamento Europeo, Comisión de Asuntos Jurídicos, ponente REGNER, E.

⁸²⁵ La última propuesta oficial de Reglamento sobre la Sociedad privada europea es de 25 de junio de 2008, COM (2008) 396 final. *Vid.*, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2009 sobre la propuesta de 2008 (P6-TA (2009) 0094) y la Resolución la Confederación Europea de Sindicatos (CES-ETUC), adoptada por el Comité ejecutivo el 15-16 de octubre de 2008, sobre “Los estatutos de la sociedad privada europea deben respetar los derechos de participación de los trabajadores”.

duración del periodo de elaboración de la Directiva SE 2001 ha tenido consecuencias desfavorables en el régimen jurídico de la Sociedad anónima europea. En este sentido, considera la doctrina que la posterior adopción de determinadas Directivas de armonización en materia societaria, junto con el solapamiento de los procesos de elaboración normativa en el ámbito societario, han ido vaciando al Estatuto de la Sociedad anónima europea de gran parte de su contenido: “Como resultado de este solapamiento de ambos procesos legislativos, las Directivas societarias han ido vaciando al Estatuto de la Sociedad anónima europea de gran parte de su contenido. La concepción final de la Sociedad anónima europea recogida en su Estatuto se ha desvirtuado, reduciendo en gran medida la idea originaria de este tipo social⁸²⁶”. Con el paso del tiempo, las ventajas predicadas sobre la Sociedad anónima europea han ido perdiendo peso; se han ido desmitificando. Así, entre las ventajas del régimen jurídico de la Sociedad anónima europea se encontraba la posibilidad de trasladar su domicilio social de un Estado a otro, sobre todo en países cuyos derechos impiden prácticamente a las sociedades trasladar su domicilio social al extranjero, como Alemania, lo que explica que sea en este país donde más sociedades se han creado⁸²⁷. En 2002, el régimen de la Sociedad anónima europea aportaba unas soluciones al traslado transnacional de sedes sociales, pero “en el futuro, de llegar a aprobarse las 10ª y 14ª Directivas –la 10ª se aprobó en 2005-, ya no será necesario acudir a la Sociedad anónima europea para disfrutar plenamente de la libertad de establecimiento⁸²⁸”. Como se verá (*Infra, cap. 3º, apartado II.4.5*), el Reglamento SE 2001 distingue entre sede social y sede central o administración central y permite transferir la sede social a otro Estado miembro sin tener que disolver la Sociedad anónima europea y sin perder

⁸²⁶ MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DUEÑAS, A., *La Sociedad Europea: un régimen fragmentario con intención armonizadora*, Documentos de trabajo del Instituto de Estudios Europeos, nº 2, mayo 2004, pp. 25 y 97-100; SCHWIMBERSKY, S., “European legislation and the European Court of Justice: Impacts on Worker participation in Europe”, Paper presentado en la Conferencia IREC “Governance issues in shifting industrial and employment relations”, 26-28 de Agosto 2004, Universidad de Utrecht, Holanda, pp. 1-31.

⁸²⁷ ALFARO AGUILA-REAL, J., “El informe sobre la Sociedad Anónima Europea”, 2 de febrero de 2011. Publicado en su blog personal derecho mercantiles pana.blogspot.

⁸²⁸ GARCÍA Riestra, M., *La sociedad anónima europea*, Serie documentos de trabajo, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad CEU-San Pablo, 2002, p. 71.

su personalidad jurídica. El Reglamento SE requiere tener registrada la sede social en el mismo Estado miembro en el que radique la sede central. Durante el periodo de *vacatio legis* 2001-2004 de la regulación sobre la Sociedad anónima europea se dictaron sentencias del TJUE, asuntos *Über-seering* e *Inspire Arts*, que introdujeron innovaciones no previstas en 2001. Así, en especial, la obligación de tener registrada la sede social en el mismo Estado miembro que la sede principal, aparece obsoleta a la luz de jurisprudencia citada, donde el Tribunal aceptó que la libertad de establecimiento permite a una sociedad registrada en un Estado miembro desarrollar la totalidad de su actividad en otro, sin afectar a su personalidad jurídica. A mayor abundamiento, en el futuro, la virtualidad del régimen sobre la Sociedad anónima europea quedará en cuestión, máxime de llegar a aprobarse una Decimocuarta Directiva sobre traslado transfronterizo de domicilio social en la que se asegure el principio de que cualquier traslado de domicilio social entre Estados miembros sea fiscalmente neutro y respete el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad (hasta la fecha ha de disolverse y crearse una nueva personalidad jurídica, de ahí la utilidad de la Sociedad anónima europea)⁸²⁹.

2.4- Los laboriosos procesos de transposición de las normas participativas.- La complejidad que se predica de la normativa participativa comunitaria deriva también de los laboriosos procesos de transposición que se requieren para la incorporación de las normas en los ordenamientos internos de los Estados miembros. Como es sabido, las Directivas no son normas directamente aplicables pues para obtener obligatoriedad jurídica requieren, en términos generales, ser transpuestas o incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales (art. 288, tercer párrafo, TFUE). La Directiva marco 2002 es,

⁸²⁹ GOENECHEA J. M. y GRACIA, C., “Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la Ley de modificaciones estructurales”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez* 24/2009, pp. 20-21. En el momento en que se apruebe la Decimocuarta Directiva con ese contenido, el traslado de domicilio social en el marco de la Unión Europea podrá llevarse a cabo con el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad y sin coste fiscal, resolviéndose así de un modo general para todo el ámbito de la Unión Europea la otra parte del puente jurídico –el que engarza con la orilla del país de destino en el traslado- necesario para hacer posible el tránsito de un sistema jurídico a otro, al que se trasladaba el domicilio de la sede social. Sobre la Decimocuarta Directiva, puede consultarse la Resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2012 (2011/2046, INI), con recomendaciones destinadas a la Comisión.

en principio, una norma de alcance nacional, su ámbito de aplicación viene determinado por empresas de éste ámbito, por lo que las labores de transposición en los Estados miembros pudieron acogerse a la experiencia de las pautas de incorporación de anteriores Directivas sociales. Las Directivas CEU 2009 y SE 2001, por el contrario, regulan procedimientos a aplicar en realidades transnacionales, empresas o grupos con centros o empresas en varios países, en el supuesto de la primera, y Sociedades anónimas europeas, que requieren que al menos dos de sus entidades o personas jurídicas estén sujetas a ordenamientos jurídicos de distintos Estados miembros diferentes, en el supuesto de la segunda. Estas dos Directivas son normas de alcance transnacional pues contienen disposiciones de alcance nacional pero también otras de alcance transnacional, con plenos efectos jurídicos en otros Estados miembros. Se trata de normas que surtirán efecto no sólo en el territorio de cada Estado miembro sino también en los restantes territorios estatales donde la empresa o el grupo tengan ubicados establecimientos o empresas, incluso en terceros países. Esta transnacionalidad “se proyecta necesariamente sobre las disposiciones nacionales de transposición pues también éstas deberán contener un ineludible carácter transnacional⁸³⁰”. Que las normas posean eficacia transnacional, excepción a la regla general⁸³¹, dificulta los procesos de transposición y exige que ésta se haga de forma simultánea y coherente en todos los Estados miembros. Las dificultades fueron quizás mayores con ocasión de la transposición de la Directiva SE, indisoluble del Reglamento SE, principalmente

⁸³⁰ CASAS BAAMONDE, M. E., “Dimensión transnacional de leyes nacionales, comité de empresa europeos y procesos y sentencias de conflictos colectivos”, Relaciones Laborales 18/1997, p. 28.

⁸³¹ El artículo 8 del Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (conocido como Roma I), que viene a sustituir al artículo 6.2 del Convenio de Roma de 1980, establece como regla general que será aplicable la ley que elijan las partes, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 3 (apartado 1 del artículo 8). En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución de su contrato, realice su trabajo habitualmente. Cuando no pueda determinarse la ley aplicable en función del lugar de ejecución del contrato, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador (apartado 3 del artículo 8). Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto de los indicados en los apartados 2 y 3, se aplicará la ley de ese otro país (apartado 4 del artículo octavo). GÚZMAN ZAPATER, M., “El Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contrato de consumo y contrato individual de trabajo”, Aranzadi Civil, nº 2, 2009, pp. 2257-2280.

por la regulación prevista en este último sobre gobierno, estructura y funcionamiento de las sociedades mercantiles y las disparidades nacionales existentes en estas materias.

2.5.- La ambigua regulación de la articulación entre las normas participativas.- La complejidad de la normativa participativa, por último, queda patente también en la ambigua regulación de la articulación entre las Directivas participativas existentes. A pesar de los intentos de la normativa por clarificar esta cuestión, sigue siendo una materia extremadamente compleja.

- La Directiva marco 2002 (art. 9) establece que ésta no afectará ni a las disposiciones más específicas de las Directivas clásicas -despidos colectivos y traspasos-, ni a las disposiciones adoptadas de conformidad con la Directiva CEU, pero nada dice sobre la Directiva SE.

- La Directiva SE establece su ámbito de actuación respecto de las materias *“que excedan de las competencias de los órganos de decisión de un único Estado miembro”*, según se prevé en su artículo 2.i respecto del alcance del derecho de información. A su vez, por indicación de la nueva definición de *“cuestiones transnacionales”* que recoge en el artículo 8 de la Directiva CEU 2009⁸³², es transnacional la materia que *“afecte”* al menos a dos Estados miembros diferentes, indicándose, además (considerando nº 16 de la citada Directiva) que habrá de tenerse en cuenta *“el alcance sus efectos potenciales”*⁸³³. Ahora bien, el problema estriba en determinar que materia es o no de ámbito estrictamente nacional o por el contrario de ámbito transnacional⁸³⁴.

⁸³² Art. 1.8 Directiva CEU 2009: *“Se considerarán transnacionales las cuestiones que afectan al conjunto de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria o al menos a dos empresas o establecimientos de la empresa o grupo situados en Estados miembros diferentes”*.

⁸³³ Considerando nº 16 Directiva CEU 2009: *“Es conveniente que el carácter transnacional de una cuestión se determine teniendo en cuenta tanto el alcance de sus efectos potenciales como el nivel de dirección y representación que implica. A este efecto, se consideran transnacionales las cuestiones que afecten al conjunto de la empresa o del grupo de empresas, o al menos a dos Estados miembros. Entre estas cuestiones se encuentran, con independencia del número de Estados miembros de que se trate, las que revistan importancia para los trabajadores europeos en términos del alcance de sus posibles efectos o las que impliquen transferencia de actividades entre Estados miembros”*.

⁸³⁴ “Todo es transnacional porque cuando un trabajador tose en Francia yo estoy a punto de coger una gripe”.. “esto lo tiene claro todo el mundo, el problema es que no se sabe muchas veces el tamaño del estornudo, la velocidad de propagación”. Conversación entre dos representantes de trabajadores españoles en comités de empresa europeos, en *Una visión*

En este sentido se hace difícil determinar cuando una cuestión que en principio sólo afecta a un Estado miembro, no tiene y/o no tendrá efectos potenciales sobre otros centros de trabajo o empresas, de la misma empresa o grupo situados en otros Estados miembros. El mercado y las empresas actúan, en el actual escenario globalizado, de manera transnacional. Los problemas laborales, aun cuando sean de origen local, pueden abordarse mejor, sin duda, a partir de un intercambio de experiencias en el ámbito transnacional. Como señala GÓMEZ GORDILLO, “la renuncia a la armonización normativa a nivel transnacional permite poner en duda también la consecución material de los objetivos pretendidos con la armonización legislativa de los sistema de información y consulta a nivel estatal. La cuestión resulta de gran relevancia si se tiene en cuenta que, aunque es evidente que la mayoría de las empresas de nuestro país, también en el resto de los Estados miembros, no poseen dimensión comunitaria, no es menos cierto que como consecuencia de extensión del fenómeno de descentralización productiva, un buen número de ellas mantiene relaciones comerciales con empresa de este tipo. Las decisiones adoptadas por las direcciones centrales de las empresas de dimensión comunitaria afectan de manera indirecta a los trabajadores de las empresas de ámbito nacional, para quienes la utilidad de los mecanismos nacionales de información y consulta con toda probabilidad será mínima⁸³⁵”.

- La Directiva CEU 2009 transfiere la regulación de la articulación entre el ámbito nacional y el transnacional a la autonomía colectiva, al acuerdo sobre la negociación para el establecimiento de un Comité de empresa europeo o de un procedimiento alternativo de información y consulta en atención a lo dispuesto en el artículo 6 de la norma (art. 12.2)⁸³⁶. Si bien, a falta de acuerdo sobre esta

desde España del derecho de información y consulta en los Comités de Empresa europeos, Cuadernos de la Federación Minero-metalúrgica de CCOO, nº 14, abril 2000, p. 8.

⁸³⁵ GÓMEZ GORDILLO, R., “La reforma de la Directiva...”, cit., p. 21.

⁸³⁶ Art. 12.2 Directiva CEU 2009: “Las modalidades de articulación entre la información y la consulta del comité de empresa europeo y de los órganos nacionales de representación de los trabajadores quedarán regulados por el acuerdo previsto en el artículo 6. Este acuerdo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones del Derecho nacional y/o las prácticas nacionales en relación con la información y consulta a los trabajadores”.

materia, la Directiva exige que los Estados miembros garanticen que la información y consulta se llevara a cabo en ambos planos nacional y transnacional, es decir, tanto en el ámbito del Comité de empresa europeo, como en el de los órganos nacionales de representación (art. 12.3)⁸³⁷. Lo aquí dispuesto demuestra que existe una preocupación del legislador comunitario por la articulación de los planos o más bien por la ausencia de ésta. Ahora bien, en la letra de la Directiva CEU 2009 (art. 12.3), la información y consulta doble, la que debe ejercitarse en ambos planos nacional y transnacional, parece requerirse únicamente a falta de acuerdo; lo que a contrario significa que podría acordarse la exclusión del ámbito transnacional para determinadas cuestiones, en detrimento de los derechos de determinados centros o empresas en concretos Estados miembros. Además, la norma parece condicionar que se produzca el ejercicio doble de los derechos de información y consulta, en ambos planos, *“cuando vayan a adoptarse decisiones que puedan acarrear cambios importantes en la organización del trabajo o en los contratos de trabajo”*; a contrario, no en otras cuestiones también relevantes que pudieran afectar a trabajadores de un centro de trabajo frente a los de otro.

A pesar de que la Directiva SE y la Directiva CEU tienen distintos ámbitos de aplicación, la relación entre ambas normas es compleja: cuando una empresa opta por ser Sociedad anónima europea, se aplicarán las normas de la Directiva SE y no las de la Directiva CEU, estuviera o no dicha empresa bajo el ámbito de aplicación de la Directiva CEU; en este sentido, lo dispuesto en el art. 13.1 primer párrafo de la Directiva SE⁸³⁸, cuya interpretación ha llevado a algunos autores a calificar la relación entre las Directivas como relación de subsidiariedad o de

⁸³⁷ Art. 12.3 Directiva CEU 2009: *“Los Estados miembros dispondrán que, a falta de acuerdo, el proceso de información y consulta se realice en el Comité de empresa europeo y en los órganos nacionales de representación de los trabajadores cuando vayan a adoptarse decisiones que puedan acarrear cambios importantes en la organización del trabajo o en los contratos de trabajo”*.

⁸³⁸ Art. 13.1 primer párrafo Directiva SE 2001: *“Cuando una Sociedad anónima europea sea una empresa de dimensión comunitaria o una empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria con arreglo a la Directiva 94/45/CE o de la Directiva 97/74/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 por la que se amplía al Reino Unido dicha Directiva, no se aplicarán, ni a ella, ni a sus filiales, las disposiciones de dichas Directivas ni las disposiciones que las incorporen a los Derechos nacionales que les afecten”*.

supletoriedad⁸³⁹. Ahora bien, la Directiva SE permite que o bien no se inicien negociaciones o bien se suspendan las que están en curso en el seno de la Sociedad anónima europea, siempre y cuando en la misma se acojan a las disposiciones de la Directiva CEU; “*disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la Sociedad anónima europea tenga trabajadores*”, dice el artículo 3.6 de la Directiva SE 2001⁸⁴⁰, mientras que el artículo 13.1 segundo párrafo establece expresamente que se aplicará la Directiva sobre Comités de empresa europeos⁸⁴¹.

CAPÍTULO TERCERO.-

MARCO JURÍDICO ACTUAL DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS (I)

⁸³⁹ MENÉNDEZ SEBASTIAN, P., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea: la Directiva 2001/86/CE y su proyectada transposición a nuestro ordenamiento”, Comunicación, XVII Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, 18 y 19 de mayo de 2006, p. 3; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “La participación de los trabajadores” en GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C., *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, p. 547: la relación entre ambas es de supletoriedad, en la medida en que cuando una empresa de dimensión comunitaria o una empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, no se aplicarán ni a ella ni a sus filiales las disposiciones de la Directiva 2001/86 ni las disposiciones que las incorporen a los derechos nacionales que les afecten.

⁸⁴⁰ Art. 3.6 Directiva SE 2001: “*La comisión negociadora podrá decidir, por la mayoría prevista más adelante, no iniciar las negociaciones o terminar las negociaciones ya iniciadas y basarse en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la Sociedad anónima europea tenga trabajadores. Dicha decisión pondrá fin al procedimiento destinado a la adopción del acuerdo previsto en el artículo 4. Cuando se haya tomado dicha decisión, no se aplicará ninguna de las disposiciones del Acuerdo*”.

⁸⁴¹ Art. 13.1 segundo párrafo: “*No obstante, cuando la comisión negociadora decida, de conformidad con el apartado 6 del artículo 3, no iniciar las negociaciones o poner fin a las negociaciones ya iniciadas, se aplicarán la Directiva 94/45/CE o la Directiva 97/74/CE y las correspondientes disposiciones de incorporación a la legislación nacional*”.

I.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS NORMAS PARTICIPATIVAS

II.- ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS PARTICIPATIVAS.

I.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS NORMAS PARTICIPATIVAS

1.- El artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales: reconocimiento de la información y consulta como derechos fundamentales.- A partir de las reformas operadas en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa, en vigor desde 2009, y por indicación del nuevo artículo 6.1 del TUE, la Carta de Derechos Fundamentales ha adquirido “*el mismo valor jurídico que los Tratados*” (*Supra, cap. 1º, apartado IV.4.1*). El artículo 27 de esta Carta de Derechos Fundamentales reconoce expresamente el derecho a la información y consulta de los trabajadores como derechos fundamentales en los términos siguientes: “*Deberá garantizarse a los trabajadores o sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación, en los casos previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales*”. Interesa analizar esta disposición en cuanto a su consideración como nuevo fundamento jurídico de las Directivas participativas objeto de estudio que como se dijo fueron aprobadas con anterioridad a la entrada en vigor de las reformas operadas por el Tratado de Lisboa. En este sentido, interesa: en primer lugar, el contenido y alcance del artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales (apartado 1.1); en segundo lugar, las reglas sobre su interpretación y aplicación (apartado 1.2); y en tercer lugar, el valor jurídico del reconocimiento de la información y consulta como derechos fundamentales (apartado 1.3).

1.1.- Contenido y el alcance del artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales.- El artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales es copia literal de lo dispuesto en el artículo 87-II del fracasado Tratado Constitucional de 2004 (*Supra, cap. 1º, apartado III.5*). En la redacción de aquel artículo, y en los debates que se sucedieron en torno a dicho Tratado de 2004, quedaron patentes las divergentes posturas empresariales y sindicales en torno al reconocimiento, entonces constitucional, de los derechos participativos⁸⁴². En

⁸⁴² YSÁS MOLINERO, H., “Derechos de información y consulta en la Constitución europea (un estudio del artículo II.87)”, Comunicación, XVII Congreso Nacional, Asociación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, 18 y 19 de mayo 2006.

la Convención 2000, redactora del Tratado Constitucional de 2004, se alcanzó un consenso que tuvo que conjugar, por un lado, determinadas aspiraciones empresariales, manifestadas principalmente por la patronal la británica, *Confederation of British Industry* (CBI), que consideraba que los derechos de información y consulta eran meras aspiraciones políticas que debían desarrollarse a nivel estatal o, como mucho, a través de Directivas puntuales, y por otro lado, reivindicaciones sindicales que exigían el reconocimiento constitucional de extensos derechos participativos en el ámbito de las empresas. Destacaba en este sentido, la propuesta del sindicato francés Force Ouvrière, que era extensa y detallada, y que se expresaba en los términos siguientes: *“Los trabajadores y sus representantes sindicales tienen derecho a ser informados y consultados por los dirigentes de la empresa, previamente a toda toma de decisiones susceptibles de afectar sustancialmente sus intereses materiales y morales, y particularmente aquellas que puedan comportar consecuencias importantes sobre la situación del empleo en la empresa, así como aquellas relativas a la mejora de sus condiciones de trabajo y su entorno de trabajo”*⁸⁴³.

Con respecto al contenido del artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales, es significativo que no se mencione la palabra participación, ni en sentido genérico, ni en sentido estricto en relación a la participación interna o cogestión. Dicha ausencia está en consonancia con la progresiva renuncia de la acción comunitaria en materia participativa a implantar, ni siquiera a promocionar, un modelo de participación interna con carácter general en todas las empresas. Como se dijo, el paulatino retroceso en la idea de encauzar la participación por la vía de los órganos internos societarios comienza a hacerse presente a partir del año 1989 (*Supra, cap. 2º, apartado III.3*): fue la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 la que reubicó la posición de los derechos de participación, estableciéndose una clara separación entre derechos de información y consulta, por un lado, y derechos de participación, en sentido de participación interna, por otro. A su vez,

⁸⁴³ Documento CHARTE 4335/99 contrib. 199, de 5 de mayo de 2000. Otras propuestas sindicales pueden verse en Documentos CHARTE 4325/00 contrib. 191 y CHARTE 4327/00 contrib. 193, ambas de 27 de mayo de 2000. Estos documentos pueden verse en la página web del Parlamento Europeo.

en consonancia con esta tendencia, en el Acuerdo de política social de 1992, los derechos de información y consulta se desligaron de los genéricos derechos de representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores, incluida la cogestión (*Supra, cap. 1º, apartados II.3.2*); distinción que se incorporaría al Derecho originario a partir de la aprobación del Tratado de Ámsterdam de 1997 y que permanece vigente en la actualidad en el artículo 153 TFUE.

En el vigente Derecho originario, la regulación de la información y consulta, es competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.2 TFUE (*Supra cap. 1º, apartado IV.2.3*), y es ejercitable por la vía el actual procedimiento ordinario regulado en el artículo 153.3 TFUE. En virtud de dicho procedimiento, el Consejo co-legislará con el Parlamento Europeo, previa consulta al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones. Por el contrario, como se verá, aquellas materias más difíciles, entre ellas la cogestión, mencionada en el artículo 153.1.f TFUE, quedan sometidas a un proceso legislativo especial que exige el voto unánime del Consejo, previa mera consulta al Parlamento Europeo y a los citados Comités (*Infra, cap. 3º, apartado I.2.2*). Sin perjuicio de lo que se dirá en los apartados siguientes, ha de destacarse en este punto que lo que resulta llamativo es que no se mencione en la Carta de Derechos Fundamentales a la cogestión, a pesar de que esta materia sí está incluida en el listado de ámbitos o materias del artículo 153.2 TFUE, anterior artículo 137 TCE, que sirven a la consecución de los objetivos de política social relacionados en el artículo 151 TFUE, y sobre los que se reconocen competencias comunitarias (*“la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros”*).

Desde el punto de vista sistemático destaca que en la Carta de Derechos Fundamentales se ha ubicado el derecho de información y consulta en un artículo autónomo, el artículo 27, distinto del de libertad de asociación en todos los niveles incluido el sindical, prevista en el artículo 12 de la Carta, y también independiente del reconocimiento del derecho fundamental a la negociación colectiva y a la huelga, en el artículo 28 de la Carta. Como ya se dijo, con respecto a estos últimos, el derecho a la negociación colectiva y a la huelga, es llamativo dicho reconocimiento a la vista de que los derechos de sindicación y de huelga siguen siendo materias vetadas o excluidas de la actuación

comunitaria desde el año 1992, desde la adopción del Acuerdo sobre política social anejo al Tratado de Maastricht (*Supra, cap. 1º, apartado II.3.3*), tal y como prevé el actual artículo 153.5 TFUE⁸⁴⁴. Con respecto a la negociación colectiva, que tiene ahora el más alto reconocimiento como derecho fundamental, pero limitado, tanto en la Carta de Derechos Fundamentales como en el TFUE, a “*sus respectivos ámbitos*”, ya se dijo que las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa en el Derecho originario, nuevo artículo 152 TFUE⁸⁴⁵ y nuevo inciso al primer párrafo del artículo 153.3 TFUE sobre acuerdos transpositivos⁸⁴⁶, no suponen ningún cambio trascendental con respecto a la situación anterior a la aprobación del Tratado de Lisboa respecto del reconocimiento de la negociación colectiva de ámbito europeo. Es decir, la regulación vigente sobre la negociación colectiva de ámbito europeo es la heredada del Tratado de Ámsterdam de 1997, que incorpora básicamente lo dispuesto en el Acuerdo sobre política social de 1992. Como se verá, está claro que la autonomía colectiva es fuente del Derecho comunitario, a partir de ahí, y a salvo de la regulación de los acuerdos transpositivos y sustitutorios⁸⁴⁷, nada se establece en cuanto al alcance y eficacia de acuerdos europeos, ni en cuanto a los ámbitos posibles de la negociación colectiva europea. La ausencia de regulación no impide obviamente la práctica de alcanzar acuerdos a nivel europeo de cualquier ámbito: intersectorial, sectorial, de empresa o de grupo. La doctrina aboga porque no existan límites materiales a la negociación colectiva

⁸⁴⁴ Art. 153.5 TFUE: “*Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal*”.

⁸⁴⁵ Art. 152 TFUE: “*La Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Facilitará el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía. La cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo contribuirá al diálogo social*”.

⁸⁴⁶ Se recuerda que los interlocutores sociales nacionales pueden aplicar, a semejanza de lo que ocurre con cualesquiera otras Directivas sociales, las decisiones del consejo adoptadas de conformidad con el artículo 155 TFUE, antiguo artículo 139 TCE, que establecía la posibilidad de celebrar acuerdos colectivos, así como que la incorporación o transposición de la normativa social se realizara a través de norma convencional, a través de los denominados acuerdos transpositivos.

⁸⁴⁷ Se regulan los acuerdos transpositivos o posibilidad de que los Estados miembros confíen a los interlocutores sociales previa solicitud de éstos, la aplicación de Directivas comunitarias (art. 153.3 TFUE) y se regulan también los acuerdos sustitutorios mediante un procedimiento que permite a los interlocutores sociales participar en el procedimiento legislativo comunitario (art. 155 TFUE).

de ámbito europeo entendiendo, en este sentido, que las materias vetadas a la actuación comunitaria previstas en el artículo 153.5 TFUE –“remuneraciones, derecho de asociación y sindicación, derecho de huelga y cierre patronal”- no lo están a la actuación de los interlocutores sociales; de la misma manera que éstos también pueden negociar y alcanzar acuerdos sobre materias distintas a las relacionadas en el artículo 153 TFUE⁸⁴⁸. Cuestión distinta será la relativa a determinar qué alcance y qué eficacia jurídica tendría un supuesto acuerdo colectivo europeo sobre derechos participativos (*Infra, cap. 3º, apartado 1.2.2*).

Que se haya ubicado el derecho de información y consulta en un artículo autónomo (art. 27), distinto del de libertad de asociación (art. 12) y del reconocimiento de la negociación colectiva y la huelga (art. 28), viene a significar que estos derechos de información y consulta a los trabajadores, aun cuando su contenido no se encuentra claramente definido, son independientes, no derivan de la libertad sindical, sino que, como ha señalado algún autor, se reconocen en relación con la gestión de la empresa⁸⁴⁹. No parece que fuera la intención de los redactores de la Carta de Derechos Fundamentales un reconocimiento genérico de un derecho de información, consulta y de participación interna de los trabajadores derivado de los derechos de representación y de defensa colectiva de los intereses de los trabajadores. El reconocimiento de los derechos de información y consulta como derechos fundamentales previstos en el artículo 27 de la Carta se realiza a partir de conceptos imprecisos o indeterminados, que impiden determinar su contenido esencial. La razón de esta imprecisión es, con

⁸⁴⁸ Según BERCUSSON, B., *European Labour Law...*, cit., pp. 157-158, lo dispuesto en el artículo 139.2 TCE, actual artículo 155.2 TFUE, le daba pie para afirmar que el ámbito de competencias sociales reservada a los interlocutores sociales es distinto del reservado a las instituciones comunitarias. Así, el anterior artículo 139.2 TCE establecía que “*el Consejo decidirá por mayoría cualificada, a no ser que el acuerdo de que se trate contenga una o más disposiciones relativas a alguno de los ámbitos contemplados en el apartado 3 del artículo 137, en cuyo caso decidirá por unanimidad*”. Según este autor la expresión “*ámbitos contemplados en el artículo 137*” (“*in matters covered by article 137*”), da a entender que existen otros que no lo están: “*This reinforces the argument that the range of competences in social policy reserved to the social Partners is distinct from that of the EC Institutions*”.

⁸⁴⁹ URIARTE TORREALDAY, R., *El artículo 129.2 de la Constitución: la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa*, Comares, Granada, 2005. Según este autor la tipificación separada viene a confirmar la configuración del derecho de participación en sus dos vertientes: 1.- el derecho de participación en relación con la negociación; y 2.- la acción colectiva y la participación en relación con la gestión de la empresa, donde se ubican los derechos de información y consulta.

seguridad, que el artículo 27 de la Carta pretende dar cobertura legal a lo ya previsto en las normas participativas existentes, es decir, amparar o acoger todas los sistemas participativos posibles, regulados tanto en la normativa comunitaria como en los ordenamientos internos, así como aquellos otros de creación convencional. No se pretende ni crear nuevos derechos, ni ampliar los existentes.

En cuanto al contenido del artículo 27, las siguientes consideraciones:

Primera.- La norma utiliza la expresión “*deberá garantizarse*”, cuestionada por algunos porque con ella no se alude a un auténtico deber jurídico de débito, exigible jurídicamente al empresario⁸⁵⁰.

Segunda.- El artículo 27 menciona a los destinatarios de los derechos de información y consulta, “*los trabajadores o sus representantes*”, sin especificar el tipo o forma de representación, dando cabida tanto al ejercicio directo como al representativo y a cualquier tipo de organismo representativo: comité de empresa, comité de grupo, comité de empresa europeo, órgano de representación, comité de seguridad y salud, etc.

Tercera.- Este precepto habla de que los derechos han de garantizarse “*en los niveles adecuados*”, concepto suficientemente amplio e indeterminado como para acoger los distintos ámbitos de aplicación de las existentes normas participativas: el centro de trabajo, la empresa, el grupo de empresas, etc.

Cuarta.- En cuanto a la forma y al procedimiento de ejercicio de los derechos de información y consulta, la norma establece que han de garantizarse “*con la suficiente antelación*”, concepto indeterminado y laxo, equiparable a

⁸⁵⁰ GARRIDO PÉREZ, E., *La información en la empresa...*, cit., p. 152.

“*tiempo útil*”⁸⁵¹ o “*tiempo hábil*”⁸⁵², que ha de quedar concretado en cada una de las normas nacionales de transposición, ante la ausencia de determinación en las normas participativas existentes. Como se verá (*Infra, cap. 4º, apartado 1.2.3.1*), la Directiva SE 2001 es la primera norma que establece expresamente “*que la información tenga lugar 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 en la Sociedad anónima europea* (art. 2.i y j con respecto a la consulta). Enunciado que pasa a recogerse, en similares términos, en la Directiva marco 2002 (arts. 4.3 y 4.4).

Quinta.- En cuanto al contenido y alcance de los derechos de información y consulta, éstos se deberán garantizar “*en los casos previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales*”. Con este enunciado, coletilla habitual –e innecesaria- en materia de derechos sociales, prevista también en los artículos 28, 30 y 34 de la Carta, se vuelve a reafirmar que la política social es materia compartida y que, en virtud de los principios de atribución y de subsidiariedad, el reconocimiento de estos derechos, no significa que se tenga intención de ampliar las competencias comunitarias más allá de lo previsto en el actual Derecho de la Unión y en los ordenamientos internos.

1.2.- Reglas sobre su interpretación y aplicación.- Como ya se dijo (*Supra, cap. 1º, apartado IV.4.1*), por indicación del artículo 6.1 TUE⁸⁵³, los

⁸⁵¹ ROJO TORRECILLA, E., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión y los derechos de información y consulta”, Temas laborales nº 59/2001: la “*suficiente antelación*” se equipara al de “*tiempo útil*” que tiene su origen en la jurisprudencia del TJUE. Otros autores sitúan el origen de la expresión “en tiempo útil” en propuestas sindicales realizadas ante la adopción del Dictamen común UNICE-CEEP-CES de 8 de marzo de 1987; entre ellos CHACARTEGUI JÁVEGA, C., “El correo electrónico como instrumento de información, consulta y participación de los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria”, Relaciones Laborales 8/2004, abril, p. 94.

⁸⁵² En la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos se habla de “*tiempo hábil*” (art. 3.2). En la Directiva 2001/23 sobre traspasos, y en la original de 1977, se menciona “*suficiente antelación*” (arts. 7.1 y 7.2). Nada que ver con las propuestas de Directiva Vredeling y Vredeling Richards que sí establecían plazos determinados para emitir informe u opinión (*Supra, cap. 2º, apartado III.2.2*).

⁸⁵³ Art 6.1 TUE: “*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los derechos fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se*

derechos reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales, que no amplían de ningún modo las competencias de la Unión Europea, han de interpretarse y aplicarse: 1.- teniendo en cuenta las Explicaciones a las que se hace referencia en la Carta de Derechos Fundamentales (apartado 1.2.1); y 2.- con arreglo a las disposiciones generales previstas en los artículos 51-54 de la misma (apartado 1.2.2). Además, en virtud de lo dispuesto en el Protocolo nº 30 anejo al Tratado de Lisboa, han de tenerse presentes también unas excepciones o reservas en la aplicación de determinados artículos de la Carta de Derechos Fundamentales, entre ellos el artículo 27, en tres Estados miembros: Reino Unido, Polonia y República Checa (apartado 1.2.3).

1.2.1.- La Explicación al artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales.- La Convención I constituida en 2000 para la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales elaboró a su vez unas –primeras- Explicaciones, que fueron revisadas y modificadas en la Convención II de 2003. Son éstas –segundas- Explicaciones las que se mencionan a pie de página en las diversos formatos en los que se presenta la Carta de Derechos Fundamentales de 2007. En cuanto al valor jurídico de las mismas, ya se señaló (*Supra cap. 1º, apartado IV.4.1*), que estas Explicaciones forman parte del Derecho originario de la misma forma y con la misma intensidad que la Carta de Derechos Fundamentales. Es la propia Carta de Derechos Fundamentales, en su artículo 52.7, la que atribuye valor jurídico a las mismas, al establecer que las Explicaciones *“elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta, serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros”*.

La Explicación prevista para el artículo 27 de la Carta establece lo siguiente:

-Que el artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales *“figura en”*, es decir, se inspira en, las denominadas Cartas sociales, tanto *“el artículo 21 de la Carta social europea revisada”*, como *“los puntos 17 y 18 de la Carta*

interpretaran con arreglo a las disposiciones generales del Título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación, y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”.

Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989” (apartado A).

- Que el artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales “*se aplica en las condiciones previstas por el Derecho de la Unión y por los derechos nacionales*” (apartado B).

- Que “*la referencia a los niveles adecuados remite a los niveles previstos por el Derecho de la Unión o por el derecho o las prácticas nacionales, lo que puede incluir el nivel europeo cuando la legislación de la Unión lo prevea*”.

- Que “*el acervo de la Unión en este ámbito es importante*”. Se citan los a continuación “*los artículos 154 y 155 del TFUE y las Directivas 2002/CE (marco general relativo a información y consulta de los trabajadores), 98/59/CE despidos colectivos), 2001/23/CE (traspasos de empresas) y 94/45/CE (comités de empresa europeos)*”. No se mencionan otras Directivas con contenido participativo: la Directiva SE 2001, SCE 2003, ni tampoco la Directiva marco 89/389/CEE sobre seguridad y salud en el trabajo.

A.- La mención a las Cartas sociales: Carta Social Europea y Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989.- La Explicación al artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales no aporta muchas novedades en cuanto a la mención a las Cartas sociales. El propio Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales ya establece que los derechos contenidos en la misma se inspiran en las Cartas sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa. Quizás lo único relevante es que en la Explicación al artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales se menciona a la Carta Social Europea revisada en 1996, en vigor en 1999, y no a la originaria de 1961, que no contenía el artículo 21 relativo a información y consulta. El propio Derecho originario sigue manteniendo, en el artículo 151 TFUE que abre el capítulo sobre Política social, y también en el Preámbulo del TUE, que se han de tener presentes los derechos sociales de la Carta Social Europea de 1961 y no de Carta Social Europea revisada en 1996, precisamente porque muchos y

significativos Estados miembros de la Unión Europea aun no ratificado la Carta social europea revisada en 1996⁸⁵⁴.

Es significativo, en cualquier caso, que los contenidos tanto del artículo 21 de la Carta Social Europea revisada⁸⁵⁵, como de los puntos 17 y 18 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 superan con creces lo previsto en el artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales.

En primer lugar, el contenido del **artículo 21 de la Carta Social Europea revisada**, es más amplio, tiene mayor alcance que el previsto en el artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales. En el artículo 21 de la Carta Social Europea revisada se detalla que serán informados de “la situación económica y financiera” y *“consultados oportunamente sobre las decisiones previstas que puedan afectar sustancialmente a los intereses de los trabajadores, y en particular sobre las decisiones que podrían tener consecuencias importantes sobre la situación del empleo en la empresa”*. En el artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales únicamente se dice que *“Deberá garantizarse a los trabajadores o sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación, en los casos previstos en el Derecho de la Unión y en las legislaciones y prácticas nacionales”*. Además, en cuanto a la forma y procedimiento se establece en el artículo 21 de la Carta Social Europea revisada que los trabajadores o sus representantes *“sean informados regularmente o en el momento oportuno y de una manera comprensible”*,

⁸⁵⁴ Reino Unido, Polonia, Austria, Alemania, Hungría, Letonia y Luxemburgo no están vinculados por las disposiciones de la Carta Social Europea revisada en materia de información y consulta (art. 21 CSE revisada).

⁸⁵⁵ Art. 21 CSE revisada: *“Las partes se comprometen a adoptar o a promover medidas que permitan que los trabajadores o sus representantes, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales: sean informados regularmente o en el momento oportuno y de una manera comprensible de la situación económica y financiera de la empresa que les emplea, entendiéndose que podrá negarse determinada información que podría ser perjudicial para la empresa o exigirse que la misma mantenga carácter confidencial; y sean consultadas oportunamente sobre las decisiones previstas que puedan afectar sustancialmente a los intereses de los trabajadores, y en particular sobre las decisiones que podrían tener consecuencias importantes sobre la situación del empleo en la empresa”*.

mientras que el artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales menciona sólo que la información y consulta se haga “*con suficiente antelación*”.

En principio no tiene mayor trascendencia el artículo 21 de la Carta Social Europea revisada tenga mayor alcance o amplitud que el artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales. Sí tiene importancia en la medida en que en la Explicación al artículo 27 se ha mencionado la Carta Social Europea revisada, que es la que contiene este nuevo artículo 21, y no la original de 1961, pues este artículo 21 de la Carta Social Europea no forma parte del núcleo duro de la misma (*Supra, cap. 1º, apartado V.4.1*). Es significativo también que en la Explicación al artículo 27 no se hayan mencionado otros artículos de la Carta Social Europea que prevén derechos de información y consulta, incluso de participación, que son los siguientes: el derecho a participar en la determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo en la empresa (art. 22 CSE revisada)⁸⁵⁶, y el derecho a información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (art. 29 CSE revisada), que se inspira claramente en la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos)⁸⁵⁷. Señala algún autor que la mención a la Carta Social Europea en la Explicación al artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales hubiera sido una buena oportunidad para citar jurisprudencia de Comité Europeo de Derechos Sociales, que interpreta el citado artículo 21 de la Carta Social Europea revisada⁸⁵⁸. No es extraño, sin embargo, que no se mencione esta jurisprudencia pues, como señala el mismo autor, es una constante en la jurisprudencia comunitaria la ausencia de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales⁸⁵⁹. En

⁸⁵⁶ Art. 22 CSE revisada: “*Las partes se comprometen a adoptar o promover medidas que permitan a los trabajadores o a sus representantes, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, contribuir: a la determinación y a la mejora de las condiciones de trabajo, de la organización del trabajo y del entorno de trabajo; a la protección de la seguridad y la higiene en el seno de la empresa; la organización de servicios y facilidades socioculturales en la empresa; y la supervisión del cumplimiento de la reglamentación en estas materias*”.

⁸⁵⁷ Art. 29 CSE revisada: “*Las partes se comprometen a garantizar que los empleadores informen y consulten oportunamente a los representantes de los trabajadores, antes de dichos despidos colectivos, sobre las posibilidades de evitar dichos despidos colectivos o de limitar su número y mitigar sus consecuencias, por ejemplo recurriendo a medidas sociales simultáneas dirigidas, en particular, a promover la recolocación o la reconversión de los trabajadores afectados*”.

⁸⁵⁸ JIMENA QUESADA, L., “La Carta Social Europea...”, cit., p. 403.

⁸⁵⁹ JIMENA QUESADA, L., “La factibilidad de los derechos sociales...”, cit., p. 756.

cualquier caso, si bien son muy interesantes los dictámenes de este Comité sobre los Informes de los países relativos al estado de aplicación de la normativa nacional o comunitaria sobre información y consulta, hay más de ochenta Informes⁸⁶⁰, no son demasiado alentadoras las escasas decisiones de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales en materia de información y consulta, en aplicación e interpretación del artículo 21 de la Carta Social Europea revisada. Se han encontrado únicamente dos pronunciamientos sobre la interpretación del artículo 21 de la Carta Social Europea revisada: 1.- Reclamación 40/2007, Federación Europea de sindicatos policiales ECPTU contra Portugal, decisión de fondo de 23 de septiembre de 2008; y 2.- Reclamación 36/2006, Frente común de sindicatos de la Administración Pública contra Portugal, decisión de 5 de diciembre de 2006. Esta segunda reclamación fue in-admitida a trámite porque los demandantes no aportaron suficientes documentación. En la primera Reclamación 40/2007, el Comité Europeo de Derechos Sociales dictaminó que no quedaba probado que no se hubieran infringido, ni el artículo 21, ni los artículos 6.1 y 6.2 de la Carta Social Europea revisada sobre negociación colectiva, entre otras razones por la falta de prueba, y también porque, aunque los artículos citados son de aplicación en empresas públicas, los empleados públicos en su conjunto no entran en el ámbito de aplicación de esta norma.

En segundo lugar, en cuanto a **los puntos 17 y 18 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989**, que según la Explicación al artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales, *“figuran junto al artículo 21 de la Carta Social Europea revisada en el artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales,”* lo más llamativo es que estos puntos se rubrican bajo la materia *“información, consulta y participación”*. Por lo demás, nada nuevo. Se vuelve a reiterar que los derechos participativos, a tenor de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, *“deberán desarrollarse según mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros (punto 17)”*. Además de esta laxa declaración general, interesante si acaso porque habla expresamente de *“participación”*, se limita la Carta

⁸⁶⁰ Pueden consultarse en la página web del Consejo de Europa, coe.int/socialcharter. Existen 82 documentos pertenecientes al período 1995-2010.

Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores (punto 18) a establecer que la información, consulta y participación ha de llevarse a cabo *“en el momento oportuno”, y “en particular, en los casos siguientes: 1.- cuando se introduzcan en las empresas cambios tecnológicos que afecten de forma importante a los trabajadores en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo y a la organización del trabajo; 2.- cuando se produzcan reestructuraciones o fusiones de empresas que afecten al empleo de los trabajadores; 3.- con motivo de procedimientos de despidos colectivos; y 4.- cuando haya trabajadores, en particular trabajadores transfronterizos, afectados por políticas de empleo llevadas a cabo por las empresas en las que trabajan”.*

Que se hubieran mencionado o no las Cartas sociales, Carta Social Europea revisada y Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, en la Explicación al artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales no tiene demasiada transcendencia. Estas Cartas sociales son fuentes internacionales que inspiran y han de ser tendidas en cuenta, en virtud de lo dispuesto en el Preámbulo del TUE y en el artículo 151 TFUE, para la realización de los objetivos sociales de la Unión Europea. Como vimos (*Supra cap. 1º, apartados II.4.3 y V.2*), desde el Tratado de Ámsterdam se mencionaba en el Preámbulo del TCE, actual TUE, *“la adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989”.* También en el anterior artículo 136 TCE, antiguo 117 TCE y actual artículo 151 TFUE, se establece que *“La Unión Europea y los Estados miembros, teniendo presentes los derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones”.* En definitiva, independientemente del valor jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales y de su propia existencia, la normativa internacional

de carácter social puede ser alegada ante los tribunales y éstos deben interpretar y aplicar el derecho conforme a la misma.

B.- La remisión a lo previsto en el Derecho de la Unión y/o a lo previsto en la legislación y prácticas nacionales.- Siguiendo con el contenido de la Explicación al artículo 27 de la Carta de Derechos fundamentales, es significativo y criticable que la mencionada Explicación vuelva a reiterar, innecesariamente, lo dispuesto en el propio artículo 27. Esto es así con respecto a que los derechos de información y consulta “*se aplicaran en los casos y condiciones previstos en el derecho de la Unión y en la legislación y prácticas nacionales*”, que aparece en el artículo 27 y en la Explicación al mismo.

La Explicación dice “*La referencia a los niveles adecuados remite a los niveles previstos por el Derecho de la Unión o por el derecho o las prácticas nacionales, lo que puede incluir el nivel europeo cuando la legislación de la Unión lo prevea*”. Algunos autores han considerado que “*en los niveles adecuados*”, no sólo hace referencia a los niveles funcionales y geográficos, sino también a los niveles más o menos intensos de participación. Señalan además que tan amplia expresión comprende necesariamente la referencia a los niveles funcionales - centro de trabajo, empresa y grupo de empresa- y a los geográficos -nacional, europeo- y también a los niveles de participación de los trabajadores -grado de acceso y alcance de la información y de sujeción empresarial a los informes emitidos. Tales niveles deberán ser “*los adecuados*”, que significa los que se prevean por el legislador comunitario y el nacional⁸⁶¹. Otro autor discrepa de esta interpretación y asegura que se refiere a ubicaciones y no tanto a intensidades, visto que el artículo referente a la negociación colectiva utiliza la misma expresión⁸⁶². La alusión a que en materia de “*niveles adecuados*” se estará también a lo dispuesto en ambos ordenamientos, “*incluido el nivel comunitario cuando la legislación de la Unión lo prevea*” es, sin duda, también reiterativa y, en cualquier caso, innecesario si atendemos a lo dispuesto en las disposiciones

⁸⁶¹ LACOMBA PÉREZ F. R. y SALIDO BANÚS, J., “Derechos colectivos, información y consulta, negociación y acción colectivas en la Constitución europea”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 57, 2005, pp. 323-336.

⁸⁶² YSÁS MOLINERO, H., “Derechos de información y consulta...”, cit., p. 6.

generales o transversales de la Carta de Derechos Fundamentales previstas en los artículos 51-54 de la misma.

En definitiva, la Explicación al artículo 27 de la Carta de derechos Fundamentales no es significativa, no aporta demasiado. Se echa en falta que se hubiera incluido en la misma, como sí ocurre con respecto a las Explicaciones de otros derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales, jurisprudencia comunitaria, u otra, que sirviera verdaderamente de orientación y de explicación en la aplicación de los derechos de información y consulta que se consagran.

1.2.2- El artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales a la luz de las disposiciones generales previstas en los artículos 51-54 de la misma.- Por indicación del artículo 6.1 TUE, el contenido del artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales ha de aplicarse e interpretarse, no sólo conforme a su Explicación, sino también atendiendo a lo dispuesto en las disposiciones general o transversales previstas en los artículos 51-54 de la Carta. El análisis de estas disposiciones ya se realizó en detalle (*Supra, cap. 1º, apartado IV.4.1*), procede a modo de recapitulación las siguientes consideraciones:

Primera.- Aunque nada se dice expresamente en la Carta de Derechos Fundamentales parece que el reconocimiento de la información y consulta que se realiza en el artículo 27 de la Carta entra en la categoría de “*principio*” y no de “*derecho*” (art. 51 CDF). Esta afirmación encuentra su apoyo básicamente en que este artículo, el artículo 27, carece de contenido esencial suficientemente determinado. También se puede apoyar la consideración de “*principio*” de los derechos de información y consulta, en lo dispuesto en la Explicación al artículo 52.5 de la Carta, en la que se mencionan los derechos sociales, y no otro tipo de derechos, dando a entender que todos los derechos sociales son “*principios*” en los sistemas constitucionales de los Estados miembros⁸⁶³. Que sean

⁸⁶³ Explicación al artículo 52.5 de la Carta de Derechos Fundamentales: (...) “*como en el planteamiento de los sistemas constitucionales de los Estados Miembros, respecto de los principios, en particular en el ámbito del Derecho social. A título ilustrativo, ejemplos de principios reconocidos por la Carta incluyen, entre otros, los artículos 25 (derechos de las personas mayores), 26 (integración de las personas con discapacidad) y 37 (protección del medio ambiente)*”.

considerados *“principios”*, que *“serán observados”*, significa que son derechos meramente programáticos, y no directamente aplicables, y que necesitan una norma de desarrollo para poder ser alegados ante los Tribunales. En este sentido, el artículo 52.5 de la Carta de Derechos Fundamentales establece que *“podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas”*. Es decir, según se dice en la Explicación a este artículo 52.5, *“los principios no dan lugar a derechos inmediatos de acciones positivas de las Instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros”*. En cualquier caso, *“sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos”*, según se dispone en el artículo 52.5 *in fine* de la Carta de Derechos Fundamentales.

Segunda.- Aun en el dudoso supuesto de que parte del contenido del artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales, o éste en su totalidad, fuera declarado por vía judicial un *“Derecho”* fundamental pleno, su ejercicio y aplicación vendría limitada por lo siguiente:

- Tendrían que ejercerse en los límites y condiciones de los Tratados (art. 52.2 CDF).

- Si están garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos -si lo está la libertad sindical pero no la información y consulta y tampoco la participación interna-, su sentido y alcance tendrán que ser igual o incluso mayor, ya que según se dispone en el artículo 52.3 de la Carta *“esta disposición no obstará a que el derecho de la Unión conceda una protección más extensa”*.

- Si resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, se interpretarán conforme a estas tradiciones (art. 52.4 CDF). No existen en materia de derechos sociales colectivos una *“tradicional constitucional común”* entre los distintos Estados miembros.

Tercera.- En cualquier caso, sean consideradas la información y consulta a los trabajadores *“Derecho fundamental”* o *“principio”*, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 de la Carta, se puedan imponer límites en su ejercicio, respetando el principio de proporcionalidad, cuando 1.- (estos límites) *“sean necesarios y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión”* o 2.- respondan *“a la necesidad de proteger derechos y libertades de los demás”* (art. 52.1 CDF). Ello no obstante, el artículo 53 de la Carta establece una cláusula general de salvaguardia de reestricción a la imposición de límites, aclarando que *“ninguna disposición de la Carta de Derechos Fundamentales podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros y en particular el Convenio Europeo de Derechos Humanos así como las Constituciones de los Estados miembros”*. Por su parte, el artículo 54 prohíbe el abuso de derecho⁸⁶⁴.

1.2.3.- Reservas en la aplicación del artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales a Reino Unido, Polonia y República Checa.- En cuanto a la aplicación del artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales en determinados Estados miembros, ya se dijo (*Supra, cap. 1º, apartado IV.4.1*) que en el Protocolo nº 30 anejo al Tratado de Lisboa, promovido y negociado por el Reino Unido, al que posteriormente se unió, primero Polonia y después y extemporáneamente, la República Checa, se pretendía eludir la aplicación del Título IV de la Carta de Derechos Fundamentales, que incluye el artículo 27, en estos países. En concreto, en este Protocolo se establece, por un lado, que la Carta de Derechos Fundamentales no ampliará competencias ni para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ni para ningún órgano jurisdiccional de estos países (art. 1 Protocolo 30)⁸⁶⁵ y, por otro lado, que la Carta sólo se aplicará si

⁸⁶⁴ Art. 54 de la Carta: *“Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta”*.

⁸⁶⁵ Art. 1 del Protocolo: *“La Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ni de ningún otro Tribunal de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias, o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas*

contiene derechos o principios ya reconocidos en la legislación o prácticas de estos países (art. 2 del Protocolo 30)⁸⁶⁶.

Esta nueva exclusión británica, de cualquier -presumible- avance en materia social comunitaria, carece de fundamento por varios motivos. Entre estos, principalmente, porque ha quedado claro que tanto el reconocimiento a la Carta de Derechos Fundamentales del mismo valor jurídico que los Tratados, como su existencia, no suponen ningún tipo de ampliación de competencias más allá de las previstas en el Derecho originario. Por tanto, si con el protocolo 30 anejo al Tratado de Lisboa se pretende que el artículo 27 de la Carta no tenga valor jurídico, que no cree más derechos que los ya previstos en el Derecho de la Unión o en los propios ordenamientos jurídicos de Reino Unido, Polonia y República Checa, dicho intento es fallido. Por indicación del artículo 6 TUE y de las propias disposiciones generales de la Carta (arts. 51-54 CDF), las modificaciones operadas en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa y, en concreto, que se haya dotado de valor jurídico a la Carta, no suponen modificación de competencias de la Unión “*tal y como se definen en los Tratados (art. 6.2 TUE)*”, es decir, no se modifican ni crean nuevas competencias más allá de lo dispuesto en los Tratados. En este sentido, en términos jurídicos, el Protocolo y las excepciones al Título IV de la Carta de Derechos Fundamentales carecen de valor alguno. Exista o no la Carta de Derechos Fundamentales, e independientemente de su valor jurídico, estos países están obligados por la normativa comunitaria existente en materia de información y consulta, que queda amparada por el artículo 27, en los mismos términos que cualquier otro Estado miembro de la Unión.

1.3.- Valor jurídico del reconocimiento de la información y consulta como derechos fundamentales.- Dadas las limitaciones que imponen tanto el

de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma. En particular, y a fin de no dejar lugar a dudas, nada de lo dispuesto en el Título IV de la Carta crea derechos que se puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional”.

⁸⁶⁶ Art. 2 del Protocolo: “*Cuando una disposición de la Carta se refiera a las legislaciones y prácticas nacionales, sólo se aplicarán en Polonia o Reino Unido en la medida en que los derechos y principios que contienen se reconozcan en la legislación o prácticas de Polonia y del Reino Unido*”.

vigente Tratado de la Unión Europea como la Carta de Derechos Fundamentales, no es aventurado afirmar que el reconocimiento de la información y consulta como derecho fundamental en el artículo 27 de la Carta carece de valor jurídico en sentido estricto. Como es sabido, la existencia de un derecho social fundamental exige no sólo su reconocimiento legal o positivación, sino también la existencia de un sistema de garantías jurídicas e institucionales que permitan su efectiva tutela y que apoyen sus posibilidades de desarrollo futuro: bien modificación, bien ampliación o creación de nuevos derechos. El hecho de haber dotado a la Carta de Derechos Fundamentales de valor jurídico no ha significado ningún avance en estos sentidos.

Algunos autores, apoyándose en teorías de derecho constitucional, se plantean si el contenido de la normativa existente en materia de información y consulta, que quedan ahora formalmente bajo el amparo del artículo 27 de la Carta, se incorporan al mismo al objeto de dotarle de contenido y, a partir de ahí, impedir posibles cambios o modificaciones peyorativas o de reducción de los derechos previstos en las normas actuales. Se habla en este sentido de dos posibilidades: la “legalización del contenido constitucional” o la “constitucionalización” del contenido legal⁸⁶⁷. Aunque interesantes estos planteamientos son cuestionables en el ámbito constitucional comunitario. En primer lugar, porque, seguramente, el carácter de norma mínima de las Directivas comunitarias, junto con el importante papel asignado a la autonomía colectiva, pondrían de manifiesto la necesidad de incorporar una multitud de contenidos. En segundo lugar, porque los derechos reconocidos en la Carta, entre ellos la información y consulta, sirven a la finalidad de controlar que la actuación comunitaria, la que se ejerce por las Instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea, aplique el Derecho comunitario bajo los parámetros de la Carta y sus Explicaciones. Pero son efectivamente los Tratados los que habilitan a la Unión para legislar, o en su caso delegar a los Estados miembros, modulando, es decir, ampliando o reduciendo, los derechos de información u consulta, siempre que quede garantizado que se respetan los

⁸⁶⁷ URIARTE TORREALDAY, R., *El art. 129.2 de la Constitución..*, cit.; YSÁS MOLINERO, H., “Derechos de información y consulta...”, cit., p. 8.

vagos parámetros del artículo 27 de la Carta, según lo dispuesto en su Explicación y en los artículos 51-54 de la misma.

Cuestión distinta es la relativa al valor político o estético de la inclusión de la información y consulta en un catálogo o Carta de Derechos fundamentales. Es innegable que este hecho es muy significativo, aunque no se encuentre su contenido esencial suficientemente definido en el texto y aunque no se cuenten con recursos y garantías suficientes ni directas de amparo, al alcance de los particulares. Como señala algún autor: “es un avance pero al no verse acompañado de un recurso de amparo al alcance de los particulares por violación de tales derechos fundamentales, apenas se va a modificar la situación precedente, salvo por lo que tiene de ventajoso para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contar ahora con un más correcto anclaje para su doctrina jurisprudencial, sostenida antes mediante la forzada técnica de los principios generales⁸⁶⁸”. Puesto que no es habitual el reconocimiento de derechos sociales colectivos en los textos constitucionales de los países europeos, salvo en algunos ordenamientos como el italiano o el español, que se reconozca ahora algún tipo de valor jurídico a los derechos de información y consulta en un texto cuasi-constitucional, con el *“mismo valor jurídico que los Tratados”*, significa sin duda un importante refuerzo y apoyo, tanto para el Tribunal de Justicia de la Unión como para los Tribunales nacionales. Sería deseable que la consagración política de estos derechos como derechos fundamentales promovieran una interpretación más favorable, con un alcance más amplio, máxime en la situación económica actual, en la que con mayores probabilidades van a entrar en colisión los derechos sociales y las libertades económicas o derechos del mercado.

Se hacen necesarios mayores soportes o anclajes que impidan que se impongan limitaciones al ejercicio de derechos colectivos. A pesar de las carencias señaladas, el reconocimiento de derechos sociales colectivos en un catálogo de derechos fundamentales de la Unión Europea contribuye sin duda a fortalecer y mejorar la actuación comunitaria en materia social. Como ya señalara BERCUSSON en 2003 en relación con la intención del incorporar la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 en el Tratado Constitucional de 2004,

⁸⁶⁸ LACOMBA PÉREZ F. R. y SALIDO BANÚS, J., “Derechos colectivos...”, cit., p. 10.

la existencia de un catálogo de derechos fundamentales contribuiría sin duda a legitimar el sistema o Modelo social europeo⁸⁶⁹.

2.- Las bases jurídicas de actuación en materia participativa previstas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.- A salvo de lo dispuesto con respecto al artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales, las Directivas participativas encuentran sus bases jurídicas en los Tratados de la Unión. Como ya se dijo, la delimitación de competencias en el ámbito comunitario se rige por el principio de atribución (art. 5.1 TUE), que significa que la Unión sólo puede actuar “*dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en el Derecho originario para lograr los objetivos que en éste se determinen*”. El principio de atribución queda a su vez matizado por los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad (*Supra, cap. 1º, apartado IV.2.3*). Los Tratados, en virtud del principio de atribución, prevén medios de actuación con miras al cumplimiento de los fines de la Unión y, en este sentido, cada actuación comunitaria se apoya en una base jurídica que fundamenta dicha actuación. Así, junto a las disposiciones de los Tratados que establecen objetivos o funciones a cumplir, aparecen determinados preceptos que constituyen las bases jurídicas concretas, soportes jurídicos necesarios para la puesta en práctica de mecanismos que permitan alcanzar tales objetivos. Como señala MIRANDA BOTO, “el contenido de la base jurídica incluirá los actores, los medios y los modos de actuación, detallando los procedimientos e instrumentos pertinentes. De esta manera se garantiza el respeto a la seguridad jurídica y se ofrece al Tribunal de Justicia un parámetro de control. La jurisprudencia ha insistido en la importancia de la correcta elección de la base jurídica, que debe fundarse en elementos susceptibles de control jurisdiccional, entre los que se cuentan la finalidad y el contenido del acto⁸⁷⁰”.

Tradicionalmente se ha distinguido entre bases generales o genéricas y bases específicas. Las primeras se corresponden con los denominados cajón de

⁸⁶⁹ BERCUSSON, B., “The role of the EU Chapter of Fundamental Rights in building a system of Industrial relations at EU level”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, nº 2, 2003, p. 210.

⁸⁷⁰ MIRANDA BOTO, J. M., *Las competencias de la Comunidad...*, *cit.*, p. 49.

sastre en referencia a los antiguos artículos 100 y 235 del Tratado de Roma, que daban cabida a múltiples actuaciones en cualquier ámbito, bien para asegurar el funcionamiento del mercado común, ahora mercado interior (art. 100), bien para alcanzar fines de los Tratados y a falta de base específica (art. 235). Las segundas, las bases específicas, se refieren a disposiciones que regulan la actuación comunitaria en campos concretos o específicos como la política económica, fiscal, social, etc. En la actualidad las bases específicas en materia social se encuentran en el Título X del TFUE (arts. 151-161). En especial en el ámbito social, los fines o finalidades sociales han conocido una importante evolución.

2.1.- Las bases jurídicas generales.- Se encuentran recogidas en el artículo 115 TFUE, anterior artículo 94 TCE y antiguo artículo 100 TCEE (apartado 2.1.1) y en el artículo 352 TFUE, anterior artículo 308 TCE y antiguo artículo 235 TCEE (apartado 2.1.2).

2.1.1.- El artículo 115 TFUE: las Directivas de mercado interior.- Este artículo prevé la adopción de Directivas por unanimidad, con arreglo al procedimiento legislativo especial (*Infra, cap. 3º, I.2.2.1*), previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior. Las Directivas en materia laboral aprobadas por esta vía se han denominado Directivas del mercado interior, argumentándose, en este sentido, que estas Directivas no sólo sirven a los objetivos de política social (art. 151 TFUE) sino que, con un plus de justificación, forman parte de las normas del mercado interior y tienen mayores efectos sobre la libre competencia entre Estados miembros, impidiendo que determinadas empresas tengan mayores ventajas competitivas sobre otras⁸⁷¹. Con esta finalidad, asegurar la libre competencia entre empresas, se adoptaron por la vía del artículo 115 TFUE, bien el artículo 100 del Tratado de Roma, bien el 94 TCE, las denominadas Directivas clásicas o de crisis -despidos colectivos, insolvencia empresarial y protección de derechos en caso de transmisión de empresas-, así

⁸⁷¹ GÓMEZ MUÑOZ, J. M., "Las fuentes del Derecho social comunitario...", cit., p.10.

como las Directivas posteriores que modificarían las redacciones originales de aquellas.

Permanece, en el actual artículo 114 TFUE, anterior artículo 95 TCE, una importante prohibición de actuar en materia social, que deriva de una opción o decisión política que significó la modificación del artículo 100 TCEE por el Acta única Europea de 1987 (*Supra, cap. 1º, apartado II.1*). Como se dijo, no era posible actuar por mayoría cualificada, en virtud de aquel nuevo apartado A del artículo 100 TCEE, en materia relativa a, entre otras, la “libre circulación de personas” y los “derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena”, limitándose así la actuación y el avance en materia social en el ámbito comunitario. Al requerirse el voto unánime de los Estados miembros representados en el Consejo, se daba opción a que algún o algunos Estados miembros impusieran su veto (*Supra, cap. 1º, apartado II.3.2*). El actual artículo 114 TFUE prevé la adopción de “medidas”, mediante procedimiento legislativo ordinario, mayoría cualificada, para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado común. Esta base legislativa general está diseñada para actuar en la consecución de objetivos del artículo 26 TFUE⁸⁷², es decir, la realización del mercado interior, asegurando la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, pero está vetado en cuanto a la actuación en materia social. Así, dado que el apartado segundo de este artículo 114 TFUE excluye expresamente a disposiciones sobre derechos de los trabajadores, en concreto se prohíbe su utilización para regular “los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena”, única vez que aparece esta terminología en todo el Tratado⁸⁷³. Dada esta exclusión, de

⁸⁷² Art. 26 TFUE: “1.- La Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados. 2.-El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados. 3.- El Consejo, a propuesta de la Comisión, definirá las orientaciones y condiciones necesarias para asegurar un progreso equilibrado en el conjunto de los sectores considerados”.

⁸⁷³ MIRANDA BOTO, J. M., “Las competencias de la Unión Europea en materia social: panorama y perspectivas de futuro”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 92, 2011, p. 83, “lo cual habla una vez más de las imprecisiones en el lenguaje empleado en el Derecho originario”.

aprobarse alguna norma en materia participativa por esta vía tendría que hacerse por unanimidad, con fundamento en el artículo 115 TFUE, relativo a la adopción de las Directivas de mercado.

2.1.2.- El artículo 352 TFUE: la cláusula de imprevisión y flexibilidad.-

El artículo 352 TFUE, que sustituye al anterior artículo 308 TCE, prevé que el Consejo adopte *“las disposiciones adecuadas”*, por unanimidad a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, *“cuando se considere necesaria una acción de la Unión, en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados, para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes necesarios”*. Como señalara ISAAC, *“los autores de los Tratados eran conscientes de que los poderes conferidos en forma de atribuciones específicas, competencia funcional de las Instituciones, no serían suficientes para alcanzar objetivos sin embargo concretamente asignados por los tratados mismos competencia material de las Comunidades. Este artículo 235 TCEE permitía extender la competencia funcional de las Instituciones a las dimensiones de la competencia material de la Comunidad⁸⁷⁴”*. Es decir, esta base general será de aplicación a falta de base específica, de ahí su denominación como base o cláusula de imprevisión y flexibilidad, y siempre que la actuación se justifique a la consecución de los fines previstos en los Tratados.

La reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa ha afectado a esta base general en los términos siguientes:

1.- Se han introducido algunas precisiones para acomodar el artículo a los nuevos procedimientos legislativos ordinario y especial.

2.- Se ha limitado el alcance del anterior artículo 308 TCE al establecer que se trata de una acción *“en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos”* y no simplemente de *“una acción para lograr los objetivos de la Comunidad (anterior art. 308 TCE)”*.

3.- Se ha de informar al Parlamento Europeo sobre las propuestas normativas fundamentadas en esta base general.

⁸⁷⁴ ISAAC G., *Manual de Derecho Comunitario General*, 3º ed, Ariel, pp. 47-49.

4.- Se reafirma, según lo dispuesto en los nuevos apartados 3-5 del artículo 352 TFUE, y en atención a lo dispuesto en las declaraciones 41 y 42 relativas al artículo 352 del TFUE anejas al Tratado de Lisboa, que este artículo no puede servir de base para ampliar competencias, ni para modificar los Tratados sin seguir el procedimiento, ni para *“conllevar armonización cuando los Tratados excluyan dicha armonización (art. 352.3 TFUE)”*, ni para servir de base para alcanzar objetivos del ámbito de la política exterior y de seguridad común, pues todo acto adoptado de conformidad con el artículo 352 TFUE en estas materias habrá de realizarse vía Capítulo segundo del TUE.

La reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa viene a limitar claramente la utilización y el alcance de esta cláusula de imprevisión y flexibilidad (art. 352 TFUE). Como señala MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, “es un precepto que no termina de ser del gusto alemán, ya que la controvertida sentencia de su Tribunal Constitucional sobre el Tratado de Lisboa estableció que el uso de esta cláusula exige el mismo trámite parlamentario interno que el necesario para autorizar la celebración de un tratado de reforma de los tratados constitutivos⁸⁷⁵”. El artículo 352 TFUE no podrá en ningún caso servir de base para ampliar competencias más allá de lo dispuesto en los Tratados⁸⁷⁶; no va a poder utilizarse cuando ya exista una atribución *ad hoc*, ni tampoco se podrá utilizar para adoptar acciones para las que los Tratados constitutivos excluyan la armonización (art. 352.4 TFUE). Las probabilidades de utilización de esta vía en materia participativa son más bien escasas.

2.2.- Las bases jurídicas específicas en materia social.- Junto a las bases generales, el TFUE prevé determinadas bases jurídicas de actuación específicas en materia social. El origen de la actuación en esta materia se encontraba en los antiguos artículos 117 y 118 del Tratado de Roma. De lo

⁸⁷⁵ MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El nuevo tratado para reforzar la unión económica: una cura de urgencia excepcional y transitoria”, Real Instituto Elcano, ARI 1/2012, 10.01.2012p. 4.

⁸⁷⁶ Declaración nº 42 relativa al artículo 352 TFUE (extensión de competencias), aneja al Tratado de Lisboa: *“El artículo 352 que forma parte integral de un ordenamiento institucional basado en el principio de las competencias de atribución, no puede servir de base para ampliar el ámbito de las competencias de la Unión más allá del marco general que establecen las disposiciones de los Tratados en su conjunto, en particular aquellas por las que se definen las funciones y acciones de la Unión”*.

dispuesto en estos artículos se podían identificar cuatro vías de actuación comunitaria en materia social (*Supra cap. 1º, apartado I.2.5*): 1.- una primera vía de corte liberal (*“resultará del funcionamiento del mercado común que favorecerá la armonización de los sistemas sociales”*); 2.- una segunda vía relativa a *“otros mecanismos previstos en el Tratado”*; 3.- una tercera vía legislativa que hablaba de *“la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas”*; 4.- una cuarta vía relativa a la coordinación en el ámbito social entre los Estados miembros (art. 118 TCEE)⁸⁷⁷, que en la actualidad se denomina producción de soft law o método abierto de coordinación. Una quinta vía, el diálogo social, se menciona por vez primera en el Derecho originario a partir del Acta Única Europea de 1987.

Conviene analizar, en primer lugar, la vía legislativa prevista en el artículo 153.2.b TFUE, relativa a la *“adopción, mediante Directivas, de disposiciones mínimas”*, en relación con la *“información y consulta”* (art. 153.1.e TFUE), y la *“cogestión”* o participación interna (art. 153.1.f TFUE) (apartado 2.2.1). En segundo lugar, la técnica del diálogo social y la negociación colectiva según lo previsto en los artículos 152, 153.3, 154 y 155 TFUE (apartado 2.2.2). En tercer lugar, la técnica de producción de *soft law* o método abierto de coordinación cuya regulación está prevista en los artículos 153.2 a y 156 del TFUE (apartado 2.2.3).

2.2.1.- La vía legislativa del artículo 153.2.b TFUE.- La vía legislativa del artículo 153.2.b TFUE, encuentra su origen en el Acuerdo sobre política social de 1992, cuyo artículo 1 establecía una serie de objetivos en materia social⁸⁷⁸, así como el tipo de procedimiento legislativo, y de voto unánime o

⁸⁷⁷ En el artículo 118 TCEE se mencionaban las siguientes materias: *“el empleo, el Derecho del trabajo y las condiciones de trabajo; la formación y perfeccionamiento profesionales; la seguridad social; la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales; al higiene en el trabajo; el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores”*.

⁸⁷⁸ El artículo 1 del Acuerdo sobre política social de 1992 establecía una relación de objetivos en materia social, que pasarían a formar parte del contenido del artículo 117 TCEE, posteriormente se recogen en el artículo 136 TCE y se mantienen en el actual artículo 151 TFUE. Esos objetivos, compartidos, de la Unión Europea y los Estados miembros en materia social son los siguientes: 1.- el fomento del empleo; 2.- la mejora de las condiciones de vida y trabajo *“a fin de su equiparación por la vía del progreso”*-no estaba en el Acuerdo sobre política social pero procedía del original artículo 117 TCEE y ha llegado a la actual redacción del artículo 151 TFUE-; 3.- la protección social adecuada, 4.- el diálogo social; 5.- el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero; y 6.- la lucha contra las exclusiones.

mayoritario, que debía utilizarse en función de las materias sobre las que se pretendía actuar, especificándose además que determinadas materias (*“remuneraciones, derecho de asociación y sindicación y los derechos de huelga y cierre patronal”*) quedaban excluidas del ámbito competencial de la entonces Comunidad Europea (art. 2.6 APS). Este esquema básico de actuación por la vía legislativa fue incorporado al Derecho originario por el Tratado de Ámsterdam y es el que permanece en el actual TFUE, con la salvedad de que los posteriores Tratados de reforma del Derecho originario fueron modificando los procesos de toma de decisiones o decisorios en las Instituciones comunitarias, en los términos siguientes: el Tratado de Ámsterdam introdujo la co-decisión del Parlamento Europeo, anterior (art. 251 TCE), en lugar de la cooperación del Parlamento Europeo (anterior art. 189.C TCE). En el Tratado de Niza, en consonancia con las reformas operadas en las principales Instituciones comunitarias se introdujeron nuevas disposiciones sobre el sistema de toma de decisiones en el Consejo, la extensión material de la mayoría cualificada y la participación del Parlamento Europeo en el proceso decisorio al ampliarse los supuestos en los que resulta preceptivo su dictamen consultivo, dictamen conforme y procedimiento de co-decisión. A partir de la adopción del Tratado de Lisboa, la co-decisión, Parlamento Europeo y Consejo, se transforma en el *“procedimiento legislativo ordinario”* y se crea una amplia categoría de *“procedimientos legislativos especiales”*, en el que se integra, entre otros, la antigua consulta. Desaparecen la cooperación y el dictamen conforme.

El artículo 153.2.b TFUE faculta al Consejo y al Parlamento Europeo, como co-legisladores (arts. 14.1 y 16.1 TUE), a adoptar *“mediante Directivas, las disposiciones mínimas, que habrán de aplicarse progresivamente”* y teniendo en cuenta: 1.- *“las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros”*; y 2.- tratando de *“evitar establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen el desarrollo de pequeñas y medianas empresas”*⁸⁷⁹. Así, se podrán adoptar Directivas de mínimos en las

⁸⁷⁹ MIRANDA BOTO, J. M., “Las competencias de la Unión Europea...”, cit., p. 82: “se trata de un límite en el ejercicio, no en la atribución. El alcance de la disposición es indiscutiblemente oscuro y difícilmente mesurable (LYON CAEN). Tanto es así que el control por el Tribunal de Justicia ha demostrado ser bastante abstracto y la verdadera eficacia de esta regla está aun por demostrar (PÉREZ DE LOS COBOS)”.

materias, compartidas (art. 4.2 TUE), relacionadas en el artículo 153 TFUE, para el cumplimiento de los objetivos sociales del artículo 151 TFUE (*Supra, cap. 1º, apartado IV.3.1*). El procedimiento legislativo será distinto según la materia de la que se trate de las enumeradas en el artículo 153 TFUE:

- En materia de información y consulta (art. 153.1.e TFUE), el Parlamento Europeo y el Consejo decidirán conforme al procedimiento legislativo ordinario (apartado A).

- En cuanto a la cogestión o participación interna (art. 153.1.f TFUE), el Consejo, por indicación del 153.2 b 3º párrafo TFUE⁸⁸⁰, decidirá por unanimidad y conforme a un procedimiento legislativo especial (apartado B). Como excepción a esta regla, el art. 153.2.b TFUE⁸⁸¹, prevé que el Consejo pueda decidir por unanimidad que se siga la vía el procedimiento legislativo ordinario en lugar del especial (apartado C). La “*cogestión*” se define en el artículo 153.1.f TFUE como instrumento o ejercicio de la “*representación y defensa colectiva de los trabajadores*” y “*sin perjuicio*” de lo dispuesto en el artículo 153.5 TFUE relativo a la exclusión de competencia comunitaria en materias sensibles como los derechos de asociación y sindicación (apartado D).

A.- Procedimiento legislativo ordinario en materia de información y consulta.- El procedimiento legislativo ordinario indicado para legislar en materia de información y consulta se corresponde básicamente con el antiguo procedimiento de co-decisión, introducido como se dijo por el Acuerdo sobre política social de 1992 y mejorado por el Tratado de Ámsterdam de 1997. Este procedimiento de co-decisión (art. 238 TFUE), se generaliza, a partir de la reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa, como principal procedimiento legislativo de la Unión, y consta de dos fases: primera

⁸⁸⁰ Art. 153.2.b 3º párrafo TFUE: “*En los ámbitos mencionados en las letras c), d), f) y g) del apartado 1, el Consejo decidirá con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y a dichos Comités (Comité Económico y Social Europeo y Comité de Regiones)*”.

⁸⁸¹ Art. 153.2.b 4º párrafo TFUE: “*El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo podrá decidir que el procedimiento legislativo ordinario sea aplicable a las letras d), f) y g) del apartado 1*”.

lectura⁸⁸² y segunda lectura⁸⁸³ y, si no se llega a acuerdo, por la intervención de un Comité de conciliación, compuesto a partes iguales por miembros del Parlamento Europeo y del Consejo; existe incluso la posibilidad de una tercera lectura relativa a un posible texto aprobado por el Comité de Conciliación⁸⁸⁴.

La toma de decisiones en el seno del Consejo se hará por mayoría cualificada, a salvo de una excepción⁸⁸⁵. Para la obtención de dicha mayoría, se estará a lo dispuesto en los artículos 16.3 TUE⁸⁸⁶ y 238 TFUE que definen el sistema que se aplicará a partir del 1 de noviembre de 2014 (art. 16.4 TUE⁸⁸⁷).

⁸⁸² La Comisión presentará una propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo (art. 294.2 TFUE). El Parlamento Europeo aprobará su posición en primera lectura y la transmitirá al Consejo. Si el Consejo aprueba la posición del Parlamento Europeo, se adoptará el acto en la formulación correspondiente a la posición del Parlamento Europeo (art. 294.3 y 4 TFUE). Si el Consejo no aprueba la posición del Parlamento Europeo, adoptará su posición en primera lectura y la transmitirá al Parlamento Europeo. El Consejo informará cumplidamente al Parlamento Europeo de las razones que le han llevado a adoptar su posición en primera lectura. La Comisión informará cumplidamente de su posición al Parlamento Europeo (art. 294.5 y 6 TFUE).

⁸⁸³ Art. 294.7 TFUE: *“Si en el plazo de tres meses desde que la Comisión ha presentado una propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo, el Parlamento Europeo: a) aprueba la posición del Consejo en primera lectura o no toma decisión alguna, el acto de que se trate se considerará adoptado en la formulación correspondiente a la posición del Consejo; b) rechaza, por mayoría de los miembros que lo componen, la posición del Consejo en primera lectura, el acto propuesto se considerará no adoptado; c) propone, por mayoría de los miembros que lo componen, enmiendas a la posición del Consejo en primera lectura, el texto así modificado se transmitirá al Consejo y a la Comisión, que dictaminará sobre dichas enmiendas”*. Art. 294.8 TFUE: *“Si, en un plazo de tres meses a partir de la recepción de las enmiendas del Parlamento Europeo, el Consejo, por mayoría cualificada: a) aprueba todas las enmiendas, el acto de que se trate se considerará adoptado; b) si no aprueba todas las enmiendas, el Presidente del Consejo, de acuerdo con el Presidente del Parlamento Europeo, convocará al Comité de conciliación en un plazo de 6 semanas”*.

⁸⁸⁴ El Comité de conciliación tendrá por misión alcanzar, en un plazo de 6 semanas a partir de su convocatoria, un acuerdo por mayoría cualificada de los miembros del Consejo o de sus representantes y por mayoría de los miembros que representen al Parlamento Europeo, sobre un texto conjunto basado en las posiciones del Parlamento Europeo y del Consejo en segunda lectura. Si en un plazo de 6 semanas a partir de su convocatoria, el Comité no aprueba un texto conjunto, el acto propuesto se considerará no adoptado (Art. 294.10 TFUE).

⁸⁸⁵ Art. 294.9 TFUE: *“El Consejo se pronunciará por unanimidad sobre las enmiendas que hayan sido objeto de un dictamen negativo de la Comisión”*.

⁸⁸⁶ Art. 16.3 TUE: *“El Consejo se pronunciará por mayoría cualificada, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa”*.

⁸⁸⁷ Art. 16.4 TUE. *“A partir del 1 de noviembre de 2014, la mayoría cualificada se definirá como un mínimo del 55 por 100 de los miembros de Consejo, que incluya al menos a quince de ellos y que represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65 por 100 de la población. Una minoría de bloqueo estará compuesta por al menos 4 miembros del Consejo, a falta de lo cual la mayoría cualificada se considerará alcanzada”*. Entre el 1 de noviembre de 2014 y el 31 de marzo de 2017 se fija un periodo transitorio suplementario en el que cualquier miembro del Consejo podrá solicitar que la medida en cuestión se siga aprobando conforme a la actual regulación vigente.

Hasta esa fecha se seguirá funcionando conforme al sistema de ponderación de votos en el Consejo en función de la población de cada Estado miembro, similar al sistema de Niza (anterior art. 205.2 TCE), y regulado en el Anexo tercero del Reglamento interno del Consejo, aprobado por Decisión del Consejo de 1 de diciembre de 2009, y en el Protocolo nº 36 sobre las disposiciones transitorias anejo al Tratado de Lisboa⁸⁸⁸.

B.- Procedimiento legislativo especial en materia de cogestión.-

Según lo dispuesto en el artículo 153.2.b, tercer párrafo, TFUE, en materia de cogestión, y también en otras materias sensibles mencionadas en los apartados c, d, f y g del artículo 153.1 TFUE⁸⁸⁹, el Consejo decidirá con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones. Este procedimiento legislativo especial, que se corresponde básicamente con la antigua consulta, tiene ahora carácter excepcional: sólo se utiliza por indicación expresa prevista en los Tratados, y no está prevista ninguna descripción concreta del mismo, sino que sus modalidades -puede dar lugar a legislación especial del Consejo pero también del Parlamento Europeo-, se definen caso por caso en cada disposición concreta del TUE o del TFUE que prevén su utilización⁸⁹⁰.

⁸⁸⁸ Hasta el 31 de octubre de 2014, cuando el Consejo se pronuncie por mayoría cualificada, esta habrá de computarse de acuerdo con los criterios establecidos en el anterior Tratado de Niza que establece una triple mayoría de votos (predeterminados para cada Estado), Estados y, cuando así se reclame por algún miembro, también de población. En concreto, Alemania, Reino Unido, Francia e Italia (29 votos), España y Polonia (27 votos); Países Bajos (13 votos); Grecia, República Checa, Bélgica, Hungría y Portugal (12 votos); Bulgaria, Suecia y Austria (10 votos); Eslovaquia, Dinamarca, Finlandia, Lituania e Irlanda (7 votos); Letonia, Eslovenia, Estonia, Chipre y Luxemburgo (4 votos); Malta (3 votos). Por indicación del Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Croacia (art. 20), a este país le corresponden 7 votos. DO L112 de 24.4.2012, p. 26.

⁸⁸⁹ Estas materias son las siguientes: c.- la seguridad social y la protección social de los trabajadores; d.- la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; y f.- la representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 5.

⁸⁹⁰ Se ha reducido significativamente su utilización y desde el Tratado de Lisboa este procedimiento de carácter residual ya no se utiliza ni en materia como la política agraria, ni en cooperación policial y judicial en materia penal, que se atribuyen al procedimiento legislativo ordinario (*Supra, cap. 1º, apartado IV.2.4*).

C.- Excepción a la regla anterior, o cláusula paralela, en materia de cogestión.- En el artículo 153.2. 4º párrafo TFUE⁸⁹¹ se prevé que en determinadas materias, entre ellas la cogestión, el Consejo decidirá por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, que se legisle por la vía del procedimiento ordinario y no por la vía del especial. Esta excepción a la regla anterior, introducida como novedad por el Tratado de Lisboa, tiene su origen en las denominadas cláusulas paralelas del fracasado proyecto de Constitución Europea de 2004, por las que se pretendía permitir la aplicación el procedimiento legislativo ordinario a ámbitos o materias para las que los Tratados habían previsto, inicialmente, un procedimiento legislativo especial⁸⁹².

Si la Comisión propusiera, y sólo ante dicha propuesta, que se actuara en materia de cogestión o participación interna por la vía del procedimiento ordinario en lugar del especial, el Consejo tendría que pronunciarse por unanimidad para que dicho cambio fuera efectivo (art. 293 TFUE). Además, ha de consultarse al Parlamento Europeo, es decir, que ha de obtenerse el voto unánime del Consejo para poder legislar posteriormente por la vía ordinaria en la que el Parlamento Europeo es colegislador y se requiere únicamente la mayoría cualificada del Consejo y no su unanimidad. ¿Por qué no permitir que se legisle en esta materia, y en otras sensibles, directamente por la vía del procedimiento ordinario?

D.- La prohibición material de actuación comunitaria en el ámbito social prevista en el artículo 153.5 TFUE y su relación con los derechos participativos.- Según lo dispuesto en el artículo 153.5 TFUE una serie de materias -*“remuneraciones, derechos de asociación y sindicación y derechos de huelga y cierre patronal”*- están excluidas del *“presente artículo”*, es decir, están

⁸⁹¹ Art. 153.2.b 4º párrafo TFUE: *“El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo podrá decidir que el procedimiento legislativo ordinario sea aplicable a las letras d), f) y g) del apartado 1”*. d.- La protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; y g.- las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión.

⁸⁹² En el marco financiero plurianual (art. 312 TFUE); en política exterior y de seguridad común (art. 31 TUE); en cooperación judicial en materia de derecho de familia (art. 81 TFUE); en las cooperaciones reforzadas en ámbitos regulados por unanimidad o por un procedimiento legislativo especial (art. 333 TFUE) y en materia de medio ambiente (art. 192 TFUE). Información obtenida de la página web Europa.eu.

excluidas de la vía legislativa del artículo 153 TFUE. Ha de considerarse que muy probablemente esta prohibición se incorporó al Acuerdo de 1992 como consecuencia de, o a cambio de, ampliar considerablemente la actuación comunitaria en materia social. No se trataba de una prohibición absoluta de actuación sobre estas materias sino de una exclusión de la regulación de estas materias por la vía de los procedimientos diseñados en el Acuerdo sobre política social previstos ahora en el actual artículo 153 TFUE. La prohibición quedaba entonces justificada por la necesidad de salvaguardar las diversas tradiciones y regulaciones entre los Estados miembros en estas materias. Se ha señalado, además, que la prohibición quedaba referida únicamente al núcleo duro de las instituciones jurídicas contempladas, “a su existencia misma y su regulación central” (STJUE de 13.09.07 Del Cerro Alonso C-307/05, rec. 2007, pp.I-7109) y no a aspectos colaterales⁸⁹³.

Estos argumentos en favor de que el artículo 153.5 TFUE no contempla una prohibición absoluta de actuación comunitaria sobre las materias contempladas en este artículo, quedan en la actualidad reforzados por el reconocimiento general del carácter de derechos fundamentales a los derechos de negociación colectiva y acción colectiva, huelga y cierre patronal, por el artículo 28 de la Carta de Derechos Fundamentales y a los derechos de asociación y sindicación, por lo dispuesto en el artículo 12.1 de la misma. Ello sin perjuicio de las limitaciones anteriormente apuntadas y del valor jurídico efectivo de los mismos (*Supra*, cap. 1º, apartado V.3). La actuación sobre las materias sensibles no están excluidas de otras vías, como podría ser la vía convencional, el método abierto de coordinación pero también, en principio, estas materias podrían regularse por las vías o bases generales o genéricas anteriormente analizadas (*Supra*, cap. 3º, apartado I.2.1).

2.2.2.- La vía convencional.- Se ha identificado a la técnica del diálogo social, en sentido amplio y tripartito, y de la negociación colectiva, de carácter bipartito ya sea autónoma o tutelada por las Instituciones comunitarias, como segunda vía, la vía convencional, cuya regulación está prevista en los artículos 152, 153.3, 154 y 155 TFUE. El origen de estas normas se encuentra en el

⁸⁹³ MIRANDA BOTO, J. M., *Las competencias de la Comunidad Europea...*, cit., pp. 126-127.

anterior artículo 118 B, introducido en el Derecho originario por el Acta Única Europea (*Supra, cap. 1º, apartado II.1.2*). En 1992, con la adopción del Acuerdo sobre política social, se produce el reconocimiento del diálogo social como fuente normativa comunitaria, inicialmente sólo para once Estados miembros, y formalmente para todos los Estados miembros a partir de las reformas operadas en el Derecho originario por el Tratado de Ámsterdam (*Supra, cap. 1º, apartado II.4.4*). Muy probablemente se negociaría el reconocimiento del diálogo social nacional y europeo como fuentes normativas en el ámbito comunitario, a cambio de vetar la actuación comunitaria en denominadas materias muy sensibles - remuneraciones, derecho de asociación y sindicación y derechos de huelga y cierre patronal-. Seguramente, la estrategia política del diálogo social, que correría paralela al abandono paulatino de la técnica de la armonización en el progreso, armonización de máximos, surgió como respuesta a los sucesivos bloqueos, o al veto británico, a las iniciativas sociales presentadas al Consejo, impidiendo que se obtuviera la unanimidad requerida para legislar en materia social.

La regulación actual del diálogo social como fuente normativa prevista en el TFUE es la originaria del mencionado Acuerdo sobre política social de 1992, incorporado al Derecho originario en 1997, a salvo de tres pequeñas modificaciones:

- Se ha introducido una referencia al Parlamento Europeo en el sentido de que será informado sobre la aplicación de Acuerdos colectivos de ámbito europeo (última línea del art. 155.2, primer párrafo, del TFUE).

- Se ha añadido un nuevo inciso en el artículo 153.3 TFUE donde se recuerda con mayor precisión que, tanto las Directivas sociales, como los acuerdos colectivos europeos -los denominados acuerdos sustitutorios que han de ser convalidados mediante una decisión del Consejo, adoptada a propuesta de la Comisión-, pueden ser incorporados a los ordenamientos internos a través de normas convencionales o acuerdos transpositivos.

- Se ha introducido un nuevo artículo 152 TFUE⁸⁹⁴ que básicamente se limita a reconocer y promover el papel de los interlocutores sociales en el ámbito europeo; algo ya previsto en aquel antiguo artículo 118.B TCEE.

Es conveniente detenerse en las relaciones entre los derechos participativos y los acuerdos transitorios (apartado A), los acuerdos colectivos europeos reforzados (apartado B), y los acuerdos colectivos libres (apartado C).

A.- Derechos participativos y acuerdos transitorios.- En aplicación del principio de subsidiariedad horizontal, el artículo 153.3 TFUE⁸⁹⁵ prevé que las normas nacionales de transposición de las Directivas pueden ser de carácter convencional, en los términos siguientes: *“todo Estado miembro podrá confiar a los interlocutores sociales, a petición conjunta de estos últimos, la aplicación de las Directivas...(..) se asegurará de que, a más tardar en la fecha en la fecha en que deba estar transpuesta o aplicada una Directiva, los interlocutores sociales hayan establecido, mediante acuerdo, las disposiciones necesarias. El Estado miembro..(..) deberá tomar todas las medidas necesarias para poder garantizar en todo momento. los resultados fijados por dicha Directiva..”*. Ya se analizaron los rasgos básicos de los acuerdos transitorios y los problemas de interpretación que planteaba su escasa regulación (*Supra, cap. 1º, apartado II.3.4.1*) que siguen siendo de actualidad, pues permanece en vigor la regulación originaria del Acuerdo sobre política social de 1992, principalmente los relativos a la tutela, ¿puede el TJUE entrar en el análisis de los contenidos de los acuerdos transitorios a efectos de sancionar el incumplimiento por los Estados miembros de los mandatos de una Directiva?

⁸⁹⁴ Art. 152 TFUE: *“La Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Facilitará el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía. La cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo contribuirá al diálogo social”*.

⁸⁹⁵ Art. 153.3 TFUE: *“Todo Estado miembro podrá confiar a los interlocutores sociales, a petición conjunta de estos últimos, la aplicación de las directivas adoptadas en virtud del apartado 2, o, en su caso, la aplicación de una decisión del Consejo adoptada de conformidad con el art. 155”*. *En tal caso se asegurará de que, a más tardar en la fecha en la que deba estar transpuesta o aplicada una directiva o una decisión, los interlocutores sociales hayan establecido, mediante acuerdo, las disposiciones necesarias; el Estado miembro interesado deberá tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por dicha directiva o dicha decisión”*.

Los interlocutores sociales requieren de una autorización estatal expresa para poner transponer, así como para que se puedan controlar aspectos fundamentales como la legitimidad o capacidad de los interlocutores solicitantes. Podría cuestionarse la viabilidad de los acuerdos transpositivos en ordenamientos que carecen de mecanismos para asegurar la eficacia general o *erga omnes* y/o la celebración de acuerdos interprofesionales para todo el territorio nacional. La experiencia a lo largo de estos años ha ido mostrando que, en la mayoría de las ocasiones, la ejecución convencional de Directivas en materia social requiere de posteriores actuaciones estatales, vía legislación complementaria, que aseguren la efectiva incorporación de los dictados comunitarios en los ordenamientos internos. Este es el caso de la transposición de la Directiva CEU 2004 en determinados Estados miembros, como Bélgica, Italia y Noruega, que utilizaron la vía del artículo 4 del Acuerdo sobre política social de 1992 para la incorporación de la norma en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Los interlocutores sociales de estos países alcanzaron sus respectivos acuerdos colectivos en 1996, necesitándose en los tres casos de la intervención posterior del poder público para la efectiva ejecución de los mismos. Posteriormente, Luxemburgo fue condenado por el TJCE por incompleta transposición de la Directiva CEU 1994 vía acuerdo colectivo⁸⁹⁶.

Las complejas labores de transposición de las normas participativas que operan en un triple plano nacional/comunitario/internacional, como las Directivas CEU y SE, han exigido la constitución, normalmente por la Comisión a petición del Consejo, de grupos de expertos especialistas en labores de coordinación. La necesaria coordinación de la transposición a las legislaciones nacionales resultó indispensable para lograr disposiciones convergentes, sobre todo en punto a las disposiciones de referencia o subsidiarias de los Anexos. En este sentido, se tuvieron que elaborar por los expertos reglas y criterios concretos, no se sabe con qué carácter jurídico, vinculante o no, indicando pautas que permitieran una

⁸⁹⁶ STJUE de 21 de octubre de 1999 (Asunto C-430/8) Comisión c. Gran Ducado de Luxemburgo, este país se defendía de la acusación de no haber transpuesto debidamente la Directiva CEU diciendo que había confiado a la autonomía colectiva la aplicación de la misma y que las empresas multinacionales afectadas habían celebrado acuerdos europeos de empresa. Puesto que sólo una o dos empresas no habían celebrado acuerdos, no se había considerado necesario promulgar una ley de garantía. El TJCE contesta que precisamente por eso no ha quedado salvaguardada por completo la transposición de la Directiva y condena a Luxemburgo.

transposición uniforme, que superara las importantes diferencias existentes en las diversas legislaciones y/o prácticas nacionales en el ámbito participativo⁸⁹⁷. En cualquier caso, en cuanto a las Directivas CEU y SE, queda claro que, por su carácter transnacional, era necesario acometer las incorporaciones a los ordenamientos internos por la vía legislativa.

B.- Derechos participativos y acuerdos colectivos europeos reforzados.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 154.4 TFUE⁸⁹⁸, se prevé la participación de los interlocutores sociales europeos en el procedimiento legislativo, llegando incluso a sustituir la propia actuación de la Comisión Europea. El resultado de dicha participación, identificada como *bargaining in the shadow of the law*, se ha denominado tradicionalmente adopción de acuerdos sustitutorios. En épocas más recientes estos acuerdos sustitutorios se identifican por la doctrina como acuerdos colectivos europeos reforzados (art. 154 TFUE), que se distinguen de los acuerdos colectivos europeos libres u ordinarios (art. 155 TFUE)⁸⁹⁹. La posibilidad de que un Acuerdo colectivo europeo sustituya a la actuación legislativa comunitaria supuso, a la firma del Acuerdo sobre política social, un nuevo reparto competencial entre la Comunidad y los interlocutores sociales europeos (UNICE, CES y CEEP), en el sentido en que la actuación

⁸⁹⁷ Sobre la transposición de la Directiva CEU de 1994, la Comisión hizo público el documento *Conclusions du Groupe de Travail "Information et consultation" Transposition de la Directive 94/45/CE. Résultats des Travaux*, doc. V/6943/95/FR, 22.5.95. Sobre la Sociedad anónima europea, se formó el Grupo de Expertos "European System of Workers Involvement with regard to the European Company Statute and other pending proposals", bajo la dirección Etienne DAVIGNON, cuyas propuestas finales fueron publicadas por la Comisión en mayo de 1997 (ISBN 92-828-1113-1). Posteriormente, la Comisión creó un grupo de expertos integrado por expertos nacionales y consejeros de asuntos sociales con el fin de constituir un foro para debatir las disposiciones de transposición de la Directiva en la legislación nacional. Este grupo celebró reuniones entre diciembre de 2001 y junio de 2003, cuyos documentos de trabajo pueden consultarse en la página web europa.eu.

⁸⁹⁸ Art. 154.4 TFUE: "Con ocasión de las consultas contempladas en los apartados 2 y 3, los interlocutores sociales podrán informar a la Comisión sobre su voluntad de iniciar el proceso previsto en el artículo 155. La duración de dicho proceso no podrá exceder de nueve meses, salvo si los interlocutores sociales afectados decidieran prolongarlo de común acuerdo con la Comisión".

⁸⁹⁹ OJEDA AVILÉS, A., "Convergencia descendente y aplicación de acuerdos colectivos europeos", *Relaciones Laborales* nº 23, tomo 2, 2009, LA LEY, 206886/2009.

legislativa iba a ser subsidiaria también, en sentido horizontal o privada, del diálogo social de igual ámbito o de dimensión comunitaria⁹⁰⁰.

El artículo 154 TFUE prevé un procedimiento de consulta a los interlocutores sociales europeos “antes de presentar propuestas en el ámbito social”, con la intención de consultarle “sobre la posible orientación de una acción comunitaria”. “Si tras esa consulta, la Comisión estimase conveniente una acción de la Unión, consultará a los interlocutores sociales sobre el contenido de la propuesta consultada”. A continuación, tras la segunda consulta, “los interlocutores remitirán a la Comisión un dictamen o en su caso una recomendación”. Una vez remitida, “la aplicación del acuerdo se hará sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión” y el Consejo decidirá por unanimidad en los casos en que existan en el acuerdo disposiciones que afectan a materias sociales para las que se requiere unanimidad. Como ya se dijo (*Supra*, cap. 1º, apartado II.3.4.2), los interlocutores sociales pueden iniciar el procedimiento del artículo 155 TFUE, relativo a los acuerdos colectivos europeos libres, con ocasión de las consultas que les formulen por la Comisión conforme al artículo 154 TFUE. Pero el artículo 155 TFUE habla del diálogo social y ese diálogo -que es independiente de las consultas del artículo 154 TFUE- puede dar lugar, igualmente, al proceso previsto en ese artículo 154 TFUE. Proceso que consiste en que los eventuales acuerdos se apliquen por los interlocutores sociales, o que se apliquen, si se solicita, sobre la base de una decisión del Consejo. En cuanto a los requisitos que debe cumplir un acuerdo colectivo europeo para obtener el respaldo de una norma comunitaria, la doctrina ha identificado los siguientes: 1.- representatividad suficiente de las partes signatarias; 2.- licitud de todas las cláusulas del acuerdo; 3.- respeto a las medidas referentes a las pequeñas y medianas empresas; y 4.- mandato suficiente de las partes signatarias para concluir el acuerdo⁹⁰¹.

⁹⁰⁰ CASAS BAAMONDE, M. E., “Doble principio de subsidiariedad...”, cit., pp. 55-56; “Subsidiariedad y flexibilidad...”, cit., p. 62.

⁹⁰¹ OJEDA AVILÉS, A., “Eficacia de los convenios colectivos europeos”, en *La negociación colectiva en Europa*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Colección Informes y estudios, Serie Relaciones Laborales nº 59, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, p. 435. Los tres primeros requisitos en la Comunicación de 2002 sobre dialogo social, p. 18 y el

Los criterios relativos a la identificación de los interlocutores sociales europeos que pueden tener acceso a la consulta (art. 154 TFUE) se prevén en la Comunicación de la Comisión de 1993⁹⁰². Como principio general, se considera que las organizaciones deberán ser consultadas en la medida en que respondan globalmente a los siguientes criterios: 1.- ser interprofesionales, sectoriales o de una categoría de trabajadores, y estar organizadas a nivel europeo; 2.- estar compuestas por organizaciones que, a su vez, formen parte integrante y reconocida de las estructura de los interlocutores sociales de los Estados miembros; 3.- tener capacidad de negociar acuerdos y ser, en lo posible, representativas en todos los Estados miembros; 4.- disponer de las estructuras adecuadas que garanticen su participación efectiva en el proceso de consulta.

Los interlocutores sociales europeos, identificados según estos criterios establecidos por la Comisión, han de ser consultados obligatoriamente y, además, pueden facultativamente entrar a negociar la regulación de las materias del artículo 153 de forma tutelada y/o reforzada por las Instituciones comunitarias, lo que da origen a un acuerdo colectivo europeo reforzado. Con respecto a estos, dos comentarios: en primer lugar, que en la letra del Derecho originario se limita el contenido de los acuerdos colectivos europeos reforzados a las materias relacionadas en el artículo 153 TFUE. En la práctica, seguramente, las consultas a los interlocutores sociales alcanzan a otras materias distintas de las previstas en el artículo 153 TFUE; y en segundo lugar, es criticable que el papel que se atribuye al Parlamento Europeo en este proceso que es, y sigue siendo a partir de las reformas operadas por el Tratado de Lisboa en el Derecho originario, excesivamente limitado pues únicamente “*se le informará*” (art. 155.2 TFUE), lo que no concuerda con el reconocimiento legal de su nuevo papel de co-legislador al mismo nivel que el Consejo.

En cuanto a las Directivas participativas, los interlocutores sociales europeos han participado en el diseño de cada unas de ellas, pues la Comisión

cuarto en la Comunicación sobre aplicación del protocolo de política social de 1993, p. 17, y sobre adaptación y promoción del diálogo social de 1998, p. 16.

⁹⁰² Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 14 de diciembre de 1993, COM (93) 600 final. La lista de organizaciones representativas a nivel comunitario está en el anexo 2.

estaba obligada desde el Tratado de Ámsterdam de 1997 a consultar a los interlocutores sobre *“una posible orientación de una acción..”* antes de presentar una propuesta formal; obligación prevista en el artículo 154.2 TFUE. Como ya se dijo, ello fue así con respecto a las normas participativas que pertenecen estrictamente al ámbito social, la Directiva marco 2002 (*Supra, cap. 2º, apartado V.1.1*) y la Directiva CEU 2009 (*Supra, cap. 2º, apartado V.1.2*). Con respecto a la derogada Directiva CEU de 1994, la Comisión abrió un período de consultas de 6 semanas con los interlocutores sociales en octubre de 1993⁹⁰³. Estos hechos se produjeron con anterioridad a la entrada en vigor, sólo para once Estados miembros, del artículo 4 del Acuerdo sobre política social de 1992, que introduciría el procedimiento de consulta obligatorio a los interlocutores sociales europeos. A pesar de los esfuerzos desplegados, los interlocutores sociales europeos no pudieron ponerse de acuerdo. La patronal británica CBI, asociada a UNICE -patronal europea, antecedente de BUSINESS- EUROPE-, se negó a tomar como base el texto elaborado por la Comisión, lo que dio origen a mutuas acusaciones entre las partes sobre la falta de interés para alcanzar un acuerdo y, finalmente, a la ruptura definitiva de las negociaciones⁹⁰⁴.

C.- Derechos participativos y acuerdos colectivos europeos libres.-

Se prevé en el artículo 155 TFUE la posibilidad de que los interlocutores sociales europeos alcancen acuerdos colectivos de ámbito europeo sobre materias distintas a las previstas en el artículo 153 TFUE⁹⁰⁵. Estos acuerdos se

⁹⁰³ En los Anexos I y II de propuesta de Directiva CEU presentado por la Comisión el 13 de abril de 1994 (COM (93) 134 final en DO nº C 135 de 18.5.94, puede verse un resumen de las contribuciones de los interlocutores sociales en la primera y en la segunda consulta, así como un listado de las Asociaciones, Federaciones y Confederaciones consultadas tanto en la primera como en la segunda consulta..

⁹⁰⁴ DE MIGUEL LORENZO, A., “La aplicación de los derechos de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria”, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 73 sept-oct. 1995, p. 8.

⁹⁰⁵ Art. 155 TFUE: “1.- *El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito de la Unión podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos; 2.- La aplicación de los acuerdos celebrados a nivel de la Unión se realizará, ya sea según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, ya sea, en los ámbitos sujetos al artículo 153, y a petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión. Se informará al Parlamento Europeo. El Consejo decidirá por unanimidad cuando el acuerdo en cuestión contenga una o más disposiciones relativas a alguno de los ámbitos para los que se requiera la unanimidad en virtud del apartado 2 del artículo 153”.*

denominan acuerdos colectivos europeos libres, en contraposición a los acuerdos colectivos europeos reforzados que siguen la vía del artículo 154.4 TFUE. La aplicación de los Acuerdos colectivos europeos libres se realizará, según el artículo 155.2 TFUE, “según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros”. Se encuentra en esta disposición la base jurídica específica que fundamenta jurídicamente que los interlocutores sociales europeos negocien sobre cualquier tipo de materias distintas de las reservadas a las Instituciones comunitarias y a los acuerdos sustitutorios del artículo 154.4 TFUE, es decir a las materias distintas a las relacionadas en el artículo 153 TFUE, inclusive las vetadas del artículo 153.5 TFUE. Estos acuerdos libres carecen de regulación concreta en la normativa comunitaria, a salvo de esa tímida mención en el artículo 155.2 TFUE. Están sujetos al Derecho internacional privado, pero no son un tipo más de contratos civiles, sino que se trata de contratos colectivos, y la normativa aplicable a los mismos será la prevista con carácter específico en cada legislación nacional⁹⁰⁶.

Los acuerdos colectivos europeos libres, presentan las ventajas y los inconvenientes de la vía voluntaria. Según algún autor, la vía voluntaria es especialmente adecuada “para realizar nuevos avances experimentales e innovadores en las relaciones laborales que aun no están maduros para que sean digeridos por las instituciones políticas de la Unión Europea⁹⁰⁷”. En principio no cabe ninguna interferencia pues la libertad negocial es total. Ello casa perfectamente con el indeterminado reconocimiento al derecho a la negociación colectiva que se realiza en el artículo 28 de la Carta de Derechos Fundamentales. Así, a salvo de la escasa regulación sobre acuerdos transitorios y sustitutorios, nada se establece en el Derecho originario sobre el alcance y eficacia de acuerdos europeos, ni sobre los ámbitos posibles de la

⁹⁰⁶ OJEDA AVILÉS, A., “Convergencia descendente...”, cit., La doctrina se ha planteado también el problema de que estos acuerdos europeos pueden servir para rebajar las condiciones alcanzadas en convenios nacionales en vigor. Por tal motivo, ZACHERT, citado por OJEDA, propone una formulación especial del principio de norma más favorable, en cuya virtud el acuerdo europeo sólo podrá establecer condiciones mínimas frente a los convenios nacionales.

⁹⁰⁷ JACOBS, A., “La concertación social europea” en *La negociación colectiva en Europa*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Colección Estudios e Informes nº 59, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, p. 374.

negociación colectiva europea (“niveles adecuados?”). Esta ausencia de regulación, y los problemas técnicos que plantea⁹⁰⁸, no impide que se puedan alcanzar acuerdos a nivel europeo de cualquier ámbito: intersectorial, sectorial, de empresa o de grupo. Como ya se ha dicho, estos acuerdos pueden entrar a regular incluso aquellas materias vetadas a la actuación comunitaria del artículo 153.5 TFUE -remuneraciones, derecho de asociación y sindicación, derecho de huelga y cierre patronal-.

Las oportunidades que podrían abrirse para el desarrollo de la normativa participativa por la vía de los acuerdos colectivos europeos libres son muy significativas. Las Directivas participativas de aplicación general, la Directiva marco 2002 y las Directivas clásicas, son normas de mínimos. La Directiva marco 2002 tiene por finalidad el establecimiento de un marco común, una referencia base, en el ámbito nacional, aclarando y unificando conceptos que deben ser incorporados en los ordenamientos internos: se definen los derechos de información y consulta (art. 2 f)⁹⁰⁹, se prevén unos requisitos mínimos de contenido y de forma (art. 4), y se reenvía a los Estados miembros la determinación del ejercicio concreto de estos derechos, “*puediendo confiar a los interlocutores sociales al nivel apropiado, incluido el de empresa o centro de trabajo, la tarea de definir libremente, por medio de acuerdo, las modalidades de información y consulta a los trabajadores*⁹¹⁰” (art. 2.1.g). A salvo de lo que dispongan las normas nacionales de transposición, el contenido y alcance de los derechos participativos, previstos por la Directiva marco 2002 en el ámbito de las empresas nacionales, pueden ser objeto de regulación, no sólo por las existentes vías convencionales nacionales, sino también por la vía de los acuerdos colectivos europeos libres. Ello lleva a plantearnos cómo afectaría al sistema de fuentes nacional un posible acuerdo colectivo europeo libre ¿Podría

⁹⁰⁸ Los Acuerdo colectivos europeos libres presentan cuatro tipos de problemas según OJEDA AVILÉS: 1.- quién puede negociar; 2.- qué procedimiento debe seguirse; 3.- cuál es la fuerza de obligar de este tipo de acuerdos; 4.- los problemas de articulación y complementariedad entre el acuerdo europeo y la regulación nacional.

⁹⁰⁹ La información consiste en la transmisión de datos por el empresario a los representantes de los trabajadores para que puedan tener para que puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo. Y la consulta se refiere al intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo (*Infra, cap. 4º, apartados I.2.1 y I.4.1*).

⁹¹⁰ Art. 2.1.g Directiva marco 2002.

modificar un acuerdo colectivo europeo libre lo dispuesto en un convenio colectivo de ámbito nacional?

En cuanto a la Directiva CEU 2009 y la Directiva SE 2001, son normas de procedimiento, cuya máxima seña de identidad es precisamente que prevalece la autonomía colectiva, frente a la norma, como fuente efectiva de regulación de los derechos participativos. Ambas normas exigen para su aplicación, la efectiva negociación entre las partes sociales de un acuerdo de implicación, en el supuesto de la Directiva SE 2001 (*Infra, cap. 4º, apartado II.3.2.*) y de un acuerdo sobre la constitución de un Comité de empresa europeo o de un procedimiento alternativo de información y consulta, en el caso de la Directiva CEU 2009 (*Infra, cap. 4º, apartado II.3.1.*).

2.2.3.- El método abierto de coordinación.- Junto a la vía legislativa y la vía del diálogo social, se prevé en los artículos 153.2.a y 156 del TFUE, una tercera vía de actuación en materia social que se ha denominado método abierto de coordinación. Este método puede definirse como un procedimiento especial de coordinación de políticas sociales nacionales entre los Estados miembros, impulsado desde la Unión Europea, que impone compromisos, no obligaciones jurídicas, de actuar de una forma determinada. El método abierto de coordinación no se formaliza jurídicamente en el Derecho originario hasta el Tratado de Ámsterdam de 1997 (art. 109 R)⁹¹¹ El término método abierto de coordinación se acuñaría posteriormente, durante el Consejo Europeo de Lisboa de marzo 2000, para definir a un nuevo método impulsado por la Estrategia de Lisboa, y a una nueva forma más moderna, peculiar y original, de coordinación de las políticas nacionales, que podría resumirse así: el Consejo fija unos objetivos, cuyo seguimiento se efectúa con planes de acción y programas nacionales de reforma, mientras que los progresos se observan basándose en un evaluación comparativa, indicadores, evaluaciones por grupos de homólogos

⁹¹¹ Art. 109 R del Tratado de Ámsterdam: *“El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, podrá adoptar medidas de fomento para alentar la cooperación entre los Estados miembros y apoyar la actuación de estos últimos en el ámbito del empleo, a través de iniciativas destinadas a desarrollar los intercambios de información y buenas prácticas, facilitar análisis comparativos y asesoramiento, promover planteamientos innovadores y evaluar experiencias, en particular recurriendo a proyectos piloto. Estas medidas no incluirán armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”.*

y el intercambio de buenas prácticas. se considera en la actualidad que este método no ha respondido a las expectativas que se crearon, en buena medida por ausencia de voluntad de los Estados miembros⁹¹².

La reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa ha supuesto que se generalice la vía de las Directrices de empleo (*Supra, cap. 1º, apartado II.4.1*) a todas las áreas de la política social, según lo previsto en el artículo 5.3 TFUE⁹¹³. Esta vía se concibe obligatoria en materia de empleo y es facultativa en otras áreas de la política social. Es difícil sin embargo clasificar y analizar la técnica del método abierto de coordinación en los diferentes ámbitos de la política social: existen múltiples tipos y su desarrollo es desigual en función de las materias⁹¹⁴. Hay ámbitos en los que se utiliza este método y no está previsto en el Derecho originario, sino en el propio instrumento y hay ámbitos en los que lo dispuesto en los Tratados no coincide con lo que se realiza en la práctica⁹¹⁵.

La utilización del método abierto de coordinación asimilable a la producción de *soft law* interesa en el plano de los derechos participativos desde una doble perspectiva: 1.- la producción de *soft law* por el Consejo y el Parlamento Europeo en materia participativa en virtud de lo dispuesto en el artículo 153.2.a TFUE (apartado A); y 2.- la producción de *soft law* por la

⁹¹² ROBLES CARRILLO, M., "El método abierto de coordinación tras el Tratado de Lisboa", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración nº 92, 2011, p. 288.

⁹¹³ Art. 5 TFUE: "1.- Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas en el seno de la Unión. Con este fin, el Consejo adoptará medidas, en particular las orientaciones generales de dichas políticas. Se aplicarán disposiciones particulares a los Estados miembros cuya moneda es el euro; 2.- La Unión tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas; 3.- La Unión podrá tomar iniciativas para garantizar la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros".

⁹¹⁴ HATZOPOULUS, V. "Why the Open Method of Coordination is Bad for you: a letter to the EU", European Law Journal, vol. 13, nº 3, 2007, p. 338, identifica tres categorías: 1.- MAC ejecutivo para facilitar la aplicación de Hard-law, por ejemplo en materia de inmigración o asilo; 2.- MAC coordinación fuerte utilizado para coordinar políticas nacionales ante la ausencia de legislación comunitaria pero con objetivos previos comunes y fuerte liderazgo que los impulse, como en el caso del impulso alemán a las políticas monetarias; y 3.- MAC coordinación suave utilizado para coordinar políticas nacionales ante la ausencia de legislación comunitaria, pero sin objetivos comunes, sin liderazgo y materias dónde es posible adoptar multitud de y diversas políticas comunes.

⁹¹⁵ ROBLES CARRILLO, M., "El método abierto..", cit., p. 295.

Comisión en materia participativa en virtud de lo dispuesto en el artículo 156 TFUE (apartado B).

A.- Producción de *soft law* por el Consejo y el Parlamento Europeo en materia participativa.- El artículo 153.2.a TFUE⁹¹⁶ prevé la adopción de “medidas que fomenten la cooperación entre los Estados miembros.. con exclusión de toda armonización”. Esta vía de actuación tiene su origen en el anterior artículo 129 TCE relativo a las Directrices de empleo, introducido en el Derecho originario a partir del Tratado de Ámsterdam. El procedimiento que ha de seguirse, en virtud de lo dispuesto en el actual artículo 153.2.a TFUE, es precisamente el procedimiento legislativo ordinario: el Consejo y el Parlamento Europeo deciden por mayoría cualificada previa consulta al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones (*Supra*, cap. 3º, apartado I.2.2.1). La expresión “con exclusión de toda armonización” mencionada en el artículo 153.2.a TFUE plantea el interrogante de si tendría cabida la adopción de medidas vinculantes siempre que no fueran armonizadoras. Para algunos el abandono paulatino de los procedimientos obligatorios o *hard-law* y su sustitución por el *soft law* podría llegar a ser beneficioso para los detractores de un mayor avance en materia social⁹¹⁷. No se sabe bien el alcance de un instrumento en principio no vinculante, diferente del tradicional método comunitario por las vías legislativas previstas. Tampoco queda claro que debe considerarse estrictamente como no vinculante jurídicamente, y hasta que punto determinados instrumentos de seguimiento y presión difieren o no de dicho método comunitario⁹¹⁸.

En cuanto a la producción de *soft law* en materia participativa, hubiera sido deseable, por ejemplo, que en las dificultosas labores de transposición de las normas participativas de alcance transnacional se hubiera impuesto con

⁹¹⁶ Art. 153.2.a TFUE: “A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo: a) podrán adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”.

⁹¹⁷ ZUFIAUR NARVAIZA, J. M., “El modelo social...”, cit.

⁹¹⁸ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Derechos sociales fundamentales...”, cit.

mayor rigor, por una vía similar a la de las Directrices de empleo mencionadas, la uniformidad necesaria que predicaban los grupos de expertos designados a tal fin. Unas reglas más precisas, reforzadas desde las propias Instituciones, hubieran incrementado la convergencia y armonización de las diferentes normativas internas de transposición de las Directivas participativas. Por lo demás, en materias altamente condicionadas por la variabilidad nacional, como los derechos sociales colectivos, podría cuestionarse que si han de producirse avances, con mayor probabilidad éstos se realizaran por la vía del *soft law* que en principio implica la existencia de compromisos pero sin obligaciones jurídicas. Seguramente será más fácil obtener la mayoría cualificada por la vía del método abierto de coordinación (art. 154.2.a TFUE) que por la vía legislativa propiamente dicha (art. 153 TFUE), debiéndose tramitar las iniciativas en ambos casos por procedimiento legislativo ordinario.

B.- Producción de *soft law* por la Comisión en materia participativa.-

En el artículo 156 TFUE⁹¹⁹, se prevé una segunda modalidad del método abierto de coordinación, relativa a la producción de documentos no vinculantes, *soft law*, por parte de la Comisión Europea, consultando al Comité Económico y Social Europeo e informando al Parlamento Europeo, con el objeto de fomentar la colaboración entre los Estados miembros y coordinar su políticas sociales. Aunque el propio artículo 156 TFUE menciona expresamente que estos documentos serán “*dictámenes*”, habría que dar cabida también, seguramente, a otro tipo de documentos e iniciativas emanados de la Comisión como las Comunicaciones, Programas de acción, etc. La vía prevista en este artículo 156

⁹¹⁹ Art. 156 TFUE: “Con el fin de alcanzar los objetivos expuestos en el artículo 151, y sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados, la Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social tratados en el presente capítulo, particularmente en las materias relacionadas con: el empleo, el derecho del trabajo y las condiciones de trabajo, la formación y perfeccionamiento profesionales, la seguridad social, la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, la higiene del trabajo, el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores. A tal fin, la Comisión actuará en estrecho contacto con los Estados miembros, mediante estudios, dictámenes y la organización de consultas, tanto para los problemas que se planteen a nivel nacional como para aquellos que interesen a las organizaciones internacionales, en particular mediante iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos. Se informará cumplidamente al Parlamento Europeo. Antes de emitir los dictámenes previstos en el presente artículo, la Comisión consultará al Comité Económico y Social Europeo”.

TFUE deriva claramente del original artículo 118 TCEE que otorgaba a la Comisión Europea el papel de coordinador de las políticas nacionales. El contenido de aquel artículo 118 TCEE permanece en el actual 156 TFUE, a salvo de una pequeña matización: la única diferencia entre el artículo 118 TCEE y el actual artículo 156 TFUE es que se especifica en este último cómo la Comisión ha de llevar a cabo dicha tarea: *“en particular mediante iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos. Se informará cumplidamente al Parlamento Europeo”*. Que únicamente se informe al Parlamento Europeo no casa, de nuevo, con su papel de colegislador.

Es indudable que la Comisión ha sido muy activa en la promoción de iniciativas en materia participativa, como corresponde al tener este órgano atribuido el derecho de iniciativa legislativa (art. 17.2 TUE)⁹²⁰. Sin perjuicio de la distinción entre iniciativas que tienen como resultado la producción de normas, la vía legislativa propiamente dicha, y aquellas otras iniciativas que resultan en *soft law*, se aprecia en materia participativa un importante cambio de postura de la Comisión en torno a esta materia a partir de la década de los años 2000. En concreto, con anterioridad a dicha fecha son numerosísimos los documentos emanados de la Comisión que hacen referencia y promueven la participación de los trabajadores en la empresa. En este sentido, el mencionado primer Programa de acción social de 1974 (*Supra, cap. 1º, apartado I.3*) en el que la participación era concebida como uno de los tres objetivos básicos de la actuación comunitaria en materia social, junto al empleo y la mejora de las condiciones de vida y trabajo, pero también otros altamente significativos como: el Libro verde sobre Participación de 1975, el Memorándum de la Comisión de 1988 (Libro blanco sobre el mercado interior), la Comunicación sobre información y consulta de 1995 y el Informe (final –report) del Vice-presidente de la Comisión DAVIGNON de 1997 (*Supra, cap. 2º, apartado III.3*), entre otros muchos, redactados con ocasión de la presentación de las propuestas normativas que fueron sucediendo

⁹²⁰ Art. 17.2 TUE: *“Los actos legislativos de la Unión sólo podrán adoptarse a propuesta de la Comisión, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa. Los demás actos se adoptarán a propuesta de la Comisión cuando así lo establezcan los Tratados”*.

en el ámbito comunitario. A partir del año 2000, sin embargo, coincidiendo con el hecho de que se ha adoptado ya el grueso de la normativa participativa existente, la participación de los trabajadores ya no es un eje fundamental de la política social; al menos de la política social que interesa al funcionamiento del mercado interior. Fue la Agenda social de 2000 la que marcó el inicio de la política social como factor productivo, como gasto que ha de repercutir en productividad⁹²¹. A partir de ese momento, disminuyen notablemente las referencias a la participación de los trabajadores en documentos emanados de la Comisión.

III.- ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS PARTICIPATIVAS.-

1.- Tipos, tamaños y estructuras de organización empresarial que determinan la aplicación de las normas participativas.- La normativa participativa objeto de estudio no va dirigida a todo tipo de empresas sino principalmente a aquellas de un determinado tamaño. En cuanto a las Directivas pertenecientes al ámbito social del derecho, Directiva marco 2002 y Directiva CEU 2009, en línea con lo dispuesto en el artículo 153.2.b TFUE⁹²², se limitan los ámbitos de aplicación de las normas participativas con la intención de evitar dificultades excesivas a las pequeñas y medianas empresas. Se habla, en

⁹²¹ A la política social como factor productivo se refiere la Comunicación de la Comisión Agenda de Política Social, Bruselas 28.6.2000, COM (2000) 379 final, op. cit., p. 5., "La mayor parte del gasto en salud y educación representa una inversión en recursos humanos con efectos económicos positivos. Por consiguiente, puede haber una correlación positiva entre la magnitud de este tipo de gasto y el nivel de productividad de los países en cuestión". "mejorar la calidad del trabajo significa aumentar la calidad de la producción, con lo que se fortalece la posición competitiva de las empresas europeas" (p. 7). "La Unión Europea tiene que continuar combinando las buenas condiciones sociales con la alta productividad y con la alta calidad de los bienes o servicios. Ésta es una de las características del modelo social europeo" (p. 7). En la Agenda social europea (2000) las referencias a la participación de los Trabajadores son muy limitadas (sólo se le dedican un par de pequeños párrafos de mas de 100 que contiene la Agenda). En este sentido, se menciona que había de proseguirse por la vía de "la revisión de la Directiva sobre comités de empresa" y "seguir examinando" las propuesta sobre "el aspecto social de la Sociedad anónima europea", que no se presentaría formalmente como tal hasta 2001, y sobre la Directiva marco información y consulta, que se había presentado al Consejo en 1998 pero que estaba siendo ampliamente revisada y modificada.

⁹²² Art. 152.2 b TFUE: "*tales Directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas*".

concreto, de “evitar o limitar cargas impuestas a las empresas”⁹²³, al haberse considerado que los derechos participativos lo son; aspecto sobre el que el Parlamento Europeo ha mostrado su disconformidad en reiteradas ocasiones: “la información y consulta de los trabajadores son elementos fundamentales de una economía social de mercado y no deberían contemplarse como obstáculo al desarrollo económico de las empresas...(..) Considerando que la Unión Europea cuenta con 23 millones de empresas de menos de 250 asalariados, lo que representa al 99 por 100 de las empresas y más de 100 millones de trabajadores, y que las Instituciones de la Unión Europea tienen el deber de garantizar y mejorar el derecho de los trabajadores a la información y consulta”⁹²⁴.

Las Directivas participativas objeto de estudio presentan distintos ámbitos de aplicación, que son básicamente los siguientes:

- La **Directiva marco 2002** va dirigida a empresas que empleen al menos 50 trabajadores en un Estado miembro o bien, a elección de los Estados miembros, a centros de trabajo que empleen al menos a 20 trabajadores en un Estado miembro (art. 3.1).

- La **Directiva CEU 2009** va dirigida a empresas y grupos de dimensión comunitaria, definida la empresa de dimensión comunitaria como aquella que emplee al menos a 1000 trabajadores en los Estados miembros y por lo menos a 150 en dos Estados miembros diferentes (art. 2.1.a), y el grupo de dimensión comunitaria, se define como aquel que comprende una empresa que ejerce el control y empresas controladas, y que emplea al menos a 1000 trabajadores en los Estados miembros y al menos 150 trabajadores en dos Estados miembros

⁹²³ Considerando nº 19 de la Directiva marco 2002: “Este marco general tiene como finalidad asimismo evitar dificultades administrativas, financieras o jurídicas que pudieran obstaculizar la creación y desarrollo de pequeñas y medianas empresas. Para ello se debe limitar el ámbito de aplicación de la presente Directiva, a elección de los Estados miembros, a las empresas que empleen al menos a 50 trabajadores o a los centros de trabajo que empleen al menos a 20 trabajadores”. Puede verse también el considerando nº 9 de la Directiva 2009/38: “La presente Directiva se inscribe en el marco comunitario encaminado a apoyar y completar la actuación de los Estados miembros en el ámbito de la información y la consulta a los trabajadores. Se espera que este marco limite la mínimo las cargas impuestas a las empresas o establecimientos, garantizando al mismo tiempo un ejercicio efectivo de los derechos reconocidos”.

⁹²⁴ Resolución del Parlamento Europeo de 19 de febrero de 2009, sobre la aplicación de la Directiva marco 2002 (2010/c 76 E/03), DOUE de 25.3.2010, p. 13.

diferentes (art. 2.1.b y c). En ambas Directivas la determinación del ámbito de aplicación de la normativa atiende a dos tipos de requisitos: uno cuantitativo relativo al número de trabajadores empleados, y otro cualitativo en relación con ubicación geográfica de los centros o empresas).

- La **Directiva SE 2001** va dirigida a un nuevo tipo de organización empresarial, la Sociedad anónima europea, cuya constitución siempre es voluntaria para las sociedades que lo deseen. Como ya se dijo, la Sociedad anónima europea se concibe como una sociedad anónima, de capital dividido en acciones (art. 4 Reglamento SE), con carácter “*específico y comunitario*”⁹²⁵. Su constitución, que no puede ser *ex nihilo*, sino que se debe partir de la existencia de otras sociedades o entidades interesadas en participar en el proceso de constitución⁹²⁶. La constitución de una Sociedad anónima europea exige principalmente, a salvo de su constitución por transformación de una sociedad anónima existente, una operación societaria de carácter transnacional; es decir, que involucre a más de un Estado miembro (*Infra, cap. 3º, apartado II.4.2.3*). Su complejo régimen jurídico, compuesto por la normativa sobre la Sociedad anónima europea, los Estatutos de la misma, normas nacionales de transposición y diversas disposiciones societarias nacionales y comunitarias, da lugar a que no exista un tipo único de Sociedad anónima europea, sino a tantos subtipos en función de dónde localice su domicilio social, pues su régimen jurídico se integrará con normas pertenecientes al ordenamiento jurídico nacional de cada Estado miembro correspondiente. En el caso de la Directiva SE no se toman en consideración los mismos criterios que en las otras dos Directivas para determinar el ámbito de aplicación de la normativa. Puesto que las finalidades de las normas y sus fundamentos jurídicos difieren, no es de extrañar que también lo hagan los criterios que determinan su ámbito de aplicación.

⁹²⁵ Considerandos nº 27 del Preamble del Reglamento SE 2001: “*Habida cuenta del carácter específico y comunitario de la Sociedad anónima europea, el régimen de la sede real que el presente Reglamento establece para la Sociedad anónima europea se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en las legislaciones de los Estados miembros y no prejuzga de las opciones que puedan adoptarse para otras normas comunitarias en materia de derecho de sociedades*”.

⁹²⁶ MARTÍNEZ ECHEVARRÍA y GARCÍA DUEÑAS, A., “La Sociedad Europea...”, cit., p. 55.

Como es habitual en Derecho comunitario, a salvo de pretendidas recomendaciones⁹²⁷, el establecimiento de estos criterios -el número de trabajadores o el capital mínimo en el caso de la Sociedad anónima europea- sigue siendo arbitrario, lo que significa que podrían haberse utilizados otros parámetros para definir la dimensión o el tipo de empresas susceptibles de determinar los ámbitos de aplicación de las normas, como el volumen de ventas o de negocio o el valor añadido definido como la suma de gastos en personal, amortizaciones, gastos financieros, beneficios netos e impuestos, etc.

1.- La empresa y el centro de trabajo según la Directiva marco 2002.-

En virtud de lo dispuesto en su artículo 3.1, la Directiva marco 2002 es de aplicación en empresas que empleen al menos 50 trabajadores en un Estado miembro o bien, a elección de los Estados miembros, a centros de trabajo que empleen al menos a 20 trabajadores en un Estado miembro. Interesa determinar, en primer lugar, que ha de entenderse por empresa y por centro de trabajo (apartado 1.1); en segundo lugar, el concepto de trabajador así como el tipo de trabajadores incluidos en el cómputo y el modo de realizar dicho cómputo respecto de trabajadores a tiempo parcial, temporales, atípicos y otros, el período de referencia temporal del cómputo y el tratamiento de las variaciones de plantilla (apartado 1.2); y, por último, las restricciones, las disposiciones específicas, las exclusiones y las ausencias en la delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva 2002 que afectan a determinados Estados miembros, empresas de tendencia, tripulaciones de buques marítimos y grupos de empresas (apartado 1.3).

1.1. - Conceptos de empresa y de centro de trabajo.- En el artículo 2.a de la Directiva marco 2002 se establece que se entenderá por *empresa* a efectos

⁹²⁷ Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas (2003/361/CE) DOUE de 20.5.2003, pp. 36-41. Dice, en su considerando nº 4, que “*si bien el criterio de número de personas ocupadas sigue siendo indudablemente uno de los más significativos y tiene que imponerse como criterio principal, es necesario introducir como criterio complementario un criterio financiero para poder comprender la importancia real de una empresa, sus resultados y su situación respecto a la competencia. No sería deseable, con todo, elegir como único criterio el del volumen de negocios, ya que en las empresas comerciales y de distribución es por naturaleza más levado que en el sector manufacturero. El criterio de volumen de negocios debe combinarse por tanto con el del balance general, que representa el patrimonio total de la empresa, de forma que se pueda superar uno de los dos criterios*”.

de aplicación de la Directiva a: *“las empresas públicas o privadas que ejercen una actividad económica, independientemente de que tengan o no ánimo de lucro, situada en el territorio de los Estados miembros”* (apartado A). Define también esta Directiva (art. 2.b), con carácter novedoso, lo que ha de entenderse por *centro de trabajo*: *“una unidad de actividad, definida conforme a la legislación y práctica nacionales, situada en el territorio de un Estado miembro, y en la que se desarrolla una actividad económica de forma continuada con medios humanos y materiales”* (apartado B).

A.- Concepto de empresa.- El concepto de empresa ha de entenderse referido a la vertiente objetiva del mismo, al ejercicio de una actividad económica. La empresa es un concepto económico que el derecho toma como objeto de regulación, tradicionalmente asimilado a un conjunto organizado de capital y trabajo destinado a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado⁹²⁸; o en palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la empresa es una *“organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales, vinculada a un sujeto jurídico autónomo, que persiga de forma duradera un objetivo económico determinado”*⁹²⁹. Lo determinante es, por tanto, que la entidad *“ejerza una actividad económica”*. A partir de ahí, a efectos de aplicación de la Directiva marco 2002, es irrelevante que persiga o no una finalidad económica o lucrativa y el modo de financiación público, privado o mixto de la entidad. En este sentido, también las empresas del sector público están incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva marco 2002⁹³⁰.

⁹²⁸ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, 17 ed., vol. 1 Tecnos, Madrid, 2010, pp. 135-6. No es posible aislar un concepto jurídico referente a la vertiente objetiva de la empresa que sea válido para todo el ordenamiento jurídico, sino que nos topamos con un concepto relativo, que el legislador irá configurando según las instituciones jurídicas que pretendan tomar a la empresa como centro de referencia. De ahí que existan tantos conceptos objetivos de empresa como instituciones jurídicas que la utilicen como referente, como sujeto de imputación, y que cada uno de estos conceptos atiendan a finalidades distintas según las ramas del derecho a los que estas instituciones permanezcan. MONEREO PÉREZ, J. L., “Por un modelo de regulación jurídica de los grupos de empresas en el Derecho comunitario y en el ordenamiento español: problema, sistema y método”, RMTAS nº 7, 1998, pp. 28 y 29.

⁹²⁹ STJCE de 13 de julio de 1962, auto 17/61 Rec. 325.643.

⁹³⁰ Los trabajadores de la Administraciones públicas quedarían excluidos por la propia definición de trabajador del art. 2.1.d de la Directiva marco 2002 (personas protegidas como tales por la legislación laboral nacional). Habría que distinguir, sin embargo, entre personal funcionario y personal laboral, ambos trabajadores de las Administraciones públicas. En este sentido, tendrían que quedar asegurados los derechos de información y consulta para el personal laboral al

El concepto de empresa previsto en la Directiva marco 2002 se inspira en la jurisprudencia comunitaria y en los conceptos adoptados con ocasión de la revisión de la Directiva 77/187/CEE sobre traspasos mediante la Directiva 98/50/CE⁹³¹. Como ha manifestado el Parlamento Europeo, la interpretación del concepto empresa en la Directiva marco 2002 no está exenta de polémica, es por ello que *“puesto que existe abundante jurisprudencia del TJUE al respecto.. (..) solicita a los Estados miembros que se refieran a ella en sus medidas de transposición con lo que evitaran todo procedimiento de infracción contra ellos⁹³²”*. Las principales notas definitorias del concepto empresa, el ejercicio de actividad económica y la independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación, han venido siendo una constante en la jurisprudencia comunitaria, principalmente a la hora de determinar el concepto empresa como sujeto de las normas del Derecho de la competencia⁹³³. A su vez, en el ámbito del Derecho social, especialmente con ocasión de la delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE sobre traspasos, actual Directiva 2001/23, ha quedado claro que lo relevante es *“desarrollar una actividad económica”* pues una entidad *“puede ser considerada empresa a efectos de aplicación de las normas de Derecho comunitario aunque no tenga ánimo de lucro⁹³⁴”*. Esta interpretación

servicio de las Admisnitraciones públicas. Así se ha pronunciado el Parlamento Europeo, que opina que *“es necesario que se garanticen a los representantes de los trabajadores de la administración pública y de las empresas del sector público y financiero los mismos derechos de información y consulta otorgados a los demás trabajadores”*; Resolución del Parlamento Europeo de 19 de febrero de 2009 sobre la aplicación de la Directiva marco 2002 (2010/c 76 E/03), DOUE de 25.3.2010, punto 16, p. 15.

⁹³¹ Exposición de motivos de la propuesta de Directiva marco de 1998 de 11.11.1998, COM (1998) 612 final, p. 8.

⁹³² Resolución del Parlamento Europeo de 19 de febrero de 2009, sobre la aplicación de la Directiva 2002 (2010/c 76 E/03), DOUE de 25.3.2010, punto 19, p. 15.

⁹³³ En STJCE de 23 de abril de 1991, Asunto C-41/90, Klaus Höfner y Fritz Elser contra Macroton GmbH, Rec.1991, p. I, 1979 se establece que, en el contexto del Derecho de la competencia, *“el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”*. En términos similares se pronuncia el TJCE en Sentencia de 19 de mayo de 1992, Asunto C- 29/91, Dr. Sophie Redmond Stichting -contra Hendrikus Bartol y otros.

⁹³⁴ Punto 44 de la STJUE de 8 de junio de 1994, Asunto C-382/92 Comisión contra Reino Unido, Rec. 1994, p. I 2435. Fruto de este pronunciamiento, y de otros similares, se procedió a la inclusión de un nuevo apartado en el artículo 1.1 de la Directiva 77/187/CEE y así, la entonces nueva Directiva 98/50/CE *“será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro”* (art. 1.1.c). En el actual artículo 1.1.c de la vigente Directiva 2001/23 se mantiene *“La presente Directiva será de aplicación a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro”* y

amplia del concepto empresa no casa en ocasiones con tradiciones internas que asocian el concepto empresa al de sociedad mercantil, en contraposición con el de asociación⁹³⁵.

B.- Concepto de centro de trabajo.- El centro de trabajo a efectos de determinar el ámbito de aplicación de la Directiva marco 2002, se define como “*unidad de actividad*” y se apoya asimismo en la vertiente económica del mismo (“*unidad de actividad que desarrolle una actividad económica*”), añadiéndose referencias expresas a la duración de la actividad, “*que sea duradera*”, y que se lleve a cabo “*con medios materiales y humanos*”. La Directiva marco 2002 establece que corresponderá a cada Estado miembro, según su legislación y/o sus prácticas nacionales, determinar lo que ha de entenderse por “*unidad de actividad*”; concepto disponible por tanto para los legisladores internos. Esta disponibilidad, sin embargo, no es ilimitada para los legisladores internos. La doctrina de Tribunal de Justicia comunitario, en pronunciamientos sobre la noción de centro de trabajo en cuanto ámbito de computo de los despidos colectivos⁹³⁶, ha señalado que si bien ha de mantenerse un concepto uniforme, en función de la finalidad de la norma y de su efecto útil, en ambos supuestos - Directiva marco 2002 y Directiva despidos 98/59/CE-, han de admitirse interpretaciones amplias del mismo. Según autor, “ello lleva a incluir

se añade que “*la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva*”. Por su parte, la STJCE de 16 de octubre de 2003 (Asunto Comisión/Italia, C-32/02) el Tribunal consideró como adaptación incompleta del derecho interno e incumplimiento del Estado, una ley italiana que excluía del ámbito de aplicación de la Directiva 98/59/CE (despidos colectivos) a organizaciones sin ánimo de lucro.

⁹³⁵ VICENT CHULÍA, F., *Introducción al Derecho Mercantil...*, cit., pp. 152-153. La doctrina de la sociedad no lucrativa, admitida por un sector doctrinal minoritario que se inspira en el Derecho alemán, interpreta que el ánimo de lucro aparece en la definición de la sociedad como mero elemento caracterizador del tipo legal, en tanto que lo sustancial sería la organización corporativa.

⁹³⁶ STJCE de 7 de diciembre de 1995, Asunto Rockfon; STJCE de 7 de septiembre de 2006, Asunto Agorastoudis; STJCE de 15 de febrero de 2007 Asunto Chartopoiia. Sobre jurisprudencia más reciente, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “La noción comunitaria de despido y el momento oportuno de la consulta”, *Relaciones Laborales* 22/2009, nov-dic., LA LEY 20311/2009; ALONSO BRAVO, M., “La última jurisprudencia del TJCE sobre el concepto comunitario de despido colectivo: una ocasión para incidir en la ubicación de los despidos colectivos en el marco de las crisis empresariales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 23, 2011, pp. 1-16. Puede consultarse también: STJUE de 3 de marzo de 2011, Asunto Claes y STJUE de 18 de octubre de 2012, Asunto USA.

prácticamente toda unidad productiva o entidad diferenciada que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y en la que están adscritos los trabajadores afectados, así como los medios técnicos y un grado de estructura organizativa que permita llevar a cabo esas tareas, aunque no necesariamente hasta el punto de requerir que esté dotada de autonomía jurídica, económica, financiera, administrativa o teleológica⁹³⁷”.

En el caso de la Directiva marco 2002, lo que interesa al legislador comunitario es que esta “*unidad de actividad*” sea tomada como ámbito o medida de cómputo de un número determinado de trabajadores a efectos de poder exigir la aplicación de la Directiva. Estamos en todo caso ante una “*unidad de actividad*” a la que no se le exige una determinada identidad, a contrario de la noción comunitaria de “*entidad económica que conserva su identidad*” y que constituye el objeto mínimo de una transmisión o un traspaso según la vigente Directiva 2001/23 (traspasos); noción de dilatada construcción jurisprudencial comunitaria e internas⁹³⁸, sobre la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido

⁹³⁷ COSTAS REYES, A., “Transmisiones de empresa, despidos colectivos y protección de los Trabajadores en caso de insolvencia”, Curso de Derecho Social Comunitario, uco.es.

⁹³⁸ El TJCE ido construyendo una noción fundamental del objeto de la transmisión. La STJCE de 18 de marzo de 1983, (Asunto Spijkers), agrupa los elementos de apreciación en cinco categorías: 1.- el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate; 2.- la transmisión de elementos corporales; 3.- la transmisión de elementos incorporeales; 4.- el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, y 5.- la continuidad de la actividad. Según esta sentencia y también la STJCE de 7 de febrero de 1985, Botzen, la “*entidad económica*” consistiría en un conjunto organizado de elementos (materiales, inmateriales y personales) que presenta una mínima autonomía funcional o aptitud productiva, con independencia de que se trate de una actividad accesoria o principal de la empresa. La identidad viene dada por el fin productivo o utilidad económica de que se trata, de suerte que sólo la afectación de ese conjunto de elementos materiales, inmateriales o personales dotado de autonomía productiva a la prosecución de la misma actividad económica u otra análoga puede determinar la aplicación del mecanismo subrogatorio, en la medida en que se conservan las mismas o similares posibilidades de empleo para los trabajadores. SERRANO OLIVARES, R., “A vueltas con la delimitación del supuesto de hecho de la transmisión de empresa. Cometario a la STJCE de 15 de diciembre de 2005 (Gúney-Görres), asuntos acumulados C-232/04 y 233/04”, IUSLabor, 01/2006, Universitat Pompeu Fabra, p. 4.

ocasión de pronunciarse en numerosísimas ocasiones⁹³⁹, y que ha sido, y es, objeto de muchos estudios doctrinales⁹⁴⁰.

En el ámbito de la Directiva marco 2002, la determinación de unos umbrales mínimos -al menos 50 trabajadores en el caso de empresas y al menos 20 en el caso de centros de trabajo- se justifica en la necesidad de evitar trabas a las pequeñas y medianas empresas (art. 153.2.b). No es estrictamente necesario que los Estados miembros se decanten por uno sólo de los ámbitos de cómputo, empresa o centro de trabajo, sino que pueden escoger ambos e incluso pueden establecer regulaciones más complejas en tanto no se rebasen ambos umbrales al mismo tiempo. La elección entre la empresa o el centro de trabajo, o una combinación de ambos, como ámbitos de cómputo responde y se refiere necesariamente, aunque implícitamente, a la constitución de órganos o

⁹³⁹ La aplicación de la Directiva 77/187/CEE, actual Directiva 2001/23/CE, es la que ha producido un mayor volumen de jurisprudencia comunitaria en materia social hasta la fecha: desde aquellas sentencias iniciales de 7 de febrero de 1985, Asunto 19/83, Knud wendelboe c. Music aps, y Asunto 135/83 Abels c. Bedrijfsvereniging voor Metaalindustrie en de Electronische industrie, SSTJCE de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo c. asociación de servicios Aser, Sociedad cooperativa Minerva, Asuntos acumulados 173 y 247/96 y Hernández Vidal y Gómez Pérez contratas y Limpiezas S.L., Asuntos acumulados 127/96, 229/96 y 74/97, hasta las más reciente STJCE de 20 de enero de 2011, Asunto CLECE C-463/2009. Entre las más significativas se encuentran STJCE de 19 de mayo de 1992, Sticking, asunto C-29/92, la sentencia de 12 de noviembre de 1992, Rask y Christenesen c. Kantinenservice, asunto c-209/91; STJCE de 14 de abril de 1994, Christel Schmidt, asunto c-392/92; STJCE de 15 de octubre de 1996, Annette Henke Asunto c-298/1994 y STJCE de 11 de marzo de 1997, Ayse Sützen, asunto C-13/95.

⁹⁴⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F., "La transmisión de empresa: una experiencia de encuentros y desencuentros entre el derecho comunitario y los sistemas jurídicos nacionales", Relaciones Laborales 1/1998, noviembre, pp. 15-42; VALDÉS DAL-RÉ, F., "Los derechos de información y consulta de los trabajadores en la transmisión de empresa: la inadecuación del derecho interno a la legislación comunitaria", Relaciones Laborales 6/2001, p. 1-12; MONEREO PÉREZ, J. L., "El concepto comunitario de empresa a efectos de la directiva social sobre transmisión de empresas", Tribuna Social 80/81 1997, pp. 7-27.; RENTERO JOVER, J., "Derecho social comunitario y sucesión de empresas", Aranzadi Social 1997, volumen V, pp. 375-406. SERRANO OLIVARES, R., "La noción de empresa a efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea", Relaciones Laborales 22/1997, pp. 67-96; GARCÍA ROMERO, B., "Ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, noción de traspaso y negociación colectiva (estado de la cuestión tras la STJCE de 24 de enero de 2002, asunto TEMCO)", Revista de Derecho Social nº 18, 2002, pp.129-143; GORELLI HERNÁNDEZ, J., "Transmisión de empresas y convenio colectivo aplicable", Relaciones Laborales 13/2003 julio, pp.13-34; CAVAS MARTÍNEZ, F., "A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario"; Aranzadi Social, 2002 nº 5, pp. 645-660; MARTÍNEZ MORENO, C., "Visicitudes y crisis empresariales", Capítulo V en GARCÍA MURCIA, J. (dir.), *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., "Transmisión de empresas y regímenes complementarios por pensiones en el Derecho Comunitario", Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo de la Universidad de Valladolid, nº 10, 2009; RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., "Internacionalización de actividades sin sucesión de plantillas", Relaciones Laborales 5/2011, marzo, LA LEY 3129/2011.

instancias de representación laboral. Los conceptos sólo interesan al legislador comunitario en la medida en que sean utilizados por los sistemas internos como ámbito de cómputo para determinar la existencia de órganos de representación de los trabajadores; de competencia y ámbito estrictamente nacional. Se trata, en definitiva, con la determinación de los conceptos empresa y centro de trabajo en la Directiva marco 2002, de promover indirectamente la constitución de órganos de representación de los trabajadores donde nos los haya, en línea con relevante jurisprudencia comunitaria⁹⁴¹. Lo determinante, a efectos de la aplicación de la Directiva marco 2002, será en todo caso que se realice un cálculo legítimo de dichas cifras mínimas.

2.2.- Número y tipo de trabajadores incluidos en el cómputo.- La libertad de los Estados miembros alcanza, no sólo a la elección entre la empresa o el centro de trabajo sino que, por indicación expresa de la norma (art. 3.1, tercer párrafo), alcanza también a la forma de cálculo del número de trabajadores, 20 o 50 según sea el centro de trabajo o la empresa, y al tipo de trabajadores incluidos en el cómputo. A su vez, la potestad de los Estados miembros para fijar los criterios de cómputo tampoco es ilimitada. En este sentido, como se dice en la STJCE de 18 de enero de 2007⁹⁴² con objeto del concepto de centro de trabajo

⁹⁴¹ SSTJCE de 8 de junio de 1994, Asunto Comisión/Reino Unido C-382/92, y C- 383/92, rec. I-2435 y rec. p. I- 2479. La decisión de constituir o no tales órganos y de reconocerlos como legítimos representantes de los trabajadores a efectos de la norma comunitaria no puede quedar referida a la discrecional voluntad del empresario; ha de depender, exclusivamente, de decisiones objetivas u objetivables, establecidas por las disposiciones legales o convencionales de los ordenamientos internos. VALDÉS DAL-RE, F., "Los derechos de información y consulta de los trabajadores en la transmisión de empresa...", cit., p. 4.

⁹⁴² La STJCE de 18 de enero de 2007, Asunto CGT y otros, C-385/05 examinó la compatibilidad con las Directivas 98/59 y 2002/14 de una ley francesa -Decreto Legislativo nº 2005-892 de agosto de 2005- que había excluido del cálculo de trabajadores empleados, a efectos de información y consulta, a unos trabajadores pertenecientes a una categoría de edad (menores de 26 años). Establece la STJCE que los umbrales previstos en el art. 1.1 de la Directiva 98/59 constituyen disposiciones mínimas que los Estados miembros no pueden derogar, siendo así contraria al Derecho comunitario una normativa nacional que permite obstaculizar la protección garantizada, de manera incondicional a los trabajadores, por una Directiva. En ambos casos, Directiva marco 2002 y Directiva 98/59, los umbrales previstos son disposiciones mínimas que los Estados miembros únicamente podrán derogar mediante disposiciones más favorables para los trabajadores. Por todo ello, la normativa comunitaria se opone a la exclusión de los menores de 26 años prevista en la normativa francesa. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., "La noción comunitaria...", cit., p. 6; BOGONI, M., "Comentario: La exclusión de los trabajadores menores de 26 años de los derechos de información y consulta en la empresa como medida de fomento del empleo: el problemático caso francés (comentario a la STJCE, de 18 de enero de 2007, asunto C-385/05)". Revista de Derecho social, nº 40, 2007, pp. 125-136.

que determina el ámbito de aplicación de la Directiva 98/59 despidos colectivos (art. 1.1), *“si los umbrales y el cálculo estuvieran a disposición de los Estados, éstos podrían alterar el ámbito de aplicación de la Directiva y privarla de su plena eficacia”*. La libertad para los Estados miembros no es total. Según jurisprudencia comunitaria que se cita en la STJCE de 18 de enero de 2007, Asunto CGT, *“cuando una disposición comunitaria se remite a las legislaciones y prácticas nacionales, los Estados miembros no podrán adoptar medidas que puedan comprometer el efecto útil de la normativa comunitaria en la que dicha disposición se integra⁹⁴³”*.

En cuanto a la Directiva marco 2002 es llamativo señalar que no se haya acogido una disposición similar a la contenida en el artículo 2.2 de la Directiva CEU 1994, que se mantiene en la vigente Directiva CEU 2009, que establece determinadas pautas sobre cómo ha de realizarse ese cómputo y qué trabajadores han de estar necesariamente incluidos. Por lo demás, en el artículo 4.4 de la nueva Directiva CEU 2009 se obliga expresamente a las direcciones empresariales a facilitar *“a las partes interesadas en la aplicación de la Directiva”*, la información sobre el número de trabajadores en plantilla (*Infra, cap. 4º, apartado 1.2.2.2.*). Junto a ello ha de señalarse también que en la Directiva CEU se establece que *“la plantilla mínima se fijará con arreglo a la media de los trabajadores, incluidos los trabajadores a tiempo parcial, contratados durante los dos años precedentes, calculada con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”*.

Teniendo presente estas indicaciones de la Directiva CEU, así como otras procedentes de la jurisprudencia y de los principios generales de derecho comunitarios en interpretación de otras normas sociales, interesa analizar los siguientes aspectos: el concepto de trabajador y tipo de trabajadores incluidos en el cómputo (apartado 2.2.1); y el modo de realizar el cómputo respecto de contratos a tiempo parcial, temporales, atípicos etc., el periodo de referencia temporal de dicho cómputo y el tratamiento de las variaciones de plantilla (apartado 2.2.2).

⁹⁴³ STJCE de 9 de septiembre de 2003, Asunto Jaeger, C-151/02, Rec. p. I8389, apartado 59.

2.2.1.- Concepto de trabajador y tipo de trabajadores incluidos en el cómputo.- La cuestión relativa al tipo de trabajadores que han de incluirse en el cómputo es una de las que han planteado mayores dificultades, y es también una cuestión sobre la que se han observado mayores deficiencias en los procesos de transposición de la Directiva marco 2002. Constata el Parlamento Europeo que algunos Estados miembros no han tenido en cuenta, ni a determinados trabajadores jóvenes, ni a las mujeres que trabajan a tiempo parcial, ni a trabajadores con contratos de duración determinada. Y anima a los Estados miembros a respetar el espíritu y la letra de la Directiva, es decir, a que el cálculo de las cifras mínimas se realice siempre sobre la base del número real de trabajadores, sin tener en cuenta ninguna otra condición⁹⁴⁴.

La Directiva marco 2002, a diferencia de otras Directivas⁹⁴⁵, si se pronuncia expresamente sobre el concepto de trabajador y en sentido amplio establece (art. 2.d) que, a efectos de esta Directiva, se entenderá por trabajador, *“a cualquier persona que esté protegida como tal por la legislación laboral nacional y con arreglo a las prácticas nacionales del Estado miembro de que se trate”*. De nuevo la norma se remite, en cuanto al concepto de trabajador, a lo que dispongan las normas nacionales. Si bien en este punto ha de hacerse referencia al trabajador, no como sujeto destinatario de los derechos de información y consulta, que no lo es pues en la Directiva marco 2002 son destinatarios, a título colectivo, los representantes de los trabajadores (*Infra cap. 4º, apartado 1.1*), sino como trabajador-unidad de cómputo a efectos de aplicación de la Directiva. De nuevo en este punto la libertad de los legisladores a la hora de incluir o excluir a un determinado tipo de trabajador del cómputo no es ilimitada y queda condicionada por el efecto útil de la norma.

⁹⁴⁴ Resolución del Parlamento Europeo de 19 de febrero de 2009 sobre la aplicación de la Directiva 2002/14/CE (2010/c 76 E/03), DOUE de 25.3.2010, punto 4, p. 12.

⁹⁴⁵ Ello es significativo pues la Directiva CEU, ni la originaria ni la vigente, se pronuncian sobre el mismo. Ya el Comité Económico y Social Europea en 1991, en Dictamen a la propuesta de Directiva CEU de 1991, (DO nº C 135 de 18.5.1994), punto 2.4 se manifestaba en los términos siguientes: *“con el fin de evitar cualquier discriminación, el Comité considera necesario definir en la Directiva el concepto de empleados, para impedir falseamientos debidos a divergencias en las prácticas jurídicas de los Estados miembros”*.

Por cuanto que no existe un concepto único de trabajador a efectos del Derecho comunitario⁹⁴⁶, sino tantos de alcance autónomo⁹⁴⁷ como normativas a aplicar⁹⁴⁸, no ha de extrañar que en la delimitación de dicho concepto haya que remitirse a lo dispuesto en las legislaciones internas⁹⁴⁹. Ello sin embargo, existen determinados parámetros o indicaciones, que provienen tanto de la normativa comunitaria en materia social como de la jurisprudencia comunitaria en aplicación de los principios generales del derecho comunitario, que vienen a orientar y establecer límites a la determinación del tipo de trabajadores que han de entrar en dicho cómputo.

En primer lugar, en virtud del principio general de igualdad de trato y de no discriminación, principio general del Derecho comunitario, si bien son los Estados miembros los que definen al trabajador por cuenta, generalmente en contraposición con trabajador por cuenta propia, como señalara el Abogado

⁹⁴⁶ SSTJCE de 12 de mayo de 1998, Martínez Sala (C-85/96, Rec. p. I-2691), apartado 31, así como de 20 de septiembre de 2007, Kiiski (C-116/06, Rec. p. I-7643), apartados 62 a 67, y de 13 de enero de 2004, Allonby (C-256/01, Rec. p. I873), apartados 25 y 26. Esta jurisprudencia se cita en numerosos SSTJCE; entre ellas en el punto 25 de la STJUE de 1 de marzo de 2010 (Asunto O'Brien, C-393/10) relativa a la inclusión o no de jueces a tiempo parcial, en interpretación sobre ámbito de aplicación de la Directiva 97/81 de 15 de diciembre que incorpora el Acuerdo marco sobre trabajo a tiempo parcial (UNICE, CEEP y CES) de 1997.

⁹⁴⁷ Como recuerda la reciente STJUE de 3 de mayo de 2012 (Asunto Neider, C-337/10, punto 23): según jurisprudencia reiterada, *“el concepto de trabajador, en el sentido del artículo 45 TFUE, posee un alcance autónomo y no debe interpretarse de forma restrictiva. Debe considerarse trabajador cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio”*. Según esta jurisprudencia, la característica de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales perciba una retribución (veáanse, en particular, las SSTJUE de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum, 66/85, Rec. p. 2121, apartados 16 y 17; de 23 de marzo de 2004, Collins, C-138/02, Rec. p. I-2703, apartado 26, y de 7 de septiembre de 2004, Trojani, C-456/02, Rec. p. I-7573, apartado 15).

⁹⁴⁸ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el derecho español y en el comunitario”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 37, 2001, p. 55. En el ámbito del Derecho social comunitario puede encontrarse un concepto de trabajador a efectos de libre circulación de trabajadores (art. 45 TFUE y Reglamento 492/2011, de 5 de abril de 2011), otro a efectos de seguridad social, y otro a efectos de protección y garantías que otorgan las Directivas clásicas (art. 2.1.d Directiva 2001/23/CE y art. 2.2 Directiva 2002/74/CE).

⁹⁴⁹ El TJCE se pronunció en favor de la remisión a las legislaciones nacionales, por ejemplo, en el Asunto 105/84 (Milkkelsen), en referencia a la Directiva 77/187, estableció que el concepto “trabajador” comprende a cualquiera que en el Estado miembro interesado esté tutelado en cuanto a trabajador por la legislación nacional en materia del Derecho del Trabajo. Puede verse también el Asunto 105/84 Foreningen af Arbejdsledere i Danmark contre Societé en faillite A/S Danmark Sentencia de 10 de abril de 1984 (Rec. 1984, pp. 2639-2654), y las SSTJCE 26 de febrero de 1992, Asunto 357/89 Raulin y 26 de febrero 92, 3/90 Asunto Bernini.

general POIARES MADURO, únicamente puede admitirse la exclusión de una categoría de personal del ámbito de aplicación si se demuestra que la naturaleza de la relación laboral es “*sustancialmente diferente de aquella que vincula a los empleados que pertenezcan conforme al Derecho nacional a la categoría de trabajadores con sus empleadores*”⁹⁵⁰. La exclusión, por tanto, no puede fundarse en motivos puramente formales⁹⁵¹.

En segundo lugar, sobre el cómputo del número de trabajadores a efectos de los ámbitos de aplicación de las Directivas 98/59 (despidos colectivos) y marco 2002, el TJCE ha declarado expresamente que no pueden excluirse a trabajadores por razón de edad⁹⁵².

En tercer lugar, la Directiva 2001/23 (traspasos), que contiene un concepto de trabajador (art. 2.1.d) idéntico al previsto en la Directiva marco 2002, establece límites expresos para los legisladores internos, en el sentido de que éstos no podrán excluir del ámbito de aplicación de la Directiva los contratos o relaciones de trabajo únicamente por el “*número de horas de trabajo realizadas o por realizar*”⁹⁵³, lo que supone una cierta garantía de igualdad de trato entre trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a jornada completa, recogida en el Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial⁹⁵⁴. Cuestión distinta, como se

⁹⁵⁰ Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, de 10 de enero de 2007, en el asunto Del Cerro Alonso (Sentencia de 13 de septiembre de 2007, C-397/05, rec. p. I-7109) punto 15.

⁹⁵¹ STJUE de 1 de marzo de 2012, Asunto O’Brien, C-393/10, punto 44: “*La verificación definitiva de la diferencia sustancial corresponde obligatoriamente al órgano jurisdiccional remitente. Ahora bien, el Tribunal de Justicia puede mostrar al órgano jurisdiccional nacional los criterios que han de tomarse en consideración al realizar dicho examen*” y se cita STJUE de 6 de septiembre de 2011 (Asunto Patriciello, C-163/10, Rec. p.I-0000, apartado 21).

⁹⁵² STJCE de 18 de enero de 2007, Asunto CGT y otros, C-385/05.

⁹⁵³ Art. 2.2. letra a de la Directiva 2001/23/CE: “*La presente Directiva no afectará a la legislación nacional en lo que concierne a la definición de contrato de trabajo o de relación laboral. No obstante, los Estados miembros no podrán excluir del ámbito de aplicación de la presente Directiva los contratos o relaciones laborales únicamente por: a) el número de horas de trabajo realizadas o por realizar*”.

⁹⁵⁴ El Acuerdo Marco sobre trabajo a tiempo parcial, concluido el 6 de junio de 1997 por la UNICE, CES y CEEP, incorporado posteriormente para su aplicación a la Directiva 97/81/CE, ilustra la voluntad de los interlocutores sociales de establecer un marco general para la eliminación de la discriminación contra los trabajadores a tiempo parcial, y recoge en su cláusula nº 4 el principio de no discriminación: “*no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas*”.

verá (*Infra, cap. 3º, apartado II.2.2.2*) es que no parece garantizarse esa misma igualdad con respecto a los trabajadores temporales⁹⁵⁵.

En cuarto lugar, la Directiva 2002/74/CE (insolvencia) de nuevo se establece que, si bien con respecto al concepto de trabajador se estará a lo dispuesto en los derechos nacionales, los Estados miembros, no podrán excluir a determinados tipos de trabajadores a tiempo parcial, con contratos de duración determinada o con una relación de trabajo temporal⁹⁵⁶. Estos límites expresos a la potestad de los legisladores internos a la hora de determinar los trabajadores no excluidos de las garantías de la Directiva 2002/74/CE (insolvencia), en el cómputo a efectos de la Directiva marco 2002 podrían ser considerados como pautas interpretativas, más favorables para los trabajadores. En este sentido quedarían incluidos en el cómputo: 1. trabajadores a tiempo parcial (Directiva 97/81/CE⁹⁵⁷); 2.- trabajadores con un contrato de duración determinada (Directiva 99/70/CE⁹⁵⁸); y 3.- los trabajadores con una relación de trabajo

⁹⁵⁵ El citado art. 2.2 apartados b y c de la Directiva 2001/23/CE establece que los Estados miembros tampoco podrán excluir del ámbito de aplicación de la mencionada Directiva a los contratos o relaciones de trabajo únicamente *“cuando se trate de relaciones laborales regidas por un contrato de trabajo de duración determinada tal y como se define en el apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 91/383/CEE del Consejo de 25 de junio de 1991, sobre seguridad y salud trabajadores temporales o ETT (apartado b) o se trate de relaciones laborales temporales tal como se definen en el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 91/383, y que la empresa, el centro de actividad o la parte de éstos que se haya traspasado sea la empresa de trabajo temporal que asuma las funciones de empresario o una parte de ella”*.

⁹⁵⁶ Art. 2.2 Directiva 2002/74/CE insolvencia: ..(.) los Estados miembros no podrán excluir a: 1.- los trabajadores a tiempo parcial en el sentido de la Directiva 97/81/CE; 2.- los trabajadores con un contrato de duración determinada en el sentido de la Directiva 1999/70/CE; y 3.- los trabajadores con una relación de trabajo temporal en el sentido del artículo 1.2 de la Directiva 91/383/CE. Añadiéndose en el artículo 2.3 que *“los Estados miembros no podrán condicionar el derecho de los trabajadores a beneficiarse de las disposiciones de la presente Directiva a una duración mínima del contrato de trabajo o de la relación laboral”*.

⁹⁵⁷ La Directiva 97/81/CE incorpora el Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial celebrado el 6 de junio de 1997 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES).

⁹⁵⁸ Según la Cláusula 3.1 de la Directiva 99/70/CE que incorpora el Acuerdo marco de la CES, UNICE y CEEP sobre el trabajo de duración determinada, define al trabajador con contrato de duración determinada como aquél con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado.

temporal en el sentido del artículo 1.2 de la Directiva 91/383/CEE (trabajadores de ETT)⁹⁵⁹.

En quinto lugar, pueden encontrarse amplios o extensos conceptos de trabajador en las siguientes normas comunitarias: en primer lugar, en la Directiva 89/391 marco sobre seguridad y salud (art. 3) que entiende por trabajador a *“cualquier persona empleada por un empresario”*; y en segundo lugar, en la Directiva 91/533/CEE relativa a la obligación de empresario de informar al trabajador sobre sus condiciones de trabajo, su artículo 1.1, a pesar de remitirse a las legislaciones internas⁹⁶⁰, deja entrever un concepto amplio pues, en su artículo 1.2, con carácter facultativo (*“los Estados miembros podrán disponer”*) posibilita que no se aplique la Directiva a trabajadores, cuyo contrato de trabajo o relación laboral, no rebase un mes o cuya duración semanal no rebase 8 horas; es decir, sólo determinados trabajadores temporales -menos de un mes- y a tiempo parcial marginal -menos de 8 horas a la semana- podrían considerarse, por aplicación analógica, excluidos del mencionado cómputo a efectos de determinar plantillas mínimas. En cualquier caso, la Directiva 91/533/CEE abre la puerta a la posibilidad de incluir a todos los trabajadores *“sujetos al derecho vigente”⁹⁶¹*, y exige una justificación apoyada en razones objetivas para excluir del ámbito de aplicación de la norma a trabajadores de carácter ocasional y/o especial⁹⁶².

⁹⁵⁹ El art. 1.2 de la Directiva 91/383/CEE relativa a la seguridad y de la salud de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de ETT, se refiere a los trabajadores de la ETT: toda relación laboral entre una ETT, que es el empresario, y el trabajador, cuando este último sea adscrito a fin de trabajar para y bajo el control de una empresa y/o un establecimiento usuarios.

⁹⁶⁰ Art. 1.1 Directiva 91/533/CEE: *“La presente Directiva se aplicará a todo trabajador por cuenta ajena que tenga un contrato de trabajo o mantenga una relación laboral definidos por el derecho vigente en un Estado miembro y/o sujetos al derecho vigente en un Estado miembro”*.

⁹⁶¹ Para BERCUSSON la redacción del artículo 1.1 de la Directiva 91/533/CEE da a entender que podría incluirse a cualquier actividad laboral sujeta a ramas distintas del Derecho laboral. Considera este autor, que se aprecia en esta Directiva un giro hacia la extensión de los límites del derecho laboral más allá de la relación laboral contractual. BERCUSSON, B., *“Legal concepts and New forms of work”*, *European Labour Law*, 1^oed., Butterworth, London, 1996, pp. 417-425.

⁹⁶² Añade el artículo 1.2 que, en este caso, para excluir a los contratos o relaciones de carácter ocasional y/o especial, se requiere que existan y que se justifiquen razones objetivas para la no aplicación de la Directiva 91/533.

Por último, se podría traer a colación lo dispuesto en la Recomendación de la Comisión de 6 de mayo de 2003 sobre la definición de microempresas y pequeñas y medianas empresas⁹⁶³ en punto a cómo calcular los “efectivos” o número de trabajadores a tener en cuenta para adquirir la condición de microempresa, pequeña o mediana empresa. En concreto, el artículo 5 del Anexo establece que *“los efectivos corresponden al número de unidades de trabajo anual (UTA), es decir, al número de personas que trabajan en la empresa en cuestión o por cuenta de dicha empresa a tiempo completo durante todo el año de que se trate. El trabajo de las personas que no trabajan todo el año, o trabajan a tiempo parcial, independientemente de la duración de su trabajo, o el trabajo estacional, se cuentan como fracciones de UTA⁹⁶⁴”*. Esta Recomendación, sin embargo, excluye del cómputo de los efectivos a los contratados con contratos de aprendizaje o formación profesional, lo que llevaría a plantear si atenta contra el principio general de igualdad de trato y no discriminación, lo que sería cuestionable puesto que la Recomendación va dirigida esencialmente a la determinación de empresas susceptibles de obtener ayudas y fondos comunitarios, principalmente de I + D.

De todo lo expuesto se pueden deducir las siguientes consideraciones:

Primera.- En virtud del principio de igualdad y no discriminación y en atención a la finalidad de la Directiva marco 2002, los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores temporales han de estar incluidos en el cómputo.

Segunda.- Si bien, en atención a que su tipo de prestación, parcial o temporal, muestra peculiaridades en cuanto a su consideración como una unidad de cómputo, podrían admitirse, y no serían contrarias al principio de igualdad, diversas formas en el cómputo de las fracciones de dicha unidad de cómputo

⁹⁶³ 2003/361/CE en DO de 20.5.2003, pp. 36-41.

⁹⁶⁴ Esta Recomendación, además, y *“no contabiliza la duración de los permisos de maternidad o de los permisos parentales”*. Y en el artículo 4.2 del Anexo regula los cambios en los límites de los efectivos: *“cuando una empresa, en la fecha de cierre de las cuentas, constante que se han rebasado en un sentido u otro, y sobre un base anual, los límites máximos de efectivos o lo límites máximos financieros enunciados en el artículo 2, esta circunstancia sólo le hará adquirir o perder la calidad de media o pequeña empresa, o de microempresa, si este rebasamiento se produce en dos ejercicios consecutivos”*.

(principio *pro rata temporis*⁹⁶⁵). Para resolver esta cuestión se requiere atender al periodo de referencia temporal del cómputo y al tratamiento de las variaciones de plantilla; aspectos todos ellos también disponibles en principio para los legisladores internos.

2.2.2.- Modo de realizar el cómputo, período de referencia temporal y variaciones de plantilla.- De nuevo, se deja libertad a los legisladores nacionales a la hora de determinar el modo de realizar el cómputo, con respecto a los contratados a tiempo parcial y temporales, sobre el periodo de referencia temporal del cómputo y sobre el tratamiento que han de recibir las variaciones de plantilla. Todas estas cuestiones fueron objeto de debate con ocasión de la transposición de la Directiva CEU en 1994 y, a su vez, han dado lugar a pronunciamientos judiciales, nacionales y comunitarios, con ocasión de la determinación de los umbrales requeridos en aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos. Sin embargo, por cuanto estas cuestiones están en íntima conexión con las previsiones internas en punto a los requisitos exigibles para que se reconozcan instancias de representación nacional, no es momento de ahondar en las muy diversas alternativas y opciones que pudieran preverse en aplicación del principio *pro rata temporis*.

Si interesa, ello no obstante, que se tengan en cuenta algunas consideraciones:

Primera.- En cuanto a los trabajadores a tiempo parcial, el principio de igualdad de trato entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, obliga

⁹⁶⁵ Previsto en la cláusula 4, titulada principio de no discriminación, del Acuerdo Marco sobre Trabajo a tiempo parcial concluido por UNICE, CEEP y CES (Directiva 97/81/CE): 1.-“Por lo que respecta a las condiciones de empleo, no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas; 2.- cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *pro rata temporis*; 3.- los Estados miembros y/o los interlocutores sociales definirán las modalidades de aplicación de la presente cláusula, habida cuenta de la legislación europea y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales; 4.- cuando existan razones objetivas que lo justifiquen, los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, podrán, en su caso, subordinar el acceso a condiciones de empleo particulares, a un período de antigüedad, una duración del trabajo o condiciones salariales. Deberían reexaminarse periódicamente los criterios de acceso a los trabajadores a tiempo parcial a condiciones de trabajo particulares, habida cuenta del principio de no discriminación previsto en el punto 1 de la cláusula 4”.

a computar a los trabajadores a tiempo parcial como un trabajador más, con independencia del número de horas que trabajen. Ello es así en atención a la letra de la norma -son personas protegidas por la legislación laboral nacional- y a la finalidad de la misma: excluirlos o prorratear su tiempo de presencia significaría ampliar el número de trabajadores mínimos exigidos por la norma para su efectiva aplicación. Cuestiones distintas son: 1.- el deslinde con la figura del fijo-discontinuo y el tratamiento de la misma, que es competencia de los legisladores internos a salvo de respeto a mínimos comunitarios⁹⁶⁶; y 2.- las diversas alternativas en la aplicación del principio *pro rata temporis* que pueden validarse o justificarse en atención a razones objetivas.

Segunda.- En cuanto a los trabajadores temporales, existen también dos opciones: a.- equiparación entre temporales e indefinidos con independencia del tipo de contrato -eventual, sustitución, o formativos- y la duración de su contrato o jornada; o b.- ponderar el número de días u horas trabajadas -esta opción también se da con los contratados a tiempo parcial-, de modo que en este caso los temporales no computarían como los indefinidos sino que lo harían en función del tiempo que han estado efectivamente empleados en la empresa (*pro rata temporis*). Si bien también en el supuesto de la Directiva marco 2002 podrían aceptarse diversos cálculos de ponderación a nivel interno, lo que seguramente no es conforme a Derecho es establecer unas reglas *pro rata temporis* con ocasión de un proceso de transposición, de una norma comunitaria a un ordenamiento interno, sustancialmente diferentes u objetivamente discordantes con lo ya previsto en dicho ordenamiento para determinados supuestos de hecho⁹⁶⁷.

⁹⁶⁶ Directiva 97/81/CE relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por UNICE, CEEP y CES.

⁹⁶⁷ La opción *pro rata temporis* prevista en la norma española de transposición de la Directiva CEU está recogida en el actual artículo 25 de la Ley 10/1997, que no ha sido modificado por la Ley 10/2011 que acoge las novedades de la Directiva CEU 2009. Así, a pesar de la propuesta a contrario de algún sector doctrinal y de algún grupo parlamentario, se optó en España por la regla de la ponderación del número de días u horas trabajadas por los contratados temporales de acuerdo con reglas muy similares a las del artículo 72.2 ET y del artículo 9.4 del Reglamento 1988/1994: a.- los vinculados por contratos de duración determinada superior a dos años se computarán como fijos de plantilla; y b.- los contratados por término de hasta dos años se computarán según el número de días trabajados: cada 400 días, incluyéndose descanso semanal, días festivos y vacaciones anuales, se computarán como un trabajador más. Añadiéndose que, cuando el cociente que resulte de dividir por 400 el número de días trabajados

De igual manera, por la letra de la norma que nada dice al respecto y la finalidad de la misma, con respecto a los trabajadores temporales, con independencia de la duración de su contrato, ha de considerarse que deberían entrar en el cómputo como un trabajador más, con independencia de tipo de contrato y su duración. En apoyo de esta afirmación, la cláusula nº 7.1 del Acuerdo marco de la CES, UNICE Y CEEP sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70/CE) establece que los trabajadores con contratos de duración determinada *“serán tenidos en cuenta para calcular el límite a partir del cual pueden constituirse en las empresas, conforme a las disposiciones nacionales, los órganos de representación de los trabajadores previstos en la legislación nacional y comunitaria”*. Se reafirma en este punto que la intención de los interlocutores sociales, refrendada por una Directiva comunitaria, es que se tengan en cuenta los trabajadores temporales sin más limitaciones, es decir, sin necesidad de ponderar su tiempo y/o duración de su trabajo. Por las mismas razones, también debieran computarse los trabajadores cedidos por ETTs que están en el cómputo en la Directiva 2001/23/CE (insolvencia) e incluso, al extremo, los trabajadores en excedencia y/o con contratos suspendidos y trabajadores a domicilio.

Tercera.- Admitir estas consideraciones lleva a plantearse necesariamente cuál debe ser el periodo de referencia, desde cuándo empieza a contar el inicio del mismo y qué hacer, si algo, con las variaciones de plantilla, aumento o disminución de la misma, que puedan ocurrir durante dicho periodo de referencia. En cuanto a la duración del periodo de referencia se presentan diversas opciones como, por ejemplo, atender a la media de trabajadores empleados en determinados meses o años. En la Directiva CEU, tanto la de 1994 como en la vigente de 2009, se prevé un plazo de dos años; en la Recomendación de la Comisión de 2003 sobre microempresas y pequeñas y medianas empresas se habla de 1 año. Lo definitivo en cualquier caso es determinar el momento temporal –cuándo- se debe iniciar el cómputo -desde qué momento comienzan a contar los meses/años precedentes-. Esta cuestión fue objeto de amplias interpretaciones con ocasión de la Directiva CEU 1994, que

en el citado periodo de dos años sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores.

no precisaba cómo ha de determinarse el *dies ad quem*, delegando esta materia a los legisladores internos⁹⁶⁸. La determinación del momento en que comienza el periodo temporal sobre el que computar el número de trabajadores, es competencia de los Estados miembros, muy especialmente en la Directiva marco 2002 por el carácter nacional de sus disposiciones. Lo mismo puede decirse del tratamiento que han de recibir las variaciones de plantilla y cómo afectan, y si afectan, a dicho cómputo. Es competencia de los legisladores internos en cuanto a que dichas variaciones, que suponen en sí mismas materias sobre las que se ha de informar y consultar, afectan necesariamente a la composición y funcionamiento de los órganos y sistemas nacionales de representación colectiva de los trabajadores.

2.3.- Restricciones, disposiciones específicas, exclusiones y ausencias.- La Directiva marco 2002 prevé otras disposiciones relacionadas con la determinación del ámbito de aplicación de la misma, que pueden agruparse en torno a las siguientes materias: 1.- restricciones transitorias en cuanto a la aplicación de la Directiva en determinados Estados miembros (apartado A); 2.- disposiciones específicas en empresas de tendencia (apartado B); 3.- exclusiones con respecto al personal de buques (apartado C); y 4.- la ausencia de mención y de regulación sobre los grupos de empresas (apartado D).

⁹⁶⁸ Las alternativas posibles eran las siguientes: 1.- tomar como referencia la fecha de entrada en vigor de la Directiva, 22 de septiembre de 1994, y retrotraer hacia atrás los dos años precedentes; 2.- tomar como referencia la fecha final en la que debían ser adoptadas las normas nacionales de ejecución de la Directiva, 22 de septiembre de 1996; y 3.- tomar como referencia la fecha de inicio de las negociaciones -para la constitución del CEU o de un procedimiento alternativo de información y consulta- a las que se refiere el art. 5.1. de la Directiva. La norma española acogió la opción 3 que era la que aconsejaba el grupo de expertos. Si bien, como se verá (*Infra, cap. 4º, apartado II.3.1.3*), tomar como referencia la fecha de inicio de las negociaciones podría jugar de alguna manera en contra de los intereses de los trabajadores y atentar contra la finalidad de la norma -mejora de sus derechos de información y consulta-. Y es que, al extremo, la fecha de inicio de las negociaciones va a poder ser controlada por la dirección empresarial, ya que es ella la que ha de acusar recibo de la solicitud de inicio de las negociaciones, dado que no se prevé en la norma ningún tipo de registro administrativo que permita controlar la realización de trámites pre-negociales. Podría ocurrir que la dirección empresarial retrasara dicho inicio de las negociaciones y esperara a que el centro o empresa tuviera un número de trabajadores inferior al requerido como mínimo legal para que la empresa o grupo fuera considerado de dimensión comunitaria. Por ejemplo, adelantándose a ciertas reorganizaciones de plantilla, cierre de centros, subcontratación y otras prácticas de externalización de plantilla.

A.- Restricciones transitorias en determinados Estados miembros.-

En conexión con lo dispuesto en su considerando nº 21⁹⁶⁹, el artículo 10 de la Directiva marco 2002 reconocía a determinados Estados miembros determinadas restricciones transitorias en la aplicación de la misma. Estas restricciones afectarían a los Estados miembros que no tuvieran en la fecha de entrada en vigor de la norma, el 23 de marzo de 2002, un sistema de información y consulta a los trabajadores, ni un sistema de representación de los trabajadores en la empresa. A tal efecto, se ampliarían para ellos los umbrales mínimos relativos al número de trabajadores de las empresas o centros de trabajo que exige la norma con carácter general en atención una escala prefijada en el artículo 10 de la norma. Esta escala se establece en función del número de trabajadores de las empresas y ofrece una nueva serie de plazos de transposición⁹⁷⁰. Esta restricción es sumamente llamativa: por un lado, porque contribuye a reafirmar que la finalidad de la Directiva marco 2002 es promover la constitución de sistemas obligatorios de representación de los trabajadores donde no los hubiera; por otro, porque se hace difícil entender las razones por las que se otorgan vías de escape expresas, aunque sean transitorias, en el cumplimiento de la normativa comunitaria a determinados Estados miembros.

B.- Disposiciones específicas en empresas de tendencia.- La Directiva marco 2002 prevé que los Estados miembros puedan establecer disposiciones específicas sobre la aplicación de la Directiva en algunas empresas,

⁹⁶⁹ En este sentido, el considerando nº 21 de la Directiva marco 2002 establece: “No obstante, con carácter transitorio, los Estados miembros en los que no exista un sistema obligatorio de información y consulta de los trabajadores o de los representantes de los trabajadores podrán restringir aún más el ámbito de aplicación de la Directiva en lo que respecta al número de trabajadores”.

⁹⁷⁰ Art. 10 Directiva marco 2002: “No obstante lo dispuesto en el artículo 3 (ámbito de aplicación) todo Estado miembro, que en la fecha de entrada en vigor de la normativa (23.3.2002), no tenga establecido con carácter general, permanente y obligatorio, un sistema de información y consulta de los trabajadores, ni un sistema igualmente general, permanente y obligatorio de representación de los trabajadores en el lugar de trabajo que permita a los trabajadores estar representados a dichos efectos, podrá limitar la aplicación de las disposiciones nacionales de aplicación de la Directiva: a) a empresas que empleen al menos a 150 trabajadores, o a centros de trabajo que empleen al menos a 100 trabajadores hasta el 23 de marzo de 2007 y b) a empresas que empleen al menos a 100 trabajadores, o a centros de trabajo que empleen al menos a 50 trabajadores durante el año siguiente a la fecha contemplada en la letra a (es decir, hasta el 23 de marzo de 2008)”.

denominadas de tendencia (art. 3.2 Directiva 2002)⁹⁷¹. Esta disposición es muy similar a la contenida en el artículo 8.3 de la Directiva CEU 2009, y su aplicación, destinada a proteger informaciones empresariales en determinado tipo de empresas, queda condicionada a que en la fecha de entrada en vigor de la norma o fecha de transposición, el Estado miembro que hubiera hecho uso de esta facultad, ya tuviera previsiones similares en el Derecho nacional.

C.- Exclusiones con respecto al personal de buques.- La Directiva marco 2002 faculta a los Estados miembros para establecer excepciones, mediante disposiciones específicas, sobre la aplicación de la Directiva a las tripulaciones de buques que naveguen en alta mar (art. 3.3). Así, no se está autorizando a que los Estados miembros procedan a una exclusión total del ámbito de aplicación, sino a que establezcan disposiciones específicas en su aplicación a este personal⁹⁷². Tanto la Directiva CEU (art. 1.7), como la Directiva 2001/23/CE (art. 1.3) y la Directiva 98/59/CE (art. 1.2.b) directa, y expresamente, excluyen la aplicación de estas Directivas sociales al personal que preste servicios o tripulaciones de los buques marítimos. Las disposiciones especiales, o la exclusión en el caso de la normativa citada, se justifican en la propia especificidad del trabajo, especialmente en cuanto a las condiciones de tiempo y lugar que, muy probablemente, dificultaría o haría imposible el ejercicio efectivo de los derechos que se tratan de salvaguardar sin el establecimiento de procedimientos especiales adecuados a esa peculiaridad laboral⁹⁷³.

⁹⁷¹ Art. 3.2 Directiva marco 2002: *“Dentro del respeto a los principios y objetivos a que se refiere la presente Directiva, los Estados miembros podrán aprobar disposiciones específicas aplicables a las empresas o centro de trabajo que persigan, directa y sustancialmente, fines políticos, de organización profesional, confesionales, benéficos, educativos, científicos o artísticos, así como fines de información o de expresión de opiniones, siempre que, al día de entrada en vigor de la presente Directiva, ya existan en el Derecho nacional disposiciones en la materia”.*

⁹⁷² GARCÍA GUTIÉRREZ, M. L., “La Directiva 2002/14/CE, 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea”, *Actualidad Laboral* 2003/4, p. 62.

⁹⁷³ La regulación del trabajo en el mar está prevista, esencialmente, en la Directiva 1999/63/CE del Consejo, de 21 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST) y en la Directiva 1999/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, sobre el cumplimiento de las disposiciones relativas al tiempo de trabajo de la gente de mar a bordo de buques que hagan escala en puertos de la Comunidad. Pueden consultarse, sobre el trabajo en el mar, dos Comunicaciones de la Comisión: de 21 de enero de 2009, sobre los objetivos estratégicos y recomendaciones para la política de transporte marítimo de la Unión Europea

D.- Ausencia de mención y de regulación sobre los grupos de empresas.- No quedaría completo el análisis del ámbito de aplicación de la Directiva marco 2002 sin señalar una patente ausencia en la misma. Así, es relevante que nada se dice sobre los grupos de empresa -de ámbito nacional, se entiende-, a salvo de una tímida mención en el artículo 4.4 b, relativa a que *“la consulta se efectuará en el nivel pertinente de dirección.. en función del tema tratado”*,⁹⁷⁴ de la que a duras penas podría inferirse que existen varios niveles de dirección, que puede ser un indicio de que existe una empresa que controla a otra o un grupo de empresas. Que no se haga ninguna referencia a los grupos de empresa en la Directiva marco 2002 que, por el contrario, si está presente tanto en la Directiva 98/59/CE (despidos colectivos)⁹⁷⁵, como en la Directiva 2001/23/CE (traspasos)⁹⁷⁶, casa con la tradicional aversión del legislador comunitario por ahondar en las consecuencias laborales de la existencia de los grupos de empresa. En cualquier caso, la regulación de la información y consulta a los trabajadores en el ámbito supranacional de la mano de la Directiva CEU ha obligado a ir reconociendo las repercusiones laborales de este fenómeno ausente en la Directiva marco 2002: el grupo de empresas⁹⁷⁷.

hasta 2018, COM (2009) 0008, y de 10 de octubre de 2007, sobre una política marítima integrada para la Unión Europea, COM (2007) 0575.

⁹⁷⁴ Art. 4.4 Directiva marco 2002: *“La consulta se efectuará: ..b) al nivel pertinente de dirección y de representación, en función del tema tratado”*.

⁹⁷⁵ Art. 2.4 Directiva 98/59/CE (despidos colectivos): *“Las obligaciones establecidas en los apartados 1, 2 y 3 (información y consulta) se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos sea tomada por el propio empresario o por una empresa que ejerza el control sobre él. En lo que se refiere a las infracciones alegadas de las obligaciones de información, consulta y notificación establecidas en la presente Directiva, cualquier justificación del empresario, basada en el hecho de que el empresario que tomó la decisión relativa a los despidos colectivos no le ha facilitado la información necesaria, no se podrá tomar en consideración”*.

⁹⁷⁶ Art. 7.4 Directiva 2001/23/CE (traspasos): *“Las obligaciones previstas en el presente artículo (información y consulta) serán aplicables independientemente de que la decisión conducente al traspaso sea adoptada por el empresario o por una empresa que lo controle. En lo que se refiere a las presuntas infracciones de las obligaciones de información y consulta previstas en la presente Directiva, no podrá aducirse como justificación, que una empresa bajo cuyo control se halle el empresario no facilitó la información necesaria”*.

⁹⁷⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “La noción comunitaria de despido...”, cit. El derecho comunitario es muy reacio a reconocer consecuencias laborales a la existencia de grupos de empresas pero la dimensión transnacional de los intereses colectivos está obligando progresivamente, en materia de consulta e información, y también de acuerdos transnacionales, a la existencia de grupo. En este sentido, la STCE de 19 de septiembre de 2009 que, según este

3.- La empresa y el grupo de empresas de dimensión comunitaria según lo dispuesto en la Directiva CEU 2009.- La Directiva CEU 2009 va dirigida a empresas y grupos de dimensión comunitaria, definida la empresa de dimensión comunitaria como *“aquella que emplee al menos a 1000 trabajadores en los Estados miembros y por lo menos a 150 en dos Estados miembros diferentes* (art. 2.1.a), y el grupo de dimensión comunitaria, que comprende una empresa que ejerce el control y empresas controladas, como aquel *“que emplee al menos 1000 trabajadores en los Estados miembros y al menos 150 trabajadores en dos Estados miembros diferentes”* (arts. 2.1.b y c) Así, la Directiva CEU 2009 utiliza dos criterios para atender a la dimensión comunitaria de las empresas y grupos: por un lado, uno cuantitativo referente al número de trabajadores empleados en el conjunto de los Estados miembros destinatarios de la Directiva y, por otro lado, otro cualitativo referente a la ubicación geográfica de los centros o empresas. De la conjunción de ambos, la Directiva es de aplicación en empresas y grupos que cuenten con más de 1000 trabajadores en el conjunto de los Estados miembros y, al menos, con dos centros de trabajo o establecimientos, empresas en el caso de los grupos, como mínimo con 150 trabajadores en cada uno de ellos.

En punto a la determinación del ámbito de aplicación de la Directiva CEU 2009, interesa: 1.- el concepto de grupo de empresa (apartado 3.1); y 2.- la ubicación geográfica de las empresas y grupo de dimensión comunitaria (apartado 3.2). Por lo demás, procede una remisión a lo dispuesto con respecto al ámbito de aplicación de la Directiva marco 2002, tanto en punto al concepto de empresa como en relación a la determinación del número de trabajadores incluidos en el cómputo: tipo de trabajadores, modo del cómputo y variaciones de plantilla. Ello no obstante, la Directiva CEU establece dos indicaciones, que aunque insuficientes, son pautas a tener en cuenta y que enriquecen la ausencia de las mismas en la determinación del ámbito de aplicación de la Directiva marco 2002, por un lado, lo dispuesto en el artículo 2.2 Directiva CEU relativo a cómo

autor, decepciona a quienes esperaban que el TJCE diera un papel más relevante a la sociedad matriz.

computar la plantilla mínima⁹⁷⁸; y por otro, lo dispuesto en el artículo 4.4 Directiva CEU relativo a la obligación empresarial consistente en transmitir información sobre la plantilla de la empresa, y sobre la estructura del grupo o de la empresa⁹⁷⁹. Esta última disposición es una novedad de la Directiva CEU de 2009 (*Infra, cap. 4º, apartado 1.2.2.2*).

3.1.- El concepto de grupo de empresas de dimensión comunitaria.-

El grupo de empresas en la Directiva CEU viene descrito básicamente como aquél que comprende una empresa que ejerce el control y otras empresas controladas⁹⁸⁰. La Directiva pretende determinar mediante un sistema de indicios cuál es la empresa que ejerce el control, que será aquella que puede ejercer una influencia dominante, y a partir de éste, por eliminación, el resto serán empresas controladas⁹⁸¹. A pesar de que la Directiva CEU dedica un extenso artículo 3 a delimitar el concepto de empresa que ejerce el control, el contenido de esta disposición no aclara suficientemente cuándo nos encontramos o no ante una empresa que ejerce el control. Ello porque se carece en la norma comunitaria de criterios claros sobre el alcance de la disponibilidad para los legisladores internos. En este punto la labor del grupo de expertos sobre la transposición de

⁹⁷⁸ Art. 2.2 Directiva CEU 2009: “A efectos de la presente Directiva, la plantilla mínima de trabajadores se fijará con arreglo a la media de trabajadores, incluidos los trabajadores a tiempo parcial, contratados durante los dos años precedente, calculada con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

⁹⁷⁹ Art. 4.4. Directiva CEU 2009: “Toda dirección de una empresa incluida en el grupo de empresas de dimensión comunitaria así como la dirección central o la que se presume dirección central en el sentido del apartado 2, párrafo segundo, de la empresa o grupo de dimensión comunitaria serán responsables de la obtención y transmisión a las partes interesadas por la aplicación de la presente Directiva de la información indispensable para la apertura de las negociaciones contempladas en el artículo 5, en particular la información relativa a la estructura de la empresa o del grupo y su plantilla. Esta obligación se referirá señaladamente a la información relativa al número de trabajadores contemplados en el art.2 apartado 1 letras a y c”. La nueva redacción introducida por la reforma de la Directiva en 2009 mejora sustancialmente la anteriormente contenida en el artículo 11.2 de la Directiva CEU 1994.

⁹⁸⁰ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Información y consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: el modelo negocial”, *Relaciones Laborales* 1995/2, p. 55, la Directiva no define el grupo de empresas, más bien lo describe.

⁹⁸¹ TERRADILLOS ORMAEXTEA, E., *La representación colectiva de los Trabajadores en los grupos de empresas: modernas fórmulas de regulación*, Colección Estudios nº 98, Consejo Económico y Social, 2000, p. 253. Se define el grupo sobre la base de las relaciones entre sus empresas. La noción de empresa que ejerce el control es una de las nociones medulares de la directiva y no sólo se dirige a descubrir que empresa del grupo ejerce el control, sino que, además, a partir de ella se descubre el perímetro de todo el grupo.

la Directiva CEU fue muy significativo. Interesa detenerse en los siguientes aspectos: 1.- el origen y el alcance del concepto empresa que ejerce el control (apartado 3.1.1); 2.- la preferencia por el modelo orgánico y el método presuntivo (apartado 3.1.2); 3.- el juego de la presunción *iuris tantum* sobre la existencia de la empresa que ejerce el control (apartado 3.1.3); 4.- los supuestos excepcionados del juego de la presunción (apartado 3.1.4); y 5.- los problemas que plantea la determinación de la empresa que ejerce el control (apartado 3.1.5).

3.1.1.- Origen y alcance del concepto empresa que ejerce el control.-

El artículo 3.3 de la Directiva CEU 2009, que mantiene en este punto la redacción dada en la Directiva CEU 1994, establece que “*se entenderá por empresa que ejerce el control, la empresa que pueda ejercer una influencia dominante en otra empresa (empresa controlada), por ejemplo, por motivos de propiedad, participación financiera o estatutos*”. Puede apreciarse que se acoge una concepción amplia de la empresa que ejerce el control que pretende dar cabida a grupos de empresas basados en el principio de subordinación, frente al de coordinación⁹⁸², y donde la idea de control o dominio (“*influencia dominante*”) de una sociedad sobre otra, presupone, además, que la empresa que controla ejerce una dirección unitaria⁹⁸³ sobre las demás⁹⁸⁴. En las normas mercantiles

⁹⁸² BROSETA PONT M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil...*, cit., p. 475-476; VICENT CHULÍA, F., *Introducción al Derecho Mercantil...*, cit., p. 966. Los grupos horizontales o por coordinación son aquéllos en los que no es posible advertir la presencia de una sociedad dominante o el control que se ejerce por una o varias personas físicas o jurídicas. Esta distinción coordinación/subordinación deriva de la doctrina alemana sobre grupos de empresas.

⁹⁸³ EMBID IRUJO, J. M., “Los grupos de sociedades...”, cit., p. 84. La definición de lo que ha de entenderse por dirección unitaria no es fácil pues es un concepto de la rama de la economía de la empresa que suele traducirse en términos jurídicos como poder de dirección o control o posibilidad de impartir instrucciones vinculantes a los órganos de dirección de las sociedades dependientes.

⁹⁸⁴ Según BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil...*, cit., p. 592: el grupo de empresas se define como un conjunto de sociedades jurídicamente independientes, pero sometidas a una relación de independencia, y a una dirección económica centralizada, la cual se instrumenta y consigue mediante una variedad de mecanismos contractuales o de propiedad accionarial. En ocasiones los mecanismos de control se presentan mezclados o combinados. Por tanto, puede afirmarse que el elemento que caracteriza al grupo es el control de una sociedad sobre una o varias sociedades, y al consiguiente dependencia de éstas respecto a aquellas. A diferencia de lo que sucede con los procedimientos de fusión, en el grupo las sociedades que forman parte del mismo conservan su propia independencia jurídica, pero actúan en el mercado con la lógica de una sola empresa (EMBID). VICENT CHULÍA, F., *Introducción al Derecho Mercantil...*, cit., p. 964: el grupo de sociedades “es una unidad

de los ordenamientos internos, sujetos a la normativa comunitaria sobre cuentas consolidadas⁹⁸⁵, se acoge también esta concepción amplia de los grupos de empresas por subordinación en la que prevalece la idea de que son los controles de propiedad, financieros y de personal, las notas principales que identifican al grupo de empresas. En palabras de EMBID IRUJO, “se suele considerar que una empresa está sometida a la dirección de otra cuando esta última es competente para decidir en materias relativas a financiación -acciones o votos- y personal -posibilidad de nombrar equipo directivo a quienes corresponde decisiones en materia de personal-. Si la dirección unitaria sólo comprende estos campos nos encontramos ante un grupo descentralizado en el que las sociedades dependientes conservan cierta autonomía, asumiendo otras decisiones. Mientras que en un grupo centralizado, la empresa dominante extiende sus decisiones a otros aspectos de la actividad económica de las dominadas -ventas, producción etc.-⁹⁸⁶ “.

La elección en la Directiva CEU en favor de un concepto de empresa que ejerce el control que se apoya en un hipotético ejercicio de control de una empresa sobre otras, se inspiró claramente en la 7ª Directiva 83/349/CEE sobre cuentas consolidadas. En el artículo 1.1 de esta 7ª Directiva se describen las condiciones para que los Estados miembros puedan imponer la obligación de establecer cuentas consolidadas a una empresa matriz en virtud de su relación con otras filiales. La definición del control como posibilidad de ejercer una influencia decisiva una empresa sobre las actividades de otra/s, más que como un ejercicio efectivo de dicha influencia, proviene del artículo 3.2 del actualmente derogado Reglamento 4069/89 sobre el control de concentraciones entre

empresarial resultante de la articulación funcional de diversas sociedades independientes y autónomas a través de su común sometimiento a una dirección económica ejercida por otra sociedad. Sus notas definitorias son la carencia de personalidad y capacidad jurídica de la unidad, la independencia y autonomía de las sociedades integrantes, así como sobre todo, su vertebración a través de la dirección unitaria ejercida por la dirección dominante”.

⁹⁸⁵ Séptima Directiva 83/349/CEE relativa a las cuentas consolidadas. Puede verse en versión consolidada no oficial (1983L0349-ES-01.01.2007-007.001) que incluye posteriores modificaciones hasta 2009. Recientemente se ha adoptado la Directiva 2012/6/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de marzo de 2012 por la que se modifica la Directiva 78/660/CEE del Consejo, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, en lo que respecta a las microentidades (DOUE de 21.03.2012, L 81, pp. 3-6).

⁹⁸⁶ EMBID IRUJO, J. M., “Los grupos de sociedades...”, cit., pp. 386-387.

empresas⁹⁸⁷. Otras normas comunitarias optaron por definir directamente la empresa controlada⁹⁸⁸.

3.1.2.- Preferencia por el modelo orgánico y el método presuntivo.-

El artículo 3.3 de la Directiva CEU opta por una concepción amplia de la empresa que ejerce el control en el sentido de que da cabida a que la influencia dominante o control de una empresa sobre otra pueda darse o ejercerse *“por motivos de propiedad, de participación financiera, estatutos u otros”*. En este sentido, la norma es suficientemente laxa como para acoger los diversos modelos existentes en punto a la determinación de un grupo de empresas: tanto el **modelo orgánico**, que determina la existencia de un grupo de empresas cuando se pueda constatar las notas del grupo en sentido económico -participación financiera y participación personal-, como el denominado **modelo contractual**, predominante en el derecho alemán y brasileño, en el que la constatación de un grupo de empresas requiere que se haya formalizado un contrato o acuerdo de dominación o de cesión de ganancias entre las empresas integrantes del grupo y con independencia de que se constate o no la presencia de las notas distintivas del grupo en sentido económico⁹⁸⁹. En otros términos, en función de la naturaleza del vínculo que une a las sociedades, se ha identificado 1.- agrupaciones constituidas por medio de un **vínculo de naturaleza real**, como el que resulta de la titularidad por una sociedad de las acciones o participaciones de otra, de manera que tienen el control sobre ella o simplemente una influencia

⁹⁸⁷ El Reglamento 4064/1989 ha sido derogado por el Reglamento 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 (Reglamento comunitario de concentraciones), DOUE de 29.1.2004 L- 24 pp. 1-22, cuyo art. 3.2 que mantiene la redacción dada por el Reglamento 40/69 establece que: *“El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante: a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa”*.

⁹⁸⁸ Por ejemplo, la Directiva 2004/109/CE (art. 2.1.f) sobre armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a cotización en un mercado regulado (DOUE 31.12.2004, L 390 pp.38-97) y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE.

⁹⁸⁹ EMBID IRUJO, J. M., “Los grupos de sociedades...”, cit., p. 78.

relevante, que puede ser recíproca; y 2.- agrupaciones constituidas por un **vínculo de naturaleza obligacional**, que nace de un acuerdo o contrato⁹⁹⁰.

No debe confundirse este modelo contractual, o grupos constituidos por vínculos de naturaleza obligacional, con la tradicional denominación de los grupos por coordinación. Se trata de tipologías que sirven a finalidades distintas. La distinción grupos por subordinación/por coordinación no se utiliza para indagar sobre la existencia o no de dependencia y cómo tendría que constatarse ésta. Sino que, por el contrario, se parte de la base de que no existe dependencia en los grupos por coordinación. Ello a pesar de que las empresas podrían estar bajo una misma dirección unitaria. De ahí, que podría plantearse la posible inclusión de los grupos por coordinación en el ámbito de aplicación de la norma, ello a pesar de que la definición de empresa que ejerce en control prevista en la Directiva CEU parece ir específicamente destinada a los grupos por subordinación. La idea de sociedades bajo una misma dirección unitaria sin que exista dependencia está presente en el artículo 40 del proyecto de 9ª Directiva sobre grupos de empresas.

La doctrina mercantilista ha identificado unos métodos para determinar la existencia de un grupo de empresas: el **método presuntivo**, por un lado, y el **realista u orgánico**, por otro⁹⁹¹. El primero, método presuntivo, se conforma con constatar la concurrencia de determinados datos jurídico formales que permiten a la empresa dominante ejercer la dirección unitaria, si así lo decide. El segundo, método realista u orgánico, requiere que se constate el ejercicio efectivo de dirección unitaria, cualquiera que sea el medio empleado: participación financiera, personal o de administradores, o contractual. Tanto en la distinción modelo contractual frente a orgánico y método presuntivo frente a realista, ambas categorías pertenecientes a los tradicionales grupos de empresas por subordinación frente a coordinación, se parte de la base de la existencia de subordinación o dependencia entre las empresas pertenecientes a un grupo y la empresa matriz. Dicha dependencia queda constatada, bien por la presencia de las notas/indicios típicos de la misma, control financiero -acciones o votos

⁹⁹⁰ SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil...*, cit., pp. 566-567.

⁹⁹¹ Entre otros, VICENT CHULIA, op. cit, p. 964.

derivados de dichas acciones- y/o control personal -sobre las personas que dirigen o administran-, o bien porque se ha cumplido la exigencia de estipular el mencionado contrato o acuerdo, y ésta se constata. Ello con independencia de que se constate o no la existencia del control o dependencia ejercida mediante las citadas notas o indicios, que lógicamente se darían en todo caso.

La Directiva CEU muestra una preferencia por afirmar la presencia del grupo, por un lado, mediante el modelo orgánico, es decir exigiendo que se constate la presencia de las notas distintivas del grupo en sentido económico - participación financiera y personal-. Por otro lado, la norma se sirve del método presuntivo o sistema de indicios, que significa que no se requiere constatar el ejercicio de dirección unitaria, sino que es suficiente que dicho ejercicio se presuma como susceptible de ser una realidad porque concurren determinados datos, como la participación financiera o personal de una empresa con respecto a otra, que permitirían que así fuera.

3.1.3.- El juego de la presunción *iuris tantum* sobre la existencia de la empresa que ejerce el control.- En virtud de la preferencia por el modelo orgánico y el método presuntivo, la Directiva CEU establece una presunción *iuris tantum* sobre la existencia de la empresa que ejerce el control (art. 3.2)⁹⁹², recurriendo a las notas sobre el control financiero y personal antes señaladas. En este sentido, según lo dispuesto en la norma se presume que una empresa ejerce una influencia dominante sobre otra cuando, directa o indirectamente: bien cuando posea la mayoría de su capital (requisito/indicio a) o de los derechos de voto correspondientes a las acciones (requisito/indicio b) o cuando controle la designación de los miembros, “*pueda nombrar a más de la mitad*”, de los órganos de dirección, administración o control de otra empresa (requisito/indicio c).

⁹⁹² Art. 3.2 Directiva CEU 2009 (que mantiene la redacción dada por la Directiva CEU 1994): “se presumirá, salvo prueba en contrario, que una empresa puede ejercer influencia dominante sobre otra cuando dicha empresa, directa o indirectamente: a) posea la mayoría del capital suscrito de la empresa; b) posea la mayoría de los votos correspondientes a las acciones emitidas por la empresa; o c) pueda nombrar a más de la mitad de los miembros del consejo de administración, de dirección o de control de la empresa”.

Sobre el juego de este sistema de indicios o presunciones, las siguientes apreciaciones:

Primera.- Al objeto de atender al ejercicio de influencia dominante de forma indirecta, tal y cómo prevé el artículo 3.2 de la Directiva CEU, el artículo 3.3 dispone que *“los derechos de voto y de nombramiento que ostente la empresa que ejerce el control incluirán los derechos de cualquier empresa controlada y los de toda persona u órgano que actúe en nombre propio pero por cuenta de la empresa que ejerce el control o de cualquier otra empresa controlada”*.

Segunda.- Una vez se ha podido constatar la presencia en una empresa determinada de alguno de los requisitos a, b, o c previstos en la norma, podría darse el caso de que en otra empresa también concurre alguno de estos requisitos con respecto a otra, o incluso que nos encontremos ante dos empresas y una de ellas controle financieramente a la otra -posea la mayoría de su capital- y esa otra, a su vez, tenga la facultad de nombrar a los miembros directivos de la primera. La Directiva CEU (art. 3.7)⁹⁹³. establece que, en caso de duda, debe prevalecer el requisito c relativo a la facultad para nombrar a más de la mitad del consejo de administración o del equipo directivo o de control.

Tercera.- Los legisladores internos se enfrentaron en las labores de transposición, de la derogada Directiva CEU 1994, a la ausencia en la norma de criterios relativos al alcance de su disponibilidad sobre el juego del sistema de indicios, inclusive la preferencia por el requisito c en caso de conflicto. Los trabajos del grupo de expertos fueron decisivos en la resolución de estas cuestiones. Con respecto a que la Directiva CEU sólo indicara la preferencia por el indicio c, en caso de duda olvidando a los otros dos, el grupo de expertos aconsejó que habría que indicar en las normas de ejecución otro requisito a tener en cuenta en caso de que en ninguna de las empresas en conflicto pudiera constatarse la existencia del mencionado requisito c. El grupo de expertos

⁹⁹³ Art. 3.7 Directiva CEU 2009 (que mantiene redacción dada por Directiva CEU 1994): *“Cuando, en caso de conflicto de leyes en la aplicación del apartado 2, dos o más empresas de un grupo cumplan uno o varios requisitos en dicho apartado 2, la empresa que cumpla el requisito establecido en la letra c de dicho apartado tendrá la consideración de empresa que ejerce el control, salvo que se pruebe que otra empresa puede ejercer una influencia relevante”*.

debatíó en profundidad sobre la disponibilidad del sistema de indicios para los Estados miembros concluyendo que éstos eran libres para fijar el orden jerárquico que quisieran, el más acorde con sus sistemas nacionales⁹⁹⁴. A pesar de dicha libertad, el grupo de expertos expresó su preferencia por un determinado orden jerárquico⁹⁹⁵, que ha sido acogido por la mayoría de las normas nacionales de ejecución de la Directiva⁹⁹⁶.

3.1.4.- Supuestos excepcionados del juego de la presunción.- La Directiva CEU prevé expresamente determinados supuestos en los que una empresa no será considerada empresa que ejerce el control aun cuando, en aplicación del sistema de indicios, se hubiera podido determinar que la empresa ostenta dicha condición. En concreto, se prevé en la norma (art. 3.4) un supuesto específico en el que se impedirá la aplicación del requisito referente a la participación financiera, “*poseer participaciones*”, de una empresa sobre otra como indicio de su condición de empresa que ejerce el control. El artículo 3.4⁹⁹⁷ se remite, a efectos de la determinación de dicha excepción, a lo dispuesto en el artículo 3.5, apartados a y c, del Reglamento (CE) nº 139/2004 sobre control de

⁹⁹⁴ RIESCO ROCHE, R., *Informe-resumen sobre los trabajos del grupo Información y consulta creado para la transposición a los derechos nacionales de la Directiva 94/45/CE Comités de empresa europeo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, ejemplar multicopiado, documentos nº 4 y 27, p. 8. El grupo de expertos consideró que limitar los indicios a uno sólo, que podría evitar que se produjeran divergencias, era restrictivo y no conforme a la Directiva. Por otro lado, imponer el mismo orden jerárquico en todas las normas nacionales era una solución muy compleja, dada la diversidad de criterios jerarquizados a su vez en todos los países, y que además no evitaría interpretaciones judiciales divergentes.

⁹⁹⁵ 1º.- indicio c): poder nombrar a mas de la mitad de los miembros del consejo de administración; 2º.- indicio b): disponer de la mayoría de los votos correspondientes a las acciones emitidas por el empresa y; 3º.- indicio a): poseer la mayoría del capital suscrito de la empresa.

⁹⁹⁶ Así ha ocurrido en los siguientes Estados miembros: España, Bélgica, Dinamarca, Alemania, Italia, Grecia, Suecia e Irlanda, que han reproducido las indicaciones del grupo de expertos. Otros países como Austria, Francia y Finlandia han acogido las indicaciones del grupo de expertos pero han tenido que modificar su legislación interna. Por último, Holanda, país que aunque reproduce las indicaciones del grupo de expertos, incumple lo dispuesto en la Directiva al no prever que la influencia pueda ejercerse de modo indirecto.

⁹⁹⁷ Art. 3.4 Directiva CEU 2009: “*No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, una empresa no se considerará “empresa que ejerce el control” respecto de otra empresa de la que posea participaciones cuando se trate de una de las sociedades contempladas el art. 3, apartado 5, letras a) y c) del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre control de las operaciones de concentración de empresas*”.

las operaciones de concentración entre empresas⁹⁹⁸. De lo dispuesto en ambas normas, Directiva CEU y Reglamento concentraciones comunitarias, se desprende que una empresa no ejerce el control sobre otra en los siguientes supuestos:

- Cuando se trate de entidades de crédito u otras entidades financieras o compañías de seguros que posean con carácter temporal participaciones que hayan adquirido en una empresa con vistas a revenderlas⁹⁹⁹.

- Cuando se trate de sociedades de participación financiera, definidas en el artículo 5.3 de la Directiva 78/660/CEE relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad, denominada 4ª Directiva¹⁰⁰⁰, que se dediquen a la gestión y explotación de participaciones en otras empresas¹⁰⁰¹. Se

⁹⁹⁸ La Directiva CEU 1994 se remitía al anterior, ahora derogado, Reglamento (CEE) nº 4065/89. El nuevo Reglamento (CE) nº 139/2004 no ha modificado el mencionado artículo 3.5 letras a y c.

⁹⁹⁹ El artículo 3.5 del Reglamento 139/2004 se dedica a los supuestos en los que no existe una operación de concentración de empresas a efectos de su compatibilidad, en términos de competencia, con el mercado interior. Con respecto al primer supuesto contemplado (apartado a), se considera que no existe concentración cuando entidades de crédito y similares adquieran participaciones de una empresa con carácter temporal con vistas a revenderlas. Se exigen sin embargo dos requisitos adicionales: 1.- que las entidades no ejerzan los derechos de votos de dichas participaciones *“con objeto de determinar el comportamiento competitivo de la empresa”*, y 2.- que si, por el contrario, ejercen los citados derechos de voto, deben hacerlo con el fin de *“preparar la realización de la totalidad o de parte de una empresa o de sus activos, o la realización de dichas participaciones”*; y además dicha realización se debe llevar a cabo en el plazo de un año, prorrogable por la Comisión, a partir de la fecha de adquisición de las mismas. Los citados requisitos deben tenerse en cuenta también para que las entidades de crédito que hayan adquirido participaciones -y derechos de voto- no sean consideradas como empresas que ejercen el control a efectos de aplicación de la normativa analizada.

¹⁰⁰⁰ El citado art. 5.3 de la Directiva 78/660/CEE (DO L 222 de 14.8.1978; puede verse una versión consolidada, no oficial, en 178LO660-ES-0101-2007-008.001) establece que son sociedades de participación financiera *“solamente las sociedades cuyo único objeto sea la adquisición de participaciones en otras empresas, así como la gestión y la revalorización de estas participaciones, sin que estas sociedades se inmiscuyan directa o indirectamente en la gestión de estas empresas, sin perjuicio de los derechos que las sociedades de participación financiera tengan en su condición de accionistas o de socios. El respeto de los límites impuestos a las actividades de estas sociedades deberá poder ser controlado por una autoridad judicial o administrativa.”*. La Directiva 78/660/CEE ha sufrido modificaciones que no han afectado al citado artículo 3.5.

¹⁰⁰¹ Al igual que en el supuesto a) del art. 3.5 del Reglamento 139/2004 en punto a la no consideración de operación de concentración cuando se trate de las llevadas a cabo por las mencionadas sociedades de participación financiera, se exige que *“los derechos de voto vinculados a las participaciones sólo serán ejercidos, en particular, mediante el nombramiento de los miembros de los órganos de dirección y vigilancia de las empresas cuyas participaciones ostenten, para mantener el pleno valor de tales inversiones y no para determinar directa o indirectamente las actividades competitivas de dichas empresas”*.

asimilarían estas últimas a las sociedades de cartera o sociedades de inversión mobiliaria que, aunque se interesan en otras distintas, invirtiendo su patrimonio en acciones de éstas, no persiguen, al contrario de las *holding*, finalidad alguna de dominio o control de las empresas cuyas acciones adquieren¹⁰⁰².

-. Cuando se trate de un supuesto especial de liquidación, quiebra, suspensión de pagos y análogos pues, según el artículo 3.5 de la Directiva CEU, *“no se presumirá que existe influencia dominante únicamente por el hecho de que un mandatario ejerza sus funciones, en virtud de la legislación de un Estado miembro relativa a la liquidación, la quiebra, la insolvencia la suspensión de pagos, el convenio de acreedores u otro procedimiento análogo”*.

3.1.5.- Problemas que plantea la determinación de la empresa que ejerce el control.- La determinación de la empresa que ejerce el control es esencial, no sólo a efectos de determinar el ámbito de aplicación de la Directiva CEU, sino también a los efectos de determinar la dirección empresarial responsable destinataria de los derechos de información y consulta, pues en el caso de los grupos de empresas lo será la dirección central de la empresa que ejerce el control (art. 2.1.e de la Directiva CEU)¹⁰⁰³. Así, con anterioridad a la determinación de la dirección central del grupo de empresa, se requiere saber cuál es la empresa que ejerce el control en un grupo de empresas. Para ello se ha de atender a lo dispuesto en las legislaciones internas, concretamente al juego y orden jerárquico del sistema de indicios que, como se ha dicho, son disponibles para los legisladores internos. El problema se plantea porque, en el caso de los grupos de empresas, la norma aplicable para determinar si una empresa es o no empresa que ejerce el control, es la del Estado miembro donde radique la dirección central de la empresa que ejerce el control (art. 3.6, primer párrafo)¹⁰⁰⁴, lo que parece todo un contrasentido pues las normas nacionales de

¹⁰⁰² URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 20ª ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 544.

¹⁰⁰³ Se entenderá por dirección central, *“la dirección central de la empresa de dimensión comunitaria y, en el caso de los grupos de empresas de dimensión comunitaria (la dirección central) será la Dirección central de la empresa que ejerce el control”*.

¹⁰⁰⁴ El artículo 3.6, primer párrafo, de la Directiva CEU 2009 establece que *“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”*.

ejecución de la Directiva podrían haber establecido disposiciones no homogéneas. La Directiva CEU sí sienta una regla en el caso de que existan dudas sobre cuál ha de ser la norma aplicable para determinar cuál es la dirección central de la empresa que ejerce el control, si la empresa o el grupo se rigen por normas de Estados no miembros. En estos supuestos se ha de designar a un representante en territorio europeo y, ante su falta de designación, la norma aplicable será *“la del Estado miembro en cuyo territorio esté situada la dirección central de la empresa del grupo de empresas que tenga mayor número de trabajadores”*¹⁰⁰⁵. Interesa tener presente en este punto las siguientes consideraciones:

Primera.- Se ha señalado que la existencia de influencia dominante de una empresa sobre otra podría constatarse a partir de criterios distintos a los tradicionales indicios de participación financiera y/o personal. Ello porque el artículo 3.1 de la Directiva CEU, al incluir el término *“por ejemplo”*, da a entender que puede darse la influencia dominante por otros motivos: *“A efectos de la presente Directiva, se entenderá por “empresa que ejerce el control”, la empresa que pueda ejercer una influencia dominante en otra empresa (“empresa controlada”), por ejemplo, por motivos de propiedad, participación financiera o estatutos”*. Es posible que, bien la dependencia se manifieste en virtud de un acuerdo o contrato, de dominación u otros, y de ahí la necesidad de acudir al método contractual, bien es posible que cuando no sé dicha dependencia pero sí que varias empresas se unan y se sometan a una misma dirección empresarial, es decir, un supuesto de los denominados grupos por coordinación. ¿Y si la jurisdicción de un determinado Estado miembro que ha de interpretar una o varias normas de ejecución de la Directiva admite o no admite que entren o no entren en el ámbito de aplicación de la norma los supuestos que hemos mencionado, en concreto, los tradicionalmente denominados grupos por coordinación?

¹⁰⁰⁵ Art. 3.6 segundo párrafo Directiva CEU 2009: *“Cuando la legislación por la que se regula 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 mayor número de trabajadores”*.

Segunda.- La Directiva CEU no termina de resolver posibles problemas de temporalidad, pues no está previsto en la norma cómo atender a los supuestos en que una empresa que ejerce el control deje de serlo, por ejemplo si se produce un traspaso de su capital a otra del mismo grupo de empresas¹⁰⁰⁶, o teniendo la primera facultad para nombrar a los miembros de los consejos de administración o control o al personal directivo, deja de tenerla en virtud de un acuerdo entre ambas. Puesto que, como se ha dicho, la normativa aplicable para determinar si una empresa es o no empresa que ejerce el control, ha de ser la del Estado miembro donde radique la dirección central de la empresa que ejerce el control, si una deja de serlo podría llegar a producirse la necesidad de atender a la legislación de ejecución de la Directiva de otro Estado miembro. Un nuevo artículo 13 de la Directiva CEU 2009 está dirigido a atender al problema de la temporalidad y a los cambios que puedan producirse a lo largo del tiempo, una vez determinada cual es la empresa que ejerce el control en un grupo de empresas. Este artículo 13 obliga a que se “*adapten*” los Comités de empresa europeos o los procedimientos alternativos de información y consulta existentes si se produjeran “*modificaciones significativas en la estructura de las empresas o grupo de empresas*”, y nada se hubiera previsto al respecto en posibles acuerdos vigentes, obligando a la apertura de un nuevo procedimiento de negociación con unas reglas determinadas en punto al inicio del procedimiento, composición de la comisión negociadora y otras sobre el funcionamiento de los Comités de empresa existentes¹⁰⁰⁷. Como se verá, a pesar de la introducción de

¹⁰⁰⁶ URÍA, R., *Derecho Mercantil...*, cit., p. 542: “el enlace o vínculo de sociedades de orden puramente económico se produce mediante la participación de unas en el capital de otras. Este sistema de enlace capitalista constituye el instrumento por excelencia de la concentración y ofrece la ventaja de su gran flexibilidad al permitir que se aumente o disminuya el número de sociedades unidas mediante una simple operación de adquisición o venta de acciones. Al servicio de este sistema de vinculación de empresas se ha desarrollado modernamente una técnica de origen anglosajón dirigida a facilitar la adquisición o fortalecimiento del control de una empresa determinada mediante una oferta pública de compra de sus acciones (*take over bid*) en especiales condiciones y por valor generalmente superior al del mercado”.

¹⁰⁰⁷ Art. 13 Directiva CEU 2009: “*Cuando se produzcan modificaciones significativas en la estructura de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria y no existan disposiciones previstas por los acuerdos vigentes o se produzcan conflictos entre las disposiciones de dos o más acuerdos aplicables, la dirección central abrirá la negociación contemplada en el artículo 5 por iniciativa propia o a solicitud escrita de al menos 100 trabajadores o de sus representantes en al menos dos empresas o establecimientos situados en al menos dos Estados miembros. Al menos tres miembros del Comité de empresa europeo existente o de cada uno de los Comités de empresa europeos existentes serán miembros de la comisión negociadora, además de los miembros elegidos o designados en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5, apartado 2. Durante esta negociación, el o los Comités de empresa*

esta mejora, permanecen los problemas relativos a la determinación de la empresa que ejerce el control, así como las dificultades para identificar a las direcciones empresariales responsables, máxime cuando éstas se encuentran situadas fuera de la Unión Europea.

Tercera.- Otro tema sobre la mesa es el referente a cuál debería ser la jurisdicción nacional competente para conocer de las cuestiones que se susciten sobre la determinación de la existencia de un grupo de empresas cuando existan varias posibles empresas que ejercen el control y éstas se encuentren situadas en diferentes Estados miembros destinatarios de la Directiva. El grupo de expertos constituido con ocasión de la transposición de la Directiva CEU 1994 señaló en su momento que sería conveniente *“limitar la competencia de las jurisdicciones nacionales para apreciar y decidir los eventuales conflictos sobre la existencia de una relación de control, por ejemplo atribuyendo una competencia exclusiva a la primera jurisdicción que conociera de una demanda¹⁰⁰⁸”*. A su vez, recomendaba a los Estados miembros que *“buscaran soluciones que no conduzcan a una situación de bloqueo por un posible conflicto de leyes”*. El artículo 3.7 de la Directiva CEU establece como criterio aplicativo preferente el requisito c -poder nombrar a más de la mitad de los miembros del consejo de administración, de dirección o de control de la empresa-, pero como se ha comentado, tanto la preferencia por este indicio, como el orden jerárquico de los mismos, es materia disponible para los legisladores internos. Junto a ello el propio artículo 3.7 admite que la presunción es *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario (*“salvo que se pruebe que otra empresa puede ejercer una influencia dominante”*) sin especificar el alcance de la misma. Si bien la mayoría de las vigentes normas de ejecución de la Directiva CEU han acogido con buen criterio el orden jerárquico que estableció el grupo de expertos con ocasión de la transposición de la Directiva CEU 1994, nada obsta para que la determinación de la empresa que ejerce el control, sobre todo, la determinación de la norma nacional aplicable a tal fin y de la jurisdicción competente para

européens existents suivront fonctionnant conformément aux modalités que se adaptent mediante acuerdo celebrado entre los miembros del o de los Comités de empresa europeos y la dirección central”.

¹⁰⁰⁸ RIESCO ROCHE, R., *Informe-resumen sobre los trabajos...*, cit., documentos nº 4 y 27, p. 8.

conocer las cuestiones que se susciten, pueda ser objeto de controversia en el futuro.

3.2.- La ubicación geográfica de las empresas y grupos de dimensión comunitaria.- A efectos de determinación del ámbito de aplicación de la Directiva CEU se requiere, para que las empresa y grupos de empresas ostenten la condición de dimensión comunitaria, que cuenten con un determinado número mínimo de trabajadores empleados (art. 2) y, además, que se tenga en cuenta una determinada ubicación geográfica: que la empresa cuente con al menos dos centros de trabajo en dos Estados miembros diferentes, y el grupo de empresas cuente con al menos dos empresas en dos Estados miembros diferentes. El concepto Estado miembro interesa en este punto, esencialmente, como criterio delimitador del ámbito de aplicación de la Directiva, lo que supone que estamos ante un Estado obligado por el Derecho comunitario, es decir, obligado a incorporar la normativa y a asegurar su cumplimiento. Además, la Directiva CEU establece determinadas disposiciones cuya exigencia se modula según las direcciones centrales de las empresas o de los grupos estén situados o no en territorio comunitario (art. 4.2)¹⁰⁰⁹. En este sentido se dispone que cuando las direcciones centrales de las empresas o grupos no se encuentran en territorio comunitario, deberán designar una dirección empresarial responsable en dicho territorio. En el caso de que no se llevará a cabo dicha designación, la norma determina que será dirección responsable, o representante de la dirección responsable en territorio comunitario, la dirección del centro, en el caso de empresas, o de la empresa, en el caso de los grupos de empresas, con mayor número de trabajadores empleados¹⁰¹⁰. Con respecto a la ubicación geográfica de estos centros o empresas pueden realizarse dos matizaciones:

¹⁰⁰⁹ Art. 4.2 Directiva CEU: *“Cuando la dirección central no esté situada en un Estado miembro, asumirá la responsabilidad a que se refiere el apartado 1 (establecer las condiciones y medios necesarios para la constitución de un Comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta) el representante de la dirección central en el Estado miembro que, en su caso, se designe. A falta de tal representante, asumirá la responsabilidad a que se refiere el apartado 1 la dirección del establecimiento o de la empresa del grupo que emplee al mayor número de trabajadores en un Estado miembro”*.

¹⁰¹⁰ Con carácter anterior a la aplicación de la Directiva CEU en el Reino Unido, y en un periodo de dos años a partir de la promulgación de la mayoría de las normas nacionales de transposición de la Directiva CEU 1994, la mayoría de las empresas o grupo de empresas con dirección extracomunitaria designaron como dirección europea responsable, mayoritariamente y por orden

En primer lugar, los países del Espacio Económico Europeo (EEE), es decir, Noruega, Islandia y Liechtenstein, que no son Estados miembros, son considerados por la Directiva CEU como Estados miembros a todos los efectos. Esto significa que los trabajadores empleados en estos tres países sí entran en el cómputo. Ello es así en virtud del Acuerdo EEE¹⁰¹¹ y de una Decisión del Comité mixto de la EEE (54/2010), que modifica el anexo XVIII del mismo¹⁰¹², por la que se incorpora la Directiva CEU 2009 a los sistemas jurídicos de dichos Estados. Al objeto de que la legislación comunitaria incorporada en los países del Espacio Económico Europeo pueda ser aplicada y se garantice su cumplimiento, por un lado, se les informa e invita a participar en los distintos comités que asisten a la Comisión -comitología- y, por otro, se contienen en el Acuerdo EEE (arts. 105-111 y protocolo 34)¹⁰¹³ normas sobre los procedimientos

de importancia, a la de su centros situados en Bélgica, Alemania, Francia e Irlanda. La designación de estos países fue motivada, sobre todo en el caso irlandés, en la flexibilidad de sus normas nacionales. Información del Observatorio Social Europeo, documento de trabajo nº 21 “*La Directive comité d’entreprise Europeen, etat des lieux avant revision*”, publicado en diciembre 1998, p. 8.

¹⁰¹¹ El Acuerdo EEE (DO L1 de 3.1.1994, pp. 3-6) tiene por finalidad (art. 1): “*promover un reforzamiento continuo y equilibrado de las relaciones comerciales y económicas entre las Partes Contratantes, en igualdad de condiciones de competencia y en observancia de unas normas comunes, con miras a crear un Espacio Económico Europeo homogéneo*”. El Acuerdo EEE se firmó, entre los entonces 12 Estados miembros y 6 Estados de la AELC (Asociación Europa de Libre Comercio) en el año 1992 (Acuerdo de Oporto de 2 de mayo de 1992) aunque no entró en vigor hasta 1994. Se trata de un Acuerdo de asociación (art. 310 TCE, actual art. 217 TFUE) que afecta a fecha de hoy sólo a tres Estados: Noruega, Liechtenstein e Islandia y constituye hasta la fecha un ideal de participación en el Mercado Interior europeo pero sin pertenecer a la Unión Europea (modelo de integración profunda para países que no quieren pertenecer a la UE – Noruega-, no pueden –Liechtenstein- o están en proceso –Islandia-). No es una unión aduanera pero se han incorporado las 4 libertades y las reglas sobre competencia. Fruto del Acuerdo EEE, más del 80 por 100 del acervo comunitario ha sido adoptado en las legislaciones de estos países. Sobre el complejo entramado institucional del EEE y su imposible exportación a otros áreas Vid., ESCRIBANO, G., “¿Europeización sin Europa? Una reflexión crítica sobre la política de vecindad para el Mediterráneo”, documento de trabajo nº 23 de 16.5.2005, realinstitutoelcano. Sobre el Espacio Económico Europeo, consultar el Informe de Abril de 2001 del Parlamentario europeo STEFAN SCHULZ.

¹⁰¹² La incorporación de la legislación comunitaria se realiza oficialmente mediante la inclusión de las normas en cuestión en la lista de protocolos y anexos del Acuerdo EEE. A partir del 6 de junio de 2011, en el punto 27 del Anexo se sustituye la referencia a la Directiva CEU 94/45 por la Directiva CEU 2009/38, “siempre que se hayan notificado al Comité mixto del EEE todas las notificaciones previstas en el art. 103.1 del Acuerdo EEE (art. 3 de la Decisión del Comité mixto del EEE nº 54/2010). El citado art. 103.1 establece que: “*si se diera el caso de que una decisión del Comité Mixto del EEE pudiera ser vinculante para una Parte Contratante sólo tras el cumplimiento de preceptos constitucionales, dicha decisión, si contiene una fecha, entraría en vigor en dicha fecha, siempre que la Parte Contratante en cuestión hubiera notificado a las demás Partes Contratantes, con anterioridad a la mencionada fecha, el cumplimiento de los requisitos constitucionales*”.

¹⁰¹³ El art. 106 del Acuerdo EEE prevé que, “*respetando plenamente la independencia de los*

de vigilancia y de resolución de litigios. En este sentido, tanto la Comisión, como el TJUE como otros órganos específicos, en concreto el órgano de Vigilancia y el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio (AECL¹⁰¹⁴) garantizan que la legislación se aplique plenamente y de forma coherente¹⁰¹⁵.

En segundo lugar, es significativo atender a la transitoria exclusión británica del ámbito de aplicación de la antigua Directiva CEU 1994. Es a partir de la aprobación de la Directiva de extensión 97/74/CE, cuando la Directiva CEU es de aplicación en el Reino Unido. La re-inclusión de Reino Unido al acervo social comunitario, que se produjo formalmente con la adopción del Tratado de Ámsterdam de 1997, supuso una ampliación en ámbito de aplicación de la Directiva CEU 1994¹⁰¹⁶. Y así, a partir de la fecha tope de transposición de la Directiva de extensión, el 15 de diciembre de 1999, la Directiva CEU iba a ser de aplicación también con respecto al Reino Unido, obligando a modificar las normas internas de ejecución de Directiva CEU, especialmente en punto a la composición del grupo especial de negociación. Además, a partir de dicha fecha, los trabajadores en territorio británico también entrarían en el cómputo mínimo que ha de determinar su condición de empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria. Cuestión distinta es que no parece que se obligara a re-

tribunales, el Comité Mixto del EEE establecerá un sistema de intercambio de información sobre las resoluciones dictadas por el Tribunal de la AELC, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas y los tribunales de última instancia de los Estados de la AELC". En el Protocolo 34 del EEE se establecen las disposiciones relativas a la posibilidad de que un Estado de la AELC permita a un órgano jurisdiccional solicitar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que se pronuncie sobre la interpretación de una norma del EEE.

¹⁰¹⁴ Las sentencias del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio pueden consultarse en eftacourt.int. No he encontrado ninguna sobre Directiva CEU, ni sobre información y consulta a los trabajadores.

¹⁰¹⁵ SCHULZ, S., Informe de abril de 2001..", cit. p. 4.

¹⁰¹⁶ La Directiva CEU 1994 encontró su fundamento jurídico en el artículo 2.2 del Acuerdo sobre política social de 1992. Ello tuvo como resultado que se aprobara la Directiva CEU el 22 de septiembre de 1994 sin la oposición del voto británico y que la norma no fuera de aplicación en este Estado miembro. La re-incorporación del Reino Unido a la aplicación del acervo social comunitario se produjo, formalmente al menos, con la incorporación del Acuerdo sobre política social de 1992 al Derecho originario de la mano del Tratado de Ámsterdam en 1997. Si bien existían varios mecanismos legales posibles para articular la futura incorporación del Reino Unido al acervo social comunitario. "New Labour government will end UK opt-out form EWC Directive", European Works Councils Bulletin (EWCB), nº 10, mayo-junio 1997; "Amsterdam summit may accelerate EWC legislation in the UK", EWCB, nº 11 julio-agosto 1997; y "What will the opt-in mean? Implications for British Trade Unions and companies" Confederación sindical TUC, agosto 1997.

negociar los acuerdos existentes al objeto de dar cabida un nuevo Estado miembro, sino que, durante un plazo transitorio de dos años¹⁰¹⁷, fue facultativo para las partes contratantes decidir conjuntamente la re-negociación de dichos acuerdos¹⁰¹⁸.

En tercer lugar, con ocasión de la adhesión de Bulgaria y Rumania a la Unión Europea a partir del 1 de enero de 2007¹⁰¹⁹ y con carácter previo a la misma, se aprobó una Directiva 2006/109/CE de adaptación. Esta Directiva supuso una nueva ampliación en el ámbito de aplicación de la entonces vigente Directiva CEU 1994, en términos similares a los ya comentados con ocasión de la Directiva 97/74/CE de extensión al Reino Unido: inclusión de trabajadores en el cómputo y nueva modificación en la composición del grupo especial de negociación, art. 5.2.b¹⁰²⁰. Esta última regla ha sido de nuevo modificada en la vigente Directiva CEU 2009¹⁰²¹. A su vez, la reciente incorporación de la

¹⁰¹⁷ Desde la fecha de entrada en vigor de la Directiva de extensión 97/74/CE (15 de diciembre de 1997) y su fecha tope de transposición, 15 de diciembre de 1999.

¹⁰¹⁸ Arts. 3 y 4 de la Directiva 97/74/CE. Art. 3: “1.- Las obligaciones a que dará lugar la presente Directiva no se aplicarán a las empresas de dimensión comunitaria ni a los grupos de empresa de dimensión comunitaria que, únicamente en virtud del art. 1 (aplicación a Reino Unido), entren en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, a condición de que, en la fecha fijada en el apartado 1 del artículo 4 (15 de diciembre de 1999) o en la fecha de su transposición en el Estado miembro en cuestión, en caso de que sea anterior a dicha fecha, ya exista un acuerdo aplicable al conjunto de los trabajadores que prevea la información y consulta transnacional a los mismos; 2.- Cuando expiren los acuerdos a que hace referencia el apartado 1, las partes de dichos acuerdos podrán decidir conjuntamente su renovación. Cuando éste no sea el caso, se aplicará la Directiva 94/45/CE, tal como ha sido ampliada por la presente Directiva”. Art. 4: “1.- Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 15 de diciembre de 1999 o se asegurarán de que, a más tardar en esa fecha, la dirección y los trabajadores introduzcan las disposiciones requeridas mediante un acuerdo, estando los Estados miembros obligados a adoptar todas las disposiciones necesarias que les permitan garantizar en todo momento los resultados impuestos por la presente Directiva. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión; 2.- cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia”.

¹⁰¹⁹ El Tratado de adhesión de Bulgaria y Rumania fue firmado en Luxemburgo el 25 de abril de 2005, DO L 157 de 21.6.2005. Vid., ANDREEV, S. A., “Bulgaria y Rumania en la UE: ¿Fin de la carrera o aún más obstáculos por delante?”, Real Instituto Elcano, ARI nº 126/2006 de 15.2.2007.

¹⁰²⁰ El anterior art. 5.2.b Directiva CEU 1994 establecía que “el grupo especial de negociación estará compuesto por un mínimo de 3 miembros y un máximo de 17”, 18 a partir de la Directiva 97/74. Esta disposición fue sustituida a partir de la Directiva 2006/109 por la siguiente redacción: “un mínimo de tres miembros y un máximo igual al número de Estados miembros”. Esta disposición ha sido modificada en la Directiva CEU 2009 (*Infra*, cap. 4º, apartado II.3.1.4).

¹⁰²¹ En el actual art. 5.2.b de la Directiva CEU 2009 se establece: “los miembros de la comisión negociadora serán elegidos o designados en proporción al número de trabajadores empleados

República de Croacia a la Unión Europea el 1 de julio de 2013, viene a significar una nueva ampliación en el ámbito de aplicación de la Directiva CEU. Si bien, aunque hasta la fecha no se ha aprobado una Directiva de adaptación a la Directiva CEU 2009, por indicación del artículo 46 del Acta relativa a las condiciones de la adhesión, la República de Croacia es destinataria de las Directivas y decisiones definidas en el artículo 288 del TFUE¹⁰²². Presumiblemente se dictará en el futuro una nueva Directiva de adaptación en términos similares a los previstos con ocasión de la incorporación de Bulgaria y Rumania.

4.- La Sociedad anónima europea en virtud del Reglamento y de la Directiva SE 2001.- Si los ámbitos de aplicación de las Directivas marco 2002 y CEU 2009, se determinan a partir de los conceptos de centro de trabajo y empresa y empresas y grupo de empresas de dimensión comunitaria, respectivamente, la Directiva SE 2001 va dirigida a un nuevo tipo de organización empresarial, la Sociedad Anónima Europea (SE). El ámbito de aplicación de la Directiva SE 2001 es la Sociedad anónima europea, y la Directiva SE 2001 se remite al Reglamento SE para su definición (art. 2.a Directiva SE)¹⁰²³. La aprobación del Estatuto jurídico de la Sociedad anónima europea en 2001 significó el reconocimiento a nivel europeo de un nuevo tipo societario. La finalidad de la norma está clara: disponer de 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. Sobre todo, porque dicho marco es en gran parte nacional, lo que no se corresponde con el marco económico en el que las empresas desarrollan

en cada Estado miembro por la empresa o el grupo de empresas de dimensión comunitaria, de manera que para cada Estado miembro exista un miembro por cada grupo de trabajadores empleados en ese Estado miembro que represente el 10 por 100 del número de trabajadores empleados en el conjunto de los Estados miembros, o una fracción de dicho porcentaje”.

¹⁰²² Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República de Croacia y a las adaptaciones del TUE, TFUE y Tratado constitutivo de la Comunidad Económica de la Energía Atómica, DO L 112 pp. 21-34 de 24.4.2014. El artículo 288 TFUE define los actos jurídicos de la Unión: Reglamentos, Directivas, Decisiones y Recomendaciones que adoptan las instituciones para ejercer las competencias de la Unión.

¹⁰²³ Art. 2.a Directiva SE: “SE: toda sociedad constituida con arreglo al Reglamento (CE) nº 2157/2001”.

sus actividades y puede dificultar las operaciones entre sociedades sometidas a legislaciones de varios Estados miembros. Ahora bien, constituir una Sociedad anónima europea siempre es facultativo para una sociedad o empresa. Esta voluntariedad es un factor decisivo y determinante, que marca la diferencia en la regulación de la Directiva SE y de la Directiva CEU, a pesar de que ambas regulan derechos participativos de ámbito transnacional. Interesa analizar las siguientes cuestiones: 1.- concepto y régimen jurídico de la Sociedad anónima europea (apartado 4.1); 2.- constitución de la Sociedad anónima europea (apartado 4.2); 3.- estructura de la Sociedad anónima europea (apartado 4.3); 4.- inscripción y registro de la Sociedad anónima europea e implicación de los trabajadores (apartado 4.4); 5.- traslado transnacional del domicilio social (apartado 4.5); y 6.- ámbito de aplicación territorial de la normativa (apartado 4.6).

4.1.- Concepto y régimen jurídico de la Sociedad anónima europea.-

La doctrina ha definido a la Sociedad anónima europea como una sociedad anónima de régimen mixto, nacional y comunitario, como un peculiar híbrido de derecho comunitario y nacional, especialmente facultada para realizar operaciones societarias transnacionales dentro de la Unión Europea¹⁰²⁴. La Sociedad anónima europea está dotada de un Estatuto de reglas jurídicas uniformes relativas a: unidad geográfica, capital social mínimo, domicilio social y traslado, denominación social, registro, inscripción y baja, constitución, estructura cuentas anuales y consolidadas, disolución, liquidación e insolvencia y suspensión de pagos. Esas reglas se articulan a partir de una compleja jerarquía de fuentes detallada en el Reglamento (art. 9)¹⁰²⁵.

¹⁰²⁴ MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DUEÑAS, A., *La sociedad anónima europea...* cit., p. 36 y p. 97; CASAS BAAMONDE, M. E., "La implicación de los trabajadores...", cit., p. 362; ESTEBAN VELASCO, G., "El compromiso de Niza: por fin, la sociedad europea", *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, nº 16, 2001, p. 146.

¹⁰²⁵ El art. 9 Reglamento SE: "1.- Las Sociedades anónimas europeas se registrarán: a) por lo dispuesto en el presente Reglamento; b) cuando el presente Reglamento lo autorice expresamente, por las disposiciones de los estatutos de la Sociedad anónima europea; o c) respecto de las materias no reguladas por el presente Reglamento o, si se trata de materias reguladas sólo en parte, respecto de los aspectos no cubiertos por el presente Reglamento: i) por las disposiciones legales que adopten los Estados miembros en aplicación de medidas comunitarias que se refieran específicamente a las Sociedades anónimas europeas; ii) por 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 el que la Sociedad

La Sociedad anónima europea se va a regir por lo dispuesto en el Reglamento SE y en sus propios Estatutos, cuando lo autorice este Reglamento, pero, principalmente, la mayor parte de su régimen jurídico, se encuentra en los derechos nacionales. Por indicación del Reglamento SE (art. 3.1¹⁰²⁶), la Sociedad anónima europea va a quedar sometida a la legislación del Estado miembro, es decir, a la norma interna de transposición, donde radique su domicilio social. Es por ello que la normativa contenida en el Título I del Reglamento SE, relativa a los rasgos configuradores de la Sociedad anónima europea, tiene carácter minoritario respecto a los rasgos que adquiere la misma al incorporar las especificidades del derecho nacional del Estado miembro en que tenga su domicilio social. A su vez, puesto que la elaboración del Estatuto jurídico de la Sociedad anónima europea se ha realizado en paralelo con la armonización del Derecho de sociedades (*Supra*, cap. 2º, apartado V.2.3), el Reglamento SE ha podido dejar aspectos sin tratar porque es posible remitirse para su regulación a las materias ya armonizadas por el Derecho societario europeo, en concreto, en materias como: el capital social, las acciones, las obligaciones, inscripción registral, la publicidad, la responsabilidad de los miembros de los órganos de dirección, control o administración, la organización y el funcionamiento de la Junta general y los procedimientos de votación, entre otras. Como señala la doctrina: “al cabo de los años, la armonización del Derecho de sociedades ha sido la tabla de salvación que ha permitido sacar adelante el régimen de la Sociedad anónima europea, pues éste se apoya, vía remisión, en

anónima europea tenga su domicilio social; iii) por las disposiciones de los estatutos, 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. 2.- Las disposiciones legales que adopten los Estados miembros específicamente para las sociedad anónimas europeas deberán ser conformes con las Directivas aplicables a las sociedades anónimas a que se refiere el anexo I. 3.- Si el carácter de la actividad que desarrolle una sociedad anónima europea estuviere regulado por disposiciones específicas de leyes nacionales, dichas leyes serán plenamente aplicables a la sociedad”.

¹⁰²⁶ Art. 3.1 Reglamento SE: “A los efectos de los apartados 1, 2 y 3 del art 2 –constitución de SE por fusión, SE *holding* o SE filial o filial común- se considerará que la Sociedad anónima europea es una sociedad anónima regulada por el ordenamiento jurídico del Estado miembro en el que tenga su domicilio social”. Pueden verse también, el art. 9 sobre jerarquía de fuentes; art. 10 sobre igualdad de trato entre una sociedad anónima nacional y una Sociedad anónima europea según la legislación nacional; y art. 15.1: “Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, la constitución de una Sociedad anónima europea se regirá por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado en que la Sociedad anónima europea fije su domicilio social”.

las normas nacionales y, especialmente, en las que son fruto de la transposición de las Directivas societarias¹⁰²⁷.

Según lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento SE, la Sociedad anónima europea es una sociedad anónima de capital dividido en acciones, que ha de contar con un capital social mínimo de 120.000 euros (art. 4.2) que garantice a este tipo de sociedad una “*dimensión razonable*” (Considerando nº 13, Preambulo) y que se somete a un régimen jurídico complejo en el que prevalece la norma nacional de transposición de la normativa sobre la Sociedad anónima europea del Estado miembro en el que ésta radique su domicilio social. Además, como se dirá, en virtud del principio de sede efectiva, el domicilio social debe estar situado en el mismo Estado miembro en el que la sociedad tenga su administración central (*Infra, cap. 3º, apartado II.4.2.2*). Por lo demás, la Sociedad anónima europea se ha de inscribir en el registro correspondiente del Estado miembro donde radique su domicilio social, al no existir ningún registro común europeo, que si estaba previsto en la propuesta de Reglamento SE de 1970 (*Supra, cap. 2º, apartado III.1*). No podrá registrarse ninguna Sociedad anónima europea si se han incumplido las disposiciones de la Directiva SE sobre implicación de los trabajadores en la misma (art. 12.2 Reglamento SE)¹⁰²⁸.

4.2.- Constitución de la Sociedad anónima europea.- El Reglamento SE deja claro que no se puede crear una Sociedad anónima europea *ex nihilo*, sino que se debe partir de la preexistencia de otras sociedades o entidades interesadas en participar en el proceso de constitución. Tampoco pueden participar personas físicas *ab initio* en la constitución de una Sociedad anónima europea, aunque si podrán adherirse a ella posteriormente. En punto a la constitución de la Sociedad anónima europea interesa abordar las siguientes cuestiones: 1.- los conceptos de sociedad participante, filial de sociedad y filiales

¹⁰²⁷ FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, I., “El futuro de sociedades en Europa: a propósito del Estatuto de la Sociedad anónima europea”, *La Ley: Revista jurídica, española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 2002, p. 1906, citado por MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DUEÑAS, A., *La sociedad anónima europea.*”, cit., p. 25.

¹⁰²⁸ Art. 12.2 Reglamento SE: “No podrá registrarse ninguna Sociedad anónima europea salvo que se haya celebrado 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 celebrado ningún acuerdo”.

o establecimientos afectados (apartado 4.2.1); 2.- a la exigencia de la nacionalidad comunitaria de las sociedades participantes y al principio de sede efectiva (apartado 4.2.2); y 3.- a los modos de constitución de la Sociedad anónima europea (apartado 4.2.3).

4.2.1.- Los conceptos de sociedad participante, filial de una sociedad y filiales o establecimientos afectados. La Directiva SE define el concepto de sociedad participante, relativo a *“toda sociedad que participe directamente en la constitución de una Sociedad anónima europea”* (art. 2.b). Define también la Directiva SE lo que ha de entenderse por filial o establecimiento afectado, que lo será aquél que forme parte de una sociedad participante que, según el proyecto -de constitución, de fusión, de transformación o de traslado-, vaya a ser filial o establecimiento de la Sociedad anónima europea en el momento de su constitución (art. 2.d). Por último, para definir filial de una sociedad, la Directiva SE establece que lo es una empresa sobre la cual dicha sociedad ejerce una influencia dominante (art. 2.c); y para saber cuando una empresa ejerce una influencia dominante sobre otra, la Directiva SE se remite expresamente a lo dispuesto en la Directiva CEU en punto a la definición del grupo de empresas a partir de la determinación de la empresa que ejerce el control (*Supra, cap. 3º, apartado II.3.1*)

4.2.2.- Nacionalidad comunitaria de las sociedades participantes y el principio de sede efectiva.- Sólo pueden participar en la constitución de una Sociedad anónima europea, sociedades de nacionalidad comunitaria, es decir, de nacionalidad de uno de los Estados miembros. Se exige, además, que el domicilio social y la administración central estén *“en la Comunidad”¹⁰²⁹*. El Reglamento SE acoge, en este sentido, el principio de sede efectiva, que significa que la administración central y el domicilio social deben encontrarse en el territorio de un mismo Estado miembro, pero deja libertad a los legisladores internos para que adicionalmente exijan que el domicilio social y la

¹⁰²⁹ Art. 7 Reglamento SE: *“El domicilio social de la Sociedad anónima europea deberá estar situado dentro de la Comunidad, en el mismo Estado miembro que su administración central. Además, los Estados miembros podrán imponer a las sociedades anónimas europeas registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio social en el mismo lugar”*.

administración central estén situadas en el mismo lugar físico. En caso de incumplimiento del principio efectiva, deberá regularizarse la situación según lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento¹⁰³⁰. El artículo 2.5 Reglamento SE prevé la posibilidad de que los Estados miembros autoricen a participar en el proceso de constitución de una Sociedad anónima europea a sociedades que no tengan su administración central en la Unión Europea, exigiéndoles en tal caso: que la sociedad se hubiera constituido conforme al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, que tenga su domicilio social en ese mismo Estado miembro y que tenga una *“vinculación efectiva y continua”* con la economía del mismo¹⁰³¹. La Exposición de motivos del Reglamento SE (punto 23) aclara que *“la vinculación efectiva y continua debe interpretarse con arreglo a los principios establecidos en el Programa general de 1962 para la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento. Dicha vinculación existe en particular si una sociedad tiene un establecimiento en dicho Estado miembro y realiza operaciones en el mismo”*.

4.2.3.- Modos de constitución.- La constitución de la Sociedad anónima europea debe ajustarse necesariamente a uno de los cuatro modos previstos en el Reglamento (art. 2). Estas formas de constitución van dirigidas principalmente a sociedades que operan en al menos dos Estados miembros distintos y que tienen una determinada forma jurídica. Se prevén en el Reglamento SE las siguientes formas de constitución de una Sociedad anónima europea: 1.- por fusión de dos o más sociedades anónimas domiciliadas en diferentes Estados miembros (apartado A); 2.- por constitución de una Sociedad anónima europea *holding* (apartado B); 3.- por constitución de una sociedad anónima europea filial

¹⁰³⁰ En este sentido, el artículo 64 del Reglamento SE prevé que el Estado miembro en el que la Sociedad anónima europea tenga su domicilio central adopte las medidas apropiadas para obligar a la sociedad a regularizar su situación en un plazo determinado –bien reimplantando su administración central en el Estado miembro del domicilio social, bien trasladando el domicilio social de la Sociedad anónima europea, según un procedimiento previsto en el art. 8 del Reglamento SE. De no procederse a regularizar la situación, el Estado miembro del domicilio social adoptará las medidas necesarias para que se proceda a la liquidación de la Sociedad anónima europea.

¹⁰³¹ Art. 2.5 Reglamento SE: *“Los Estados miembros podrán disponer que una sociedad que no tenga su administración central en la Comunidad pueda participar en la constitución de una Sociedad anónima europea siempre y cuando esa sociedad esté constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tenga su domicilio social en ese mismo Estado miembro y tenga una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro”*.

o una filial común (apartado C); y 4.- por transformación de una sociedad anónima existente en sociedad anónima europea (apartado D). Se tiene constancia de la existencia de una quinta modalidad, identificada por algún autor¹⁰³², que se desprende de lo dispuesto en el artículo 3.2 del Reglamento SE¹⁰³³ relativo a la constitución de un grupo de Sociedades anónimas europeas y que hace referencia a que una Sociedad anónima europea pueda constituir una o más filiales en forma de Sociedad anónima europea. Se trataría en este caso de una Sociedad anónima europea unipersonal filial de otra Sociedad anónima europea pre-existente, que suscribe el 100 por 100 de las acciones de aquella. Es cuestionable que se trate propiamente de una modalidad de constitución.

A.- Por fusión de dos o más sociedades anónimas domiciliadas en diferentes Estados miembros: se trata de la fusión de sociedades anónimas, relación que figura en el Anexo I del Reglamento, siempre que al menos dos de ellas estén sometidas al ordenamiento jurídico de dos Estados miembros diferentes (art. 2.1). A su vez, en la sección segunda del Título II del Reglamento SE (arts. 17-31), se regulan dos modalidades de la constitución de Sociedad anónima europea por fusión: la fusión por absorción¹⁰³⁴ y la fusión por constitución de nueva sociedad¹⁰³⁵. A partir de ahí, el Reglamento SE detalla reglas puntuales sobre: el proyecto de fusión que deben elaborar los órganos de dirección o de administración de las sociedades que se fusionen (art. 20); la

¹⁰³² MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DUEÑAS, A., *La sociedad anónima europea.*”, cit., p. 54.

¹⁰³³ Art. 3.2 Reglamento SE: *“Una Sociedad anónima europea podrá constituir una o más filiales en forma de Sociedad anónima europea. No se aplicarán a la Sociedad anónima europea filial las disposiciones del Estado miembro del domicilio social de la Sociedad anónima europea filial que exijan que una sociedad anónima tenga más de un accionista. Las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, se aplicarán a la Sociedad anónima europea mutatis mutandis”.*

¹⁰³⁴ Según el artículo 17.2.a del Reglamento SE, el procedimiento de fusión por absorción se realizará conforme al artículo 3.1 de la Tercera Directiva 78/855/CEE sobre fusiones de las sociedades anónimas. Según el artículo 29.1 del Reglamento SE, la fusión por absorción producirá que la sociedad absorbida dejará de existir y la absorbente se convertirá en Sociedad anónima europea.

¹⁰³⁵ Art. 17.2.b Reglamento SE que se remite al artículo 4.1 de la mencionada Tercera Directiva del derechos de sociedades. Según el artículo 29.2 del Reglamento SE, la fusión por constitución de nueva sociedad, las sociedades que se fusionen dejarán de existir.

publicación de datos sobre la fusión (art. 21); la participación de peritos (art. 22); y sobre el control de la legalidad de la fusión (arts. 25-26)¹⁰³⁶.

B.- Por constitución de una Sociedad anónima europea *holding*: se trata de crear un *holding* de empresas, siendo la Sociedad anónima europea la sociedad madre, siempre que al menos dos sociedades, anónimas o de responsabilidad limitadas del Anexo II del Reglamento, estén sujetas a los ordenamientos jurídicos de distintos Estados miembros o tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro, por lo menos dos años antes (art. 2.2). Lo peculiar de este modo de constitución de una Sociedad anónima europea es que las sociedades participantes conservan su personalidad jurídica, pues la constitución de una Sociedad anónima europea *holding* no comporta la disolución de las sociedades fundadoras (art. 32.1)¹⁰³⁷. La constitución de una Sociedad anónima europea *holding* requiere en todo caso de la elaboración de un proyecto de constitución y de un informe regulados en el artículo 32.2 Reglamento SE. El proyecto de constitución se someterá a la aprobación de la Junta general de cada una de las sociedades que promuevan la operación (art. 32.6). La sociedad quedará constituida si en el plazo de tres meses los accionistas o tenedores de participaciones de las sociedades que promueven la aportación, aportan en porcentaje mínimo de acciones o participaciones de cada sociedad fijado en dicho proyecto de constitución (art. 33.2).

C.- Por constitución de una Sociedad anónima europea filial o una filial común: se trata de que determinadas sociedades, las previstas en el

¹⁰³⁶ Según el artículo 25 del Reglamento SE el control de la legalidad de la fusión se efectuará con arreglo a la legislación sobre fusiones de sociedad anónimas aplicable en el Estado miembro de su domicilio. Un Tribunal, notario u otra autoridad competente expedirá un certificado que acredite los actos y trámites previos a la fusión.

¹⁰³⁷ INSA PONCE DE LEÓN, F. L., *La implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 213. Técnicamente y según el peculiar modelo previsto en el Reglamento SE, la sociedad *holding* resulta de la transmisión de acciones o participaciones de las sociedades promotoras a la Sociedad anónima europea *holding*, que pasa a convertirse, precisamente al ser el socio mayoritario en la sociedad que ejerce el control sobre aquellas ahora convertidas en filiales. 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 Sociedad anónima europea deberá ser superior al 50 por 100 de los derechos de voto permanente.

artículo 54 TFUE¹⁰³⁸, así como otras de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, y con domicilio social y administración central en la Unión Europea, formen una Sociedad anónima europea. Según lo dispuesto en el Reglamento SE, podrán constituir una Sociedad anónima europea filial entre ellas siempre que al menos dos de ellas: a.- estén sujetas a ordenamientos jurídicos de Estados miembros distintos o b.- tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro por lo menos dos años antes (art. 2.3). El Reglamento SE reenvía la regulación sobre la constitución de una Sociedad anónima europea filial o una filial común a lo dispuesto en los derechos nacionales sobre la constitución de una filial en forma de sociedad anónima (art. 36). Este es el único modo de constitución de Sociedad anónima europea en el que pueden participar entidades; es decir, se trata de un modo abierto de constitución que permite la participación como promotoras de la Sociedad anónima europea tanto a sociedades como a entidades.

D.- Por transformación de una sociedad anónima existente en Sociedad anónima europea: se trata de una operación de autotransformación, de transformar una sociedad anónima existente en Sociedad anónima europea, siempre que esta operación no implique, ni la disolución ni la creación de una nueva persona jurídica (art. 37.2). Para poder transformarse en Sociedad anónima europea, la sociedad anónima debe haber tenido una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos dos años (art. 2.4). Para llevar a cabo la transformación, los órganos de administración o de dirección deben elaborar un proyecto y un informe de transformación en el que se expliquen y justifiquen los aspectos jurídicos y económicos de la transformación y las consecuencias para accionistas y trabajadores (art. 37.4). Además, en atención al principio de sede efectiva, el Reglamento SE prohíbe

¹⁰³⁸ El artículo 48 TCE mencionado en el Reglamento SE no ha sido modificado por el Tratado de Lisboa. Su contenido permanece en el actual artículo 54 TFUE: *“Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedará equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo”.*

que con motivo de la transformación se traslade el domicilio social de la Sociedad anónima europea de un Estado miembro a otro (art. 37.3). En este punto, la normativa intenta que la transformación de una sociedad anónima en Sociedad anónima europea no se utilice para eludir normativa nacional sobre traslado de domicilio social. Sin embargo, posteriormente, una vez constituida y registrada, la Sociedad anónima europea podría utilizar el mecanismo del artículo 8 del Reglamento, para realizar un cambio transnacional de domicilio social de la Sociedad anónima europea (*Infra, cap. 3º, apartado II.4.5*).

4.3.- Estructura de la Sociedad anónima europea.- La Sociedad anónima europea va a contar necesariamente, según lo dispuesto en el Reglamento SE, con una Junta general de accionistas (arts. 52-60 Reglamento SE)¹⁰³⁹ y con una estructura de gobierno que admite tanto el sistema dualista o dual -órgano de control y órgano de dirección-, como el sistema monista -órgano de administración). La opción por uno de estos dos sistemas debe constar en los Estatutos de la SE (art. 38). El actual sistema de gobierno de la Sociedad anónima europea permite, siguiendo tendencias actuales del Derecho de sociedades, mayor flexibilidad a la hora de regular los órganos de gobierno y en este sentido son los propios promotores de una Sociedad anónima europea los que optan, en los Estatutos de la misma, por un sistema dual o monista de organización societaria. Los legisladores internos no pueden imponer ninguno de los dos sistemas y deben adoptar las medidas oportunas en relación con la Sociedad anónima europea cuando en su Estado miembro no esté previsto uno de los dos sistemas de gobierno (arts. 39.5 y 43.4).

4.3.1.- Sistema dual.- Bajo este sistema, por un lado, el órgano de dirección es el encargado de la gestión de la Sociedad anónima europea (art. 39.1) y, por otro, el órgano de vigilancia o control se dedicará a controlar al órgano de dirección; en concreto, los miembros del órgano de dirección o gestión

¹⁰³⁹ La Junta general se deberá reunir al menos una vez al año dentro de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio (art. 54.1). Podrá ser convocada en todo momento por el órganos de dirección, de administración o control, con arreglo a la legislación nacional aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio de la Sociedad anónima europea (art. 54.2). A salvo de disposiciones específicas previstas en esta sección (arts. 52-60), la organización, desarrollo de la Junta general así como sus procedimientos de votación se regirán por la legislación aplicable a las sociedades anónimas del Estado miembro del domicilio social de la Sociedad anónima europea.

son nombrados y/o revocados por el órgano de control (art. 39.2). Es el sistema típico de las empresa alemanas (*Supra, cap. 2º, apartado II.3*). La doctrina ha señalado que el Reglamento SE muestra una preferencia por el sistema dualista, que se aprecia en lo dispuesto en el artículo 43.1 del mismo, artículo define el sistema monista e indica a los Estados miembros que pueden acogerse a los principios de este sistema. Según este artículo, *“todo Estado miembro podrá estipular que el responsable de la administración corriente sea uno o más consejeros delegados..”*, dando a entender que, cuando la Sociedad anónima europea adopte el sistema monista, se puede imponer que se relegue la labor de los miembros restantes a ejercer un mero control sobre los que dirigen el día a día de la sociedad. De esta forma se aproxima forzosamente a la lógica del sistema monista a los principios del sistema dual¹⁰⁴⁰. En todo caso, serán los Estatutos de la Sociedad anónima europea los que fijen el número de miembros, o las normas para su determinación, en cada uno de esos dos órganos, pudiendo establecerse números mínimos, máximos o ambos (arts. 39.4 y 40.3). Los miembros del órgano de control son nombrados por la Junta General (art. 40.1). Y, ya se ha dicho, los miembros del órgano de dirección son nombrados por el órgano de control (art. 39.2).

En cuanto al funcionamiento empresarial en el sistema dual, el órgano de dirección debe informar al órgano de control al menos cada tres meses sobre los asuntos de la Sociedad anónima europea y su evolución previsible (art. 41.1) y, además, tiene derecho a disponer de toda la información necesaria para el ejercicio de su labor de control (art. 41.3). El órgano de control elegirá un Presidente de entre sus miembros. En caso de que la mitad de sus miembros hayan sido designados por los trabajadores, será elegido como Presidente un miembro designado por la Junta general de accionistas (art. 42).

4.3.2.- Sistema monista.- Como se ha dicho, este sistema se caracteriza frente al dual o dualista porque existe un único órgano de administración de la Sociedad anónima europea que se encarga de su gestión (art. 43.1 Reglamento SE). Los Estatutos fijarán el número de miembros o las normas para su determinación (art. 43.2) pero deberá ser un mínimo de tres miembros cuando

¹⁰⁴⁰ MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DUEÑAS, A., *La sociedad anónima europea..*, cit., p. 82.

la participación de los trabajadores esté organizada de conformidad con la Directiva SE 2001 (art. 43.2, segundo párrafo, Reglamento SE). También el órgano de administración debe reunirse como mínimo cada tres meses y analizar la marcha de la Sociedad anónima europea y su evolución previsible (art. 44.1 Reglamento SE). De igual manera que en el sistema dualista, en caso de que la mitad de sus miembros hayan sido designados por los trabajadores, será elegido como Presidente del órgano de administración, un miembro designado por la Junta general de accionistas (art. 45 Reglamento SE).

4.3.3.- Normas comunes a ambos sistemas.- Los artículos 46-51 del Reglamento SE establecen una serie de normas comunes a ambos sistemas que son básicamente las siguientes: a.- la duración de los mandatos: los miembros se eligen por un periodo fijado en los Estatutos que no puede exceder de seis años¹⁰⁴¹; b.- las operaciones de los órganos de dirección, en el sistema dualista, o de administración, en el sistema monista, que requieren autorización, y que se enumeraran en los Estatutos¹⁰⁴²; c.- normas relativas al quórum y la toma de decisiones¹⁰⁴³; d.- deber de secreto de los miembros de los órganos (art.

¹⁰⁴¹ Art. 46.1 Reglamento SE. Ahora bien, el apartado segundo del artículo 46 establece que excepto en caso de restricciones establecidas en los Estatutos, los miembros podrán ser nombrados nuevamente una o más veces por el periodo fijado en los mismos.

¹⁰⁴² Art. 48 Reglamento SE: “1.- Los estatutos de la Sociedad anónima europea enumerarán las categorías de operaciones que requieran que el órgano de dirección reciba una autorización del órgano de control, en el sistema dual, o una decisión expresa del órgano de administración en el sistema monista. 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. 2.- Los Estados miembros podrán determinar las categorías de operaciones que deban como mínimo figurar en los estatutos de las Sociedades anónimas europeas que estén registradas en su territorio”.

¹⁰⁴³ Art. 50 reglamento SE: 1.-Salvo en los casos en que el presente Reglamento o los estatutos dispongan otra cosa, las normas internas relativas al quórum y a la toma de decisiones de los órganos de la SE serán las siguientes: a) quórum: al menos la mitad de los miembros deberán estar presentes o representados; b) toma de decisiones: se hará por mayoría de los miembros presentes o representados. 2.- A falta de disposición estatutaria al respecto, el presidente de cada órgano tendrá voto de calidad en caso de empate. No obstante, no podrá existir ninguna disposición estatutaria en sentido contrario cuando la mitad del órgano de control esté compuesta por representantes de los trabajadores. 3.- Cuando la participación de los trabajadores esté organizada con arreglo a lo dispuesto en la Directiva 2001/86/CE, los Estados miembros podrán disponer que el quórum y la toma de decisiones del órgano de control queden sujetos, no obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2, a las normas aplicables, en las mismas condiciones, a las sociedades anónimas constituidas con arreglo al Derecho del Estado miembro de que se trate.”

49 Reglamento SE)¹⁰⁴⁴; y e.- responsabilidad por incumplimiento de disposiciones legales, estatutarias o de cualquier otro tipo inherente a sus funciones (art. 51 Reglamento SE)¹⁰⁴⁵.

4.4.- Inscripción y registro de la Sociedad anónima europea e implicación de los trabajadores.- No podrá registrarse ninguna Sociedad anónima europea si se han incumplido las disposiciones de la Directiva SE sobre implicación de los trabajadores en la misma (art. 12.2 Reglamento SE)¹⁰⁴⁶. Así, el momento de la inscripción de la Sociedad anónima europea, que ha de producirse en el registro del domicilio social de la misma (art. 16.1 Reglamento SE), deviene como fundamental por dos motivos: primero, porque la inscripción es constitutiva y, a partir de ella, y no de la posterior publicación del hecho inscrito, la sociedad adquiere personalidad jurídica; segundo, porque, además, el momento de la inscripción es el momento de comprobar si se ha cumplido o no con las normas relativas a la implicación de los trabajadores. En este sentido, el acuerdo de implicación debe formar parte del proyecto de constitución de una Sociedad anónima europea (arts. 20.1.i y 32.2 Reglamento SE)¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁴ Art. 49 Reglamento SE: “Los miembros de los órganos de una Sociedad anónima europea estarán obligados a no divulgar, incluso después del cese en sus funciones, las informaciones de que dispongan sobre la Sociedad anónima europea 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”.

¹⁰⁴⁵ Art. 51 Reglamento SE: “Los miembros del órgano de dirección, de control o de administración responderán, según las disposiciones del Estado miembro donde esté domiciliada la Sociedad anónima europea aplicables a las sociedades anónimas, del perjuicio sufrido por la Sociedad anónima europea debido al incumplimiento por parte de éstos de las obligaciones legales, estatutarias o de cualquier otro tipo inherentes a sus funciones”.

¹⁰⁴⁶ Art. 12.2 Reglamento SE: “No podrá registrarse ninguna Sociedad anónima europea salvo que se haya celebrado 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 celebrado ningún acuerdo”.

¹⁰⁴⁷ El art. 20.1.i Reglamento SE, relativo a la constitución de SE por fusión, establece que el proyecto de fusión debe contener “información sobre los procedimientos mediante los cuales se determinen las condiciones de implicación de los trabajadores de conformidad con la Directiva 2001/86/CE”. El artículo 32.2 del Reglamento, relativo al proyecto de constitución de Sociedad anónima europea mediante creación de una SE *holding*, se remite en este punto a lo dispuesto en el artículo 20.

Con carácter previo a dicha inscripción, también el Reglamento SE se preocupa por dejar clara la obligatoriedad de las disposiciones de la Directiva SE relativas a la implicación de los trabajadores en la misma. En este sentido, el artículo 12.4 del Reglamento establece que los Estatutos no pueden ser, en ningún caso, contrarios a las disposiciones de la Directiva SE o, en su caso, tendrían que ser modificados¹⁰⁴⁸. Así, de lo dispuesto en el artículo 12.2 del Reglamento SE, que establece que no puede registrarse ninguna Sociedad anónima europea contraviniendo lo dispuesto en la Directiva SE, se deduce que la inscripción no podrá producirse en tres supuestos:

a.- Si no se ha celebrado un acuerdo de implicación de los trabajadores previsto en el artículo 4 de la Directiva SE. Como se verá (*Infra, cap. 4º, apartado II.3.2*) este acuerdo de implicación será negociado entre los órganos competentes de la sociedad participantes en la constitución de una Sociedad anónima europea y una comisión negociadora. Como peculiaridad, cuando la Sociedad anónima europea se constituya mediante transformación, el acuerdo deberá respetar un nivel de implicación equivalente al ya existente en la sociedad que vaya a transformarse en Sociedad anónima europea (art. 4.4. Directiva SE)

b.- Si se ha tomado la decisión de no iniciar las negociaciones o poner fin a éstas prematuramente. En este punto, la Directiva regula la mayoría necesaria para decidir que no se inicien o que se terminen las negociaciones (art. 3.6, segundo párrafo, Directiva SE) y establece que en estos casos deben aplicarse las disposiciones relativas a derechos de información y consulta vigentes en los Estados miembros en que la Sociedad anónima europea tenga trabajadores (art. 3.6, primer párrafo, Directiva SE).

y c.- si ha expirado el periodo de negociaciones sin alcanzarse un acuerdo. El artículo 5 Directiva SE fija un plazo máximo de duración de las

¹⁰⁴⁸ Art. 12.4 Reglamento SE: “Los Estatutos de las Sociedades anónimas europeas en ningún caso podrán ser contrarios a las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores que se hayan fijado. Cuando en virtud de la Directiva 2001/86/CE se determinen nuevas disposiciones en materia de implicación que sean contrarias a los estatutos existentes, éstos habrán de ser modificados en la medida necesaria. En ese caso, los Estados miembros podrán disponer que el órgano de dirección o el órgano de administración de la Sociedad anónima europea esté facultado para modificar los estatutos sin nuevo acuerdo de la junta general de accionistas”.

negociaciones de seis meses, reconociendo a las partes la posibilidad de decidir de común acuerdo prolongar las negociaciones hasta un máximo de un año, a contar desde la constitución de la Comisión negociadora. Si ha expirado el periodo de negociaciones sin alcanzarse un acuerdo, por indicación del artículo 7. 1 Directiva, se aplicarán unas disposiciones de referencia contenidas en el Anexo de la misma.

Este es el esquema general en punto a las exigencias sobre implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea que deben cumplirse para que la inscripción de la misma sea legítima. Ahora bien, en virtud del modo de constitución de la Sociedad anónima europea (*Supra*, cap. 3º, apartado II.4.2) y de la diferente situación participativa en la que pueden encontrarse las sociedades participantes, la normativa establece determinadas consideraciones, sin perjuicio de un análisis posterior en mayor detalle (*Infra*, cap. 4º, apartados I.3.3.2, I.4.3 y II.3.2). Estas consideraciones iniciales son las siguientes:

Primera.- En el supuesto de una Sociedad anónima europea por fusión o de constitución de una Sociedad anónima europea mediante SE *holding*, las Juntas generales de accionistas de las sociedades participantes pueden reservarse la posibilidad de condicionar el registro de la Sociedad anónima europea a su ratificación expresa sobre las disposiciones en materia de implicación¹⁰⁴⁹.

Segunda.- En el supuesto de una Sociedad anónima europea por fusión, podrá no llegarse a aplicarse las disposiciones de referencia contenidas en el Anexo de la Directiva SE, que incluyen normas sobre participación interna, si así lo decide el Estado miembro en el que dicha Sociedad anónima europea vaya a tener su domicilio social (cláusula *opting-out*)¹⁰⁵⁰. En este caso, se prohibirá el

¹⁰⁴⁹ En este sentido, el artículo 23.2 Reglamento SE con respecto a la constitución de SE por fusión y el artículo 32.6 segundo párrafo del Reglamento SE con respecto a la creación de una SE *holding*.

¹⁰⁵⁰ Como se verá (*Infra*, cap. 4º, apartado I.4.3.3), la cláusula *opting-out* prevista en el artículo 7.3 de la Directiva SE da a los Estados miembros la posibilidad de no aplicar las disposiciones de referencia contenidas en el Anexo de la Directiva relativas a la participación interna para las Sociedades anónimas europeas constituidas mediante fusión. Ello no obstante, el empleo de esta cláusula está muy matizado por el artículo 12.3 del Reglamento SE, que condiciona el registro de una Sociedad anónima europea en un Estado que haya ejercitado el *opting-out* a que se alcance un acuerdo que incluya fórmulas de participación de los trabajadores o bien, a que

registro de esta Sociedad anónima europea salvo en dos supuestos: a.- que ninguna de las sociedades participantes en la fusión hubiera estado sujeta a normas sobre participación interna antes de la inscripción; o b.- que se hubiera celebrado un acuerdo de implicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva¹⁰⁵¹.

Tercera.- En cuanto a las Sociedades anónimas europeas constituídas por transformación, los Estados miembros, en su respectiva norma nacional de transposición, pueden poner como condición a la transformación, que se pronuncie favorablemente sobre ella, por mayoría cualificada o por unanimidad, el órgano en el que esté organizada la participación de los trabajadores¹⁰⁵². En cualquier caso, la nueva Sociedad anónima europea auto-transformada debe asumir los derechos y obligaciones de la antigua sociedad anónima en materia de empleo y relaciones laborales¹⁰⁵³.

4.5.- Traslado transnacional del domicilio social.- Como se dijo (*Supra*, cap. 3º, apartado II.4.2.2), el Reglamento SE opta por el criterio de sede efectiva, al no permitir que la administración central y el domicilio social de la Sociedad anónima europea se encuentren en distintos Estados miembros. Además, los

las sociedades nacionales partícipes en la constitución de una Sociedad anónima europea no estuvieran antes afectadas por régimen de participación interna alguno.

¹⁰⁵¹ Artículo 12.3 del Reglamento SE en relación con el artículo 7.3 de la Directiva SE. CASAS BAHAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores...”, cit., p. 363; ORTÍZ LALLANA, M. C., “La participación de los trabajadores..” cit., p. 88. La constitución de una Sociedad anónima europea por vía de fusión puede afectar a los sistemas de implicación de forma más intensa que la constitución de una SE *holding* o de una SE filial común, toda vez que las sociedades fundadoras, o al menos alguna de ellas, se ven abocadas a desaparecer como entidades jurídicas autónomas, arrastrando con ellas los regímenes de participación existentes en su seno, si los hubiere. Este efecto no se produce en la SE *holding* que supone el mantenimiento de las sociedades que la constituyen como personas jurídicas diferenciadas -aun cuando el centro de decisión real del nuevo grupo encabezado por la Sociedad anónima europea pueda desplazarse-, ni tampoco en la SE filial común -aun cuando puede acoger las actividades y la plantilla del grupo-.

¹⁰⁵² Art. 37.8 del Reglamento SE: “*Los Estados miembros podrán condicionar la transformación a una votación favorable, por mayoría cualificada o por unanimidad, celebrada en el órgano de la sociedad que debe transformarse en el que esté organizada la participación de los trabajadores*”.

¹⁰⁵³ Art. 37.9 Reglamento SE: “*Los derechos y obligaciones de la sociedad que vaya a transformarse en Sociedad anónima europea en materia de términos y condiciones de empleo derivados de la legislación y práctica nacionales, de los contrato de trabajo individuales o de las relaciones laborales existentes en el día de la inscripción se transferirán, en razón de dicho registro a la Sociedad anónima europea*”.

Estados miembros en su norma nacional de transposición pueden imponer a las Sociedades anónimas europeas registradas en su territorio, la obligación de situar la administración central y el domicilio en el mismo lugar¹⁰⁵⁴. En cualquier caso, fijado el domicilio social de la Sociedad anónima europea en un Estado miembro determinado, la normativa permite que dicho domicilio social puede trasladarse a otro Estado miembro. Precisamente, entre los objetivos o ventajas declaradas establecidos por el informe CIAMPI con respecto a la regulación de la Sociedad anónima europea se encontraba, no sólo realizar fusiones transfronterizas de empresas en el ámbito de la Unión, sino también la posibilidad de cambiar la sede transnacional de las mismas; ambos objetivos como ya se dijo dirigidos a asegurar la libertad de establecimiento de las empresas en la Unión Europea.

El artículo 8 del Reglamento SE acoge la posibilidad de trasladar la sede social de una Sociedad anónima europea a otro Estado miembro, exigiéndose a tal efecto el cumplimiento de determinadas reglas, previstas en los apartados 2-13 del artículo 8 del Reglamento SE, que velan para que quede asegurado que dicho traslado de domicilio social no da lugar a la disolución de la sociedad, ni a la creación de una nueva persona jurídica. Estas reglas son bastante precisas, incluyen la elaboración de un proyecto de traslado, con un contenido determinado¹⁰⁵⁵, y de un informe en el que se expliquen y justifiquen los aspectos jurídicos y económicos sobre el traslado y las consecuencias para los accionistas, acreedores¹⁰⁵⁶ y trabajadores. Es la Junta general de accionistas la que decidirá sobre el traslado, no antes de transcurridos dos meses de la

¹⁰⁵⁴ Según INSA PONCE DE LEON, F. L., *La implicación de los trabajadores...*, cit., p. 206 que la solución fue adoptada con la resistencia de algunos países, como Holanda y Reino Unido, que seguían un criterio diferente, el criterio de constitución/incorporación (*Gründungstheorie*). Ante la diversidad de criterios se estableció el compromiso de revisar la solución adoptada no más allá de cinco años tras la entrada en vigor del Reglamento SE (art. 69.a).

¹⁰⁵⁵ Según el artículo 8.2 del Reglamento SE, el proyecto de traslado mencionará la denominación social de la Sociedad anónima europea, el domicilio social y el número, actuales y los propuestos. Además mencionará cualquier repercusión que pueda tener el traslado en la implicación de los trabajadores, la fechas propuestas para el traslado, y todo tipo de derechos previstos para la protección de accionistas y/o acreedores.

¹⁰⁵⁶ Los accionistas y acreedores tendrán derecho a examinar la propuesta de traslado y el informe (art. 8.4 Reglamento SE). Incluso las normas nacionales pueden establecer disposiciones que garanticen una protección adecuada a los accionistas minoritarios que se hayan pronunciado en contra del traslado (art. 8.5 Reglamento SE).

publicación del proyecto (art. 8.6 Reglamento SE). La inscripción en el registro del nuevo domicilio social requiere un certificado, expedido por un tribunal, notario u otra autoridad competente, que acredite el cumplimiento de los requisitos que se exigen para el traslado (art. 8.8 Reglamento SE). A su vez, una Sociedad anónima europea respecto de la cual se haya iniciado un procedimiento de disolución, liquidación, insolvencia, suspensión de pagos u otro análogo no podrá trasladar su domicilio social (art. 8.15 Reglamento SE). Por lo demás, el proyecto de traslado transnacional del domicilio social de una Sociedad anónima europea debe incluir cualquier repercusión que pueda tener dicho traslado en cuanto a la implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea (art. 8.2.c Reglamento SE).

Que una Sociedad anónima europea pueda trasladar su domicilio social de un Estado miembro a otro se consideró, en el momento de elaboración del Reglamento SE, como un rasgo determinante y privilegiado de la Sociedad anónima europea frente a una sociedad anónima nacional, pues ésta última, en principio, para poder trasladar su domicilio debe contar con que su ordenamiento, ordenamiento de origen, lo permite, y que el ordenamiento del Estado miembro de destino lo autorice también. El Reglamento SE se preocupa de que los intereses de acreedores, socios, trabajadores y terceros queden salvaguardados de posibles prejuicios, o intenciones fraudulentas, que pudiera ocasionar el traslado de domicilio social. Ahora bien, la innovación que suponía que se introdujera un mecanismo de traslado transnacional del domicilio social en el Reglamento SE ha de analizarse en un determinado contexto: el Reglamento SE no pudo acoger jurisprudencia del TJCE pronunciada durante el periodo de *vacatio legis* de la normativa SE -desde 8 de octubre de 2001 hasta 8 de octubre de 2004- que, de la mano de sentencias como *Uberseering* o *Inspire Art*, iba a aceptar, en virtud de la libertad de establecimiento, que una sociedad registrada en un Estado miembro pudiera desarrollar la totalidad de su actividad en otro Estado miembro sin afectar a su personalidad jurídica. Y es que la jurisprudencia

del TJUE había ido elaborando con el paso del tiempo una sólida doctrina, que puede ser resumida de la forma siguiente¹⁰⁵⁷:

Primero.- En el Asunto *Daily-mail* (C-81/87, STJCE de 27 de septiembre de 1988), el TJUE consideró que limitar el traslado de la sede central, en este caso desde Reino Unido a Holanda por sus mejores condiciones fiscales, no suponía una violación de la libertad de establecimiento (entonces arts. 43 y 48 TCE), pues esta libertad quedaba garantizada por la posibilidad de abrir sucursales o filiales.

Segundo.- Una década después se produjo un giro jurisprudencial en el Asunto *Centros* (C-212/97, STJCE de 9 de marzo de 1999), en el que el TJUE se pronunció sobre la libertad de establecimiento secundaria o posibilidad de abrir sucursales, estableciéndose cuatro requisitos que debían cumplir las medidas nacionales que trataran de impedir dicha libertad de establecimiento: *“que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo”* (parágrafo 34).

Tercero.- En el Asunto *Uberseering* (C-298/00, STJCE de 5 de noviembre de 2001) el TJCE hubo de pronunciarse sobre si la libertad de establecimiento amparaba el reconocimiento de la capacidad legal y procesal de una empresa por parte de un Estado miembro cuando la sede central de la misma había sido posteriormente trasladada a otro Estado miembro. La respuesta del TJCE fue que *“en la medida en que las sociedades pueden presentar elementos de conexión con varios Estados, es necesario que cada ordenamiento jurídico nacional determine en qué condiciones procede someter a las sociedades a sus normas”* (parágrafo 31); es decir, se admiten cambios de sedes pero también es lícito que los ordenamientos nacionales impongan sus límites o condiciones.

¹⁰⁵⁷ SCHWIMBERSKY, S., “European legislation and the European Court of Justice: Impacts on Worker participation in Europe”, Paper presentado en la conferencia IREC “Governance issues in shifting industrial and employment relations”, 26-28 de Agosto 2004, Universidad de Utrecht, Holanda, pp. 1-31, traducción libre.

Cuarto.- Posteriormente, en línea con esta última sentencia de 2001, el TJUE hubo de pronunciarse sobre la posibilidad de añadir límites adicionales a empresas que se han trasladado su sede central a un Estado miembro (B) pero que continúan su negocio exclusivamente en el Estado miembro de origen (A). En la de la STJUE de 30 de septiembre de 2003, sobre el Asunto *Inspire Art* (C-167/01), el Tribunal estableció que sólo está permitido establecer los requisitos de publicidad (*disclosure requirements*) establecidos en la undécima Directiva 89/666, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al derecho de otro Estado miembro, y que cualquier otra limitación no es acorde con la libertad de establecimiento prevista en los Tratados. Es significativo lo dispuesto en el párrafo 139: *“el hecho de que una sociedad no ejerza ninguna actividad en el Estado miembro en que tiene su domicilio social y desarrolle sus actividades exclusiva o principalmente en el Estado miembro de su sucursal no es suficiente para demostrar la existencia de un comportamiento abusivo y fraudulento que permita a este último Estado miembro denegar a dicha sociedad la aplicación de las disposiciones comunitarias relativas al derecho de establecimiento”*. En definitiva, la esencia es que los Estados miembros deben reconocer y respetar empresas, o sucursales de las mismas, que operen en su territorio pero establecidas conforme a la legislación de otro Estado miembro, y no están autorizadas a imponerles impedimentos especiales.

Puede decirse que, en virtud del principio de libertad de establecimiento, (artículo 49 TFUE) y de la jurisprudencia comunitaria citada, una sociedad registrada en un Estado miembro puede desarrollar la totalidad de su actividad en otro Estado miembro sin afectar a su personalidad jurídica, y el Estado miembro de destino no puede en principio imponer a dicha sociedad impedimentos especiales. Como ya se comentó (*Supra, cap. 2º, V.2.3*), el paso del tiempo ha ido afectado de forma negativa a la regulación de la Sociedad anónima europea, al menos desmitificando sus ventajas pues, a medida que se profundiza en la armonización del Derecho de sociedades, es cada vez menos probable que las sociedades que desean operar libremente en el territorio de la Unión, con plena libertad de establecimiento, acudan a la normativa sobre la

Sociedad anónima europea¹⁰⁵⁸. En este sentido, de llegar a aprobarse la Decimocuarta Directiva sobre traslado transfronterizo de domicilio social, el traslado de domicilio social en el marco de la Unión podrá llevarse a cabo con el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad y sin coste fiscal, afectando sin duda de forma definitiva a las ventajas declaradas del régimen jurídico de la Sociedad anónima europea¹⁰⁵⁹.

4.6.- Ámbito de aplicación territorial de la normativa.- Tanto el Reglamento SE como la Directiva SE son de aplicación en los Estados miembros y también en Noruega, Islandia y Liechtenstein, en virtud del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, a partir de las Decisiones del Comité mixto del EEE nº 89 y 93/2002 de 25 de junio de 2002¹⁰⁶⁰ y, a su vez, también son aplicables en los países que accedieron a la Unión Europea con posterioridad a la aprobación de la normativa sobre la Sociedad anónima europea en 2001¹⁰⁶¹. Por lo demás, deberá preverse en el futuro la aplicación de la normativa en la

¹⁰⁵⁸ Nótese, además, que el artículo 69.a del Reglamento SE relativo a su revisión en un plazo de 5 años desde la entrada en vigor del mismo, que culminó el 8 de octubre de 2009, establece expresamente que la Comisión debiera haber analizado la conveniencia “*de permitir la radicación de la administración central y del domicilio social de una Sociedad anónima europea en diferentes Estados miembros*”.

¹⁰⁵⁹ GOENCHEA J. M., y GRACIA, C., “Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la Ley de modificaciones estructurales”, Actualidad Jurídica Uria Menéndez 24/2009, pp. 20 y 21.

¹⁰⁶⁰ La Decisión del Comité mixto del EEE nº 89/2002 de 25 de junio de 2002 incluye un nuevo punto 32.e en el Anexo XVIII al objeto de que la Directiva SE sea de aplicación en los tres países EEE mencionados. En la misma fecha se adoptó la Decisión nº 93/2002 del Comité mixto del EEE que modifica el Anexo XXII relativo al derecho de sociedades e incluye un nuevo punto 10.a con la finalidad de incorporar el Reglamento SE 2157/2001.

¹⁰⁶¹ En este sentido, el Reglamento 885/2004 modifica determinados Reglamentos, entre ellos el Reglamento SE 2001, como consecuencia de la adhesión de la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia (DO L 168 de 1.5.2004). A su vez, el Reglamento 1791/2006 adapta determinados Reglamentos y Decisiones en los ámbitos de la libre circulación de mercancías, la libre circulación de personas, el derecho de sociedades, la política de la competencia, la agricultura -incluida la legislación veterinaria y fitosanitaria-, la política de transportes, la fiscalidad, las estadísticas, la energía, el medio ambiente, la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior, la unión aduanera, las relaciones exteriores, la política exterior y de seguridad común y las instituciones, como consecuencia de la adhesión de Bulgaria y Rumania. (DO L 363 de 20.12.2006). Las modificaciones operadas por estos dos Reglamentos mencionados se refieren a la inclusión de las sociedades anónimas, que pueden ser objeto de constitución de Sociedades anónimas europeas por fusión de dos sociedades anónimas, de los nuevos Estados miembros en el Anexo 1 del Reglamento 2157/2001 y de las sociedades de responsabilidad limitada del Anexo 2, relativo a la constitución de una SE *holding*.

República de Croacia que forma parte de la Unión desde el pasado 1 de julio de 2013.

CAPÍTULO CUARTO.-

MARCO JURÍDICO ACTUAL DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS (II)

I.- TITULARIDAD, CONTENIDO, ALCANCE Y LÍMITES DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS

II.- NORMAS DE PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE LOS
DERECHOS PARTICIPATIVOS

III.- TUTELA DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS

I.- TITULARIDAD, CONTENIDO, ALCANCE Y LÍMITES DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS.

1.- Titularidad colectiva de los derechos participativos.- Es posible identificar en las normas participativas objeto de estudio, la Directiva marco 2002, la Directiva CEU 2009 y la Directiva SE 2001, determinados elementos comunes entre ellas en punto al contenido, alcance y límites de los derechos participativos que en ellas se regulan, derechos participativos que han de entenderse referidos a los derechos de información, de consulta y de participación interna (*Supra, cap. 2º, apartado 1.2.2*). La primera nota común es la consideración de estos derechos como derechos de titularidad colectiva, es decir, se trata de derechos que están concebidos y reconocidos a los trabajadores como colectivo. Los derechos participativos que interesan a los efectos de este trabajo son derechos de titularidad y ejercicio colectivo. Esta calificación es la que viene siendo habitual en los ordenamientos internos y también en el comunitario, como ha puesto de manifiesto recientemente el TJUE con respecto a los derechos de información y consulta ante un procedimiento de despido colectivo¹⁰⁶².

En la mayoría de los ordenamientos internos, la figura del representante de los trabajadores, o cualesquiera que sea su denominación, se ha ido consolidando, con mayor o menor éxito según países, como el titular de una función de defensa y representación de los trabajadores, que actúa en nombre propio o representa unos intereses ajenos, los de la colectividad representada¹⁰⁶³. En los ordenamientos internos nacionales existen, a grandes

¹⁰⁶² En este sentido, la sentencia del TJUE de 16 de julio de 2009 (Mono car Styling, C-12/08), que se refiere al alcance del artículo 6 de la Directiva 98/59/CE sobre el derecho a la tutela judicial del trabajador para cuestionar, a título individual, el resultado de procedimiento de información y consulta al que hubiera llegado la representación de los trabajadores con el empresario. La respuesta del TJUE es tajante: del tenor y de la lógica interna de la Directiva 98/58/CE deriva que el derecho de información y consulta que regula está destinado a los representantes de los trabajadores y no a los trabajadores a título individual. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., "La noción comunitaria de despido...", cit.

¹⁰⁶³ GARRIDO PÉREZ, E., *La información en la empresa...*, cit., p. 73; ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Una discusión sobre derechos colectivos*, Colección debates de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2001.

rasgos, dos modelos distintos de representación en la empresa, unitaria¹⁰⁶⁴ o sindical¹⁰⁶⁵, en función de la forma de su designación, de las competencias atribuidas a los mismos y de la composición de los órganos de representación a los que, en su caso, podrían pertenecer. Sin perjuicio de las diferencias que pueden observarse en cada ordenamiento interno¹⁰⁶⁶, estos dos modelos de representación no son excluyentes y conviven normalmente entre sí, especialmente a partir de la década de los años sesenta, en que se aprecia un notable avance de la acción sindical en la empresa¹⁰⁶⁷.

La normativa participativa objeto de estudio asume como regla general el respeto a lo dispuesto en las legislaciones o prácticas internas en punto a los sistemas de representación en las empresas. Así, en las tres normas participativas, los representantes de los trabajadores se califican como tales “*con arreglo a lo dispuesto en las legislaciones y/o prácticas nacionales*”¹⁰⁶⁸. A su vez, la Directiva marco 2002 señala, en su preámbulo, que la Directiva no afecta a los sistemas nacionales de representación, lo que no quiere decir que no sea necesario, proceder, en su caso, a la adaptación de los mismos al objeto de

¹⁰⁶⁴ La representación unitaria o directa de los trabajadores prevalece cuando los representantes de los trabajadores son elegidos, según determinadas normas democráticas establecidas a tal efecto, por todos los trabajadores de la empresa. La figura clásica de este tipo de representación es el Comité de Empresa.

¹⁰⁶⁵ La representación sindical, por otro lado, está integrada habitualmente por representantes de cada sindicato a nivel de empresa. Esta representación directa de los sindicatos en la empresa está formada por las secciones sindicales, constituidas por todos los trabajadores afiliados al sindicato, y por el delegado sindical, normalmente elegido por y entre la sección sindical.

¹⁰⁶⁶ BIAGI, M., *Representación de los trabajadores y Democracia en la empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992; GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, S., DE LA CALLE, A., PORTA, J., y PONS, M., *Las relaciones laborales en Europa: Hacia un Comité de empresa Europeo*, Instituto de Estudios Superiores de Empresa (IESE), Universidad de Navarra, 1997; NORES TORRES, E., “La representación de los trabajadores en Italia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 43, 2003, pp. 107-119; FERRANDO GARCÍA, F., “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* nº 43, 2003, pp. 121-156; LASAOSA IRIGOYEN, E., “La representación de los trabajadores en la empresa en Francia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 43, 2003, pp. 87-105.

¹⁰⁶⁷ ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUÍZ, L. M., LÓPEZ GANDIA, J., y SALA FRANCO, T., *Derecho del Trabajo...*, *cit.*, p. 256.

¹⁰⁶⁸ Artículo 2.e de la Directiva marco 2002, artículo 2.d de la Directiva CEU 2009 y artículo 2.e de la Directiva SE 2001.

asegurar el cumplimiento de las obligaciones que establece la Directiva¹⁰⁶⁹. En términos similares, puede verse el punto 15 de la Directiva SE 2001¹⁰⁷⁰. Ahora bien si, como se verá, se regula algún aspecto concreto relativo a la representación de los trabajadores en las empresas, por ejemplo, la composición de las comisiones negociadoras en la Directiva CEU 2009 y en la Directiva SE 2001 (*Infra, cap. 4º, apartados II.3.1.4 y II.3.2.3*), ello se realiza con el objeto de asegurar una proporcionalidad en dicha composición. A su vez, las normas participativas inciden también en asegurar unos niveles equivalentes, entre los Estados miembros, en punto a las garantías, facilidades y protección a otorgar a dichos representantes en el ejercicio de sus labores de representación¹⁰⁷¹.

En las normas participativas objeto de estudio se aprecia que el legislador comunitario no ha querido interferir en demasía en cuanto a la regulación de la representación en la empresa, siempre y cuando se reconozca su existencia, y siempre y cuando se proceda a las necesarias adaptaciones que aseguren los objetivos de las normas participativas. Así, en los supuestos en los que se careciera de sistemas de representación, la normativa comunitaria establecía, bien un plazo transitorio para que se adoptaran dichos sistemas por los Estados miembros que carecieran de ellos (art. 10 Directiva marco 2002¹⁰⁷²), bien - cuando no existieran sistemas de representación por motivos ajenos a su

¹⁰⁶⁹ En este sentido, los puntos 14 y 15 de la Directiva marco 2002. *“El conjunto de esta evolución política, económica, social y jurídica hace necesaria la adaptación del marco jurídico existente mediante el establecimiento de instrumentos jurídicos y prácticos que permitan ejercer el derecho a la información y consulta”*; y punto 15: *“la presente Directiva no afecta a los sistemas nacionales relativos al ejercicio de este derecho en la práctica en los casos en que se exige a los titulares de los mismo que expresen su voluntad de manera colectiva”*.

¹⁰⁷⁰ Punto 15 del Preámbulo de la Directiva SE 2001: *“Lo dispuesto en la presente Directiva no 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”*.

¹⁰⁷¹ Artículo 7 de la Directiva marco 2002, artículo 10 de la Directiva CEU 2009 y artículo 10 de la Directiva SE 2001.

¹⁰⁷² El artículo 10 de la Directiva marco 2002 establecía unos plazos transitorios para la aplicación de la normativa para los Estados miembros que *“no tengan establecido con carácter general, permanente y obligatorio un sistema de representación de los trabajadores en el lugar de trabajo que permita a los trabajadores estar representados”*. Los plazos transitorios, hasta el 23 de marzo de 2007 para empresas que empleen al menos a 150 trabajadores o centros que empleen al menos a 100 y hasta el 23 de marzo de 2008 para empresas que empleen al menos a 100 trabajadores o centros que empleen al menos a 50 trabajadores, que iban dirigidos a los países del centro y este de Europa, ya han expirado.

voluntad- que se asegurara el derecho de los trabajadores a elegir o designar miembros en la comisión negociadora (art. 5.2.a, segundo párrafo, de la Directiva CEU 2009¹⁰⁷³ y art. 3.2.b, tercer párrafo, de la Directiva SE 2001¹⁰⁷⁴). La abstención comunitaria en punto a una regulación unitaria de la representación en la empresa no se justifica porque se admita que se carezca de ella sino, más bien al contrario, porque se presupone que existe regulación y/o prácticas consolidadas sobre representación en cada uno de los Estados miembros. Así, la deliberada abstención del legislador comunitario a la hora de abordar una regulación unitaria sobre los sistemas de representación en la empresa se apoya, como se ha dicho, en la certeza de la existencia de estos sistemas en los principales países europeos, pero también en el hecho de que determinados Estados miembros, principalmente el Reino Unido, han ido bloqueando sistemáticamente cualquier tentativa comunitaria que tuviera por objeto regular, e incluso promover, la representación de los trabajadores en la empresa, lo que ha provocado que las iniciativas de la Comisión en esta dirección fueran paulatinamente reduciendo sus ambiciosas expectativas¹⁰⁷⁵. Como puso de manifiesto el TJCE con ocasión de la sentencia de 8 de junio de 1994, Comisión versus Reino Unido (asunto C-383/92, párrafo 23, y asunto C-382/92, párrafo 26) se considera obligatorio, a efectos del Derecho social comunitario, que existan sistemas de representación institucionalizados en las empresas.

Los derechos participativos objeto de análisis, que comprenden los derechos de información, consulta y participación interna, se reconocen y están

¹⁰⁷³ Art. 5.2.a, segundo párrafo, Directiva CEU 2009: “Los Estados miembros podrán prever que los trabajadores de las empresas y/o establecimientos en los que no existan representantes de los trabajadores por motivos ajenos a su voluntad tengan derecho a elegir o designar miembros de la comisión negociadora”.

¹⁰⁷⁴ Art. 3.2.b, tercer párrafo, Directiva SE 2001: “Sin perjuicio de las legislaciones o prácticas nacionales por las que se fijen umbrales para el establecimiento de un órgano de representación de los trabajadores, los Estados miembros deberán prever que los trabajadores de las empresas o establecimientos en los que no existan representantes de los trabajadores por motivos ajenos a su voluntad, tengan derecho a elegir o designar miembros de la comisión negociadora”.

¹⁰⁷⁵ BERCUSSON, B., *European Labour Law*, 2^o ed...”, cit., pp. 50-51. Argumenta este autor que es palpable la oposición en el periodo 1979-1997 de gobierno conservador, y destaca en este sentido, la oposición del gobierno británico a la Directiva 71/96/CEE sobre desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios (pp. 51-53), y a la Directiva marco 2002/14 (pp. 53-55). Más dura es la opinión de BERCUSSON con respecto al nuevo gobierno Laborista de 1997 que se mostró muy activo en su oposición al contenido más innovador de la propuesta de Directiva marco sobre información y consulta de 1998.

concebidos en beneficio de los trabajadores como colectivo y se ejercitan a través de sus representantes. Cuestión distinta, como se verá (*Infra, cap. 4º, apartado 1.3*), es la relativa a la delimitación teórica entre las funciones de representación y las participativas que concurren en un mismo sujeto colectivo. Relación y delimitación complejas por cuanto que la función de representación y defensa colectiva de los intereses laborales en cualquiera de sus vertientes, incluyéndose entre ellas la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga, exigen puntuales y concretas actuaciones o intervenciones informativas, por lo que el derecho de información, esté o no previsto en las normas participativas, es esencial o funcional y, en cualquier caso indispensable, para el ejercicio de dichas funciones de representación de los trabajadores en las empresas.

2.- Contenido y alcance del derecho de información.- Es significativo que no se contiene un concepto unificado o definición única sobre el derecho de información en las Directivas participativas objeto de estudio, sino tantos como los diferentes ámbitos de aplicación de las mismas. Como señala algún autor, “la inexistencia de un concepto unificado de información a los trabajadores con independencia del ámbito pone de manifiesto el caótico proceso normativo comunitario en la materia pero sobretodo provoca distorsiones que podrían ser evitadas¹⁰⁷⁶”. Es la Directiva SE 2001 la primera norma que define la información (art. 2.i)¹⁰⁷⁷, pues la actualmente derogada Directiva CEU 1994 no contenía definición alguna. A partir de ahí tanto la Directiva marco 2002 (art. 2.f)¹⁰⁷⁸ como la Directiva CEU 2009 (art. 2.1.f)¹⁰⁷⁹ han acogido definiciones similares, siendo

¹⁰⁷⁶ GÓMEZ GORDILLO, R., “La reforma de la Directiva...”, cit., p. 7.

¹⁰⁷⁷ Art. 2.i Directiva SE 2001: “La transmisión, por el órgano competente de la Sociedad anónima europea al órgano de representación de los trabajadores o a los representantes de los trabajadores, de las informaciones relativas a las cuestiones que afecten a la propia Sociedad anónima europea 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 Sociedad anónima europea”.

¹⁰⁷⁸ Art. 2.f Directiva marco 2002: “La transmisión de datos por el empresario a los representantes de los trabajadores para que puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo”.

¹⁰⁷⁹ Art. 2.1.f Directiva CEU 2009: “La transmisión de datos por el empleador a los representantes de los trabajadores para que éstos puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo; la información se efectuará en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, de tal

sin embargo de mayor alcance la prevista en la Directiva marco 2002 principalmente porque su ámbito de aplicación también lo es, pero también, como se verá, porque no hay que acudir a la aplicación de unas disposiciones subsidiarias o de referencia, como sí hay que hacerlo en las otras dos Directivas, para encontrar ciertos parámetros de regulación o referencias en torno a las materias que deben ser objeto de información. En los apartados siguientes se analizará el derecho de información en las tres Directivas objeto de estudio: el derecho de información en la Directiva marco 2002 (apartado 2.1); el derecho de información en la Directiva CEU 2009 (apartado 2.2); y el derecho a la información en la Directiva SE 2001 (apartado 2.3).

2.1- El derecho de información en la Directiva marco 2002.- A simple vista, la definición de información prevista en el artículo 2.f de la Directiva marco 2002 es la más sencilla y escueta. Así, el derecho a la información reconocido a los representantes de los trabajadores consiste en que el empresario *“transmita datos”* para que éstos *“puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo”*. No se recoge en este precepto, dedicado a definiciones, ninguna precisión en punto a dónde, cuándo y cómo han de transmitirse dichos datos, ni tampoco se hace referencia a si los datos o informaciones recibidas han de ser o no instrumentales para una posible consulta. Ha de acudirse, sin embargo, al artículo 4.3 de la Directiva, relativo a las modalidades prácticas de la información y consulta, para encontrar mayores precisiones. Así, en el artículo 4 de la Directiva marco se prevé que *“la información se facilitará en un momento (factor temporal), de una manera (factor modal) y con un contenido (factor sustancial) apropiados, de tal modo que, en particular, permita a los representantes de los trabajadores proceder a un examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta”*. Es significativo comparar esta definición de información, con la que se contenía en la propuesta de Directiva marco de 1998, antecedente inmediato de la vigente Directiva marco 2002 que no llegó a aprobarse por falta de consenso: 1.- en la propuesta de 1998, la manera y el contenido se hará de forma que *“garanticen el efecto práctico de dicho acto”*, mientras que en la norma finalmente

modo que permita a los representantes de los trabajadores realizar una evaluación pormenorizada del posible impacto y, en su caso, preparar las consultas con el órgano competente de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria”.

aprobada, se hará de una manera y con un contenido “apropiados”; 2.- en ambos casos la transmisión de información es instrumental a, en su caso, la consulta, a partir de un examen de la información “profundo” en el caso de la propuesta de 1998 y de un examen, simplemente, “adecuado”, en el caso de la Directiva marco finalmente aprobada en 2002.

En el artículo 4.2 de la Directiva marco 2002, siguiendo en buena medida lo dispuesto en la propuesta de 1998, se reconoce el derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados sobre tres tipos de materias:

1.- Situación económica: comprende información sobre *“la evolución reciente y la evolución probable de las actividades de la empresa o centro de trabajo y de su situación económica”*. En la propuesta de 1998 se decía evolución *“razonablemente previsible”* en lugar de *“probable”*. A su vez, en la Directiva marco 2002 se ha eliminado la referencia a *“situación financiera”*, sin que, en principio, ello tenga mayores consecuencias por cuanto que ha de entenderse que la *“situación económica”* incluye también la financiera.

2.- Empleo: se refiere a información sobre *“la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como sobre las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo”*. Sí se observan diferencias en este punto con respecto a lo dispuesto en la rechazada propuesta de 1998, por un lado, de nuevo la mención a evolución *“probable”*, en lugar de *“razonablemente previsible”*; por otro, es significativo que en la propuesta de 1998 se mencionaba que cuando la evaluación hecha por el empleador permita pensar que el empleo en la empresa puede estar amenazado, la información sobre las medidas preventivas previstas, debía incluir información *“sobre todo en términos de formación y de mejora de las competencias de los trabajadores, de cara a evitar estos efectos negativos o a reducir sus consecuencias, así como reforzar la empleabilidad y la adaptabilidad de los trabajadores que pudieran resultar afectados”*. Estas importantes referencias a la formación y a la empleabilidad de los trabajadores afectados por una situación de desempleo se encuentran ahora en el Preámbulo de la Directiva marco 2002.

3.- Cambios en la organización del trabajo y en los contratos: se trata de información sobre *“las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo, incluidas en las disposiciones comunitarias mencionadas en el apartado 1 del artículo 9”*, relativo a las Directivas sobre despidos colectivos 98/59/CE y trasposos de empresas 2001/23/CE¹⁰⁸⁰.

Por lo demás, por indicación del artículo 5 de la Directiva marco 2002¹⁰⁸¹, las materias objeto del deber de información que se han señalado son disponibles para los Estados miembros. Como se verá (*Infra, cap. 4º, apartado II.2*), esto significa que los Estados miembros en sus normas internas de trasposición de la Directiva marco, pueden confiar a los interlocutores sociales la *“tarea de definir libremente y en cualquier momento, por medio de acuerdo, las modalidades de información y de consulta de los trabajadores”*. Así, la libertad otorgada a los Estados miembros y por éstos a los interlocutores sociales va a quedar limitada a que se respeten los principios enunciados en el artículo 1 de la Directiva marco, básicamente que existan unos requisitos mínimos, que respeten lo dispuesto en las legislaciones o prácticas nacionales y que se negocie con espíritu de cooperación, teniendo en cuenta tanto intereses empresariales como laborales¹⁰⁸². Si bien se pueden acoger, en las normas

¹⁰⁸⁰ Considera ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “La influencia de la Directiva 2002/14 sobre el ordenamiento español” Comunicación al XVII Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, 18 y 19 de mayo de 2007, p. 7, que la noción de *“cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contrato de trabajo”* es un concepto de Derecho comunitario cuyos contornos están aún por definir, pero en cuya configuración los Estados miembros no tienen plena libertad de concreción.

¹⁰⁸¹ Art. 5 Directiva marco 2002: *“Los Estados miembros podrán confiar a los interlocutores sociales en el nivel apropiado, incluido el de la empresa o el centro de trabajo, la tarea de definir libremente y en cualquier momento, por medio de acuerdo, las modalidades de información y consulta a los trabajadores. Dicho acuerdos, y los acuerdos que existan en la fecha establecida en el artículo 11, así como cualquier posterior renovación de dichos acuerdos podrán prever, dentro del respeto de los principios enunciados en el artículo 1 y en los condiciones y límites establecidos por los Estados miembros, disposiciones diferentes de las previstas en el artículo 4”*.

¹⁰⁸² Art. 1 Directiva marco 2002: *“1.- La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general que fije unos requisitos mínimos para el ejercicio del derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo situados en la Comunidad; 2.- Las modalidades prácticas de información y consulta se determinarán y aplicarán conforme a la legislación nacional y las prácticas de las relaciones laborales en cada Estado miembro de modo que se garantice su eficacia; 3.- En la definición o aplicación de las modalidades de información y consulta, el empresario y los representantes de los trabajadores trabajarán con espíritu de*

nacionales de transposición de la Directiva marco 2002, contenidos del derecho de información distintos a los previstos en el artículo 4 de la norma, según se especifica en el punto 31 del Preámbulo de la norma, en todo caso ha de asegurarse el cumplimiento de los objetivos de la Directiva, respetando la diversidad de sistemas nacionales, pues *“la aplicación de las disposiciones de la presente Directiva no debe constituir un motivo suficiente para justificar la reducción del nivel general de protección de los trabajadores en los ámbitos que son objeto de la misma”*.

2.2.- El derecho de información en la Directiva CEU 2009.- La Directiva CEU 2009 contiene una definición de la información similar a la prevista en la Directiva marco 2002. En concreto, el artículo 2.1.f de la Directiva CEU 2009 define la información como *“la transmisión de datos por el empleador a los representantes de los trabajadores para que éstos pueden tener conocimiento del tema tratado y examinarlo; la información se efectuará en un momento -factor temporal-, de una manera -factor modal- y con un contenido -factor sustancial- apropiados, de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores realizar una evaluación pormenorizada del posible impacto y, en su caso, preparar las consultas con el órgano competente de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria”*. Puede verse que se trata de una definición abierta que exige que la transmisión de datos se haga *“en un momento, de una manera y con un contenido apropiado”*, pero sin determinar claramente cómo ha de llevarse a cabo dicha transmisión, siempre que se haga *“de tal modo”* que permita *“una evaluación pormenorizada”* y, *“en su caso”*, que permita preparar futuras consultas.

En el texto principal de la Directiva CEU 2009, a diferencia de la Directiva marco 2002, no se fija con carácter general un contenido mínimo o una relación de materias sobre las que recae el derecho de información a los representantes de los trabajadores, a salvo de lo que luego se dirá con respecto al Comité de empresa europeo *ex lege* o impuesto y la regulación prevista en el Anexo de la norma (*Infra, cap. 4º, apartado 1.3.2.3*). La Directiva CEU 2009 es una norma

cooperación en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta los intereses de la empresa o centro de trabajo como los de los trabajadores”.

básicamente procedimental, que sienta unas pautas de cara al establecimiento de procesos de negociación con el objeto de mejorar la información y consulta en determinadas empresas y grupos (*Supra*, cap. 3º, apartado II.3). En este sentido, la Directiva CEU 2009 no establece la obligación general de informar periódicamente sobre una serie de materias concretas, a diferencia de la Directiva marco 2002 (art. 4.2), y siguiendo un criterio contrario al de las Directivas clásicas: despidos colectivos (art. 2.3)¹⁰⁸³ y transmisión de empresas (art. 7.1)¹⁰⁸⁴. Como se verá, son los negociadores, la comisión negociadora del lado social y la representación empresarial, los que fijarán, siguiendo determinadas normas de procedimiento, el alcance y contenido concretos del derecho de información, dejando en manos de los negociadores aspectos esenciales de la configuración de este derecho (*Infra*, cap. 4º, apartado II.3.1).

Interesa resaltar los siguientes aspectos: 1.- con la intención de delimitar, o limitar en cierta medida, la libertad de los negociadores, se han introducido en el artículo 1 de la nueva Directiva CEU determinadas indicaciones relativas al modo, al ejercicio y alcance del derecho a la información (apartado 2.2.1); 2.- la Directiva de 2009, también como novedad, prevé ahora en su artículo 4.4 la obligación de proporcionar determinada información con carácter previo a la apertura de las negociaciones para la constitución de un Comité de empresa

¹⁰⁸³ Art. 2.3 Directiva 98/59/CE despidos colectivos: “A fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, el empresario, durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil, deberá: a) proporcionarles toda la información pertinente, y b) comunicarles, en cualquier caso, por escrito: los motivos del proyecto de despido; el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos; el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente; el periodo a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos; los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido; el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales. El empresario deberá transmitir a la autoridad pública competente una copia de la comunicación escrita, que contenga al menos, los elementos previstos en los cinco incisos anteriores”.

¹⁰⁸⁴ Art. 7.1 Directiva 2001/23/CE transmisión de empresas: “El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes de los trabajadores respectivos afectados por un traspaso de los puntos siguientes: la fecha o la fecha prevista del traspaso, motivos del traspaso, consecuencias jurídicas económicas y sociales del traspaso para los trabajadores, medidas previstas respecto de los trabajadores. El cedente estará obligado a comunicar estas informaciones a los representantes de sus trabajadores con la suficiente antelación antes de la realización del traspaso. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones a los representantes de sus trabajadores con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados directamente en sus condiciones de empleo y de trabajo por el traspaso”.

europeo o un procedimiento alternativo de información y consulta (apartado 2.2.2); y 3.- la Directiva CEU prevé, como ya hacía su antecesora de 1994, un determinado contenido mínimo sobre el derecho de información previsto para el Comité de empresa *ex lege* o impuesto a falta de acuerdo entre las partes en los requisitos subsidiarios recogidos en el Anexo de la Directiva CEU 2009 (apartado 2.2.3).

2.2.1.- Indicaciones generales sobre la definición y aplicación del derecho.- Es significativo que se haya añadido un nuevo párrafo en el artículo 1.2 *in fine* de la Directiva CEU 2009 relativo a cómo han de definirse la información y la consulta: *“se definirán y aplicarán de modo que se garantice su efectividad”* y, sigue diciendo, de modo que *“se permita una toma de decisiones eficaz de la empresa o del grupo de empresas”*. Este nuevo párrafo no dice mucho, pero sí lo dice el punto 22 del Preámbulo que señala que *“el término información tiene por objetivo un examen adecuado por los representantes de los trabajadores -lo que implica que .. se efectúe en un momento, de una manera y con un contenido apropiado- y sin que ello retrase el proceso de toma de decisiones en las empresas”*. Probablemente nos encontramos ante un problema de fijación de tiempos o *timing*, lo que significa que ha de darse el tiempo suficiente para que los representantes puedan realizar un *“examen adecuado”* de la información pero sin que este tiempo sea tan excesivo como para retrasar la toma de decisión empresarial, porque entonces ésta, si se retrasa, podría no ser considerada *“eficaz”*.

La Directiva CEU 2009 introduce también como novedad indicaciones en punto al alcance del derecho de información, limitando las competencias del Comité de empresa europeo y el alcance del procedimiento de información y de consulta alternativo, a determinadas cuestiones transnacionales. Como señala el artículo 1.3: *“La información y consulta a los trabajadores se efectuará al nivel pertinente de dirección y de representación, en función del tema tratado. Con tal fin, las competencias del comité de empresa europeo y el alcance del procedimiento de información y consulta regulado en la presente Directiva se limitarán a las cuestiones transnacionales”*. Con una redacción especialmente farragosa se intenta delimitar el ejercicio del derecho de información y consulta en dos planos diferenciados: 1.- el transnacional; y 2.- el que no lo es y, por tanto,

ha de ser meramente local o nacional. Así, el artículo 1.4 de la Directiva CEU 2009 define lo que ha de entenderse por cuestiones transnacionales: *“las que afectan al conjunto de la empresa o del grupo de dimensión comunitaria o al menos a dos empresas o establecimientos ... situados en dos Estados miembros diferentes”*.

Lo deja claro la Exposición de motivos de la norma: 1.- *“la competencia y el ámbito de actuación del comité de empresa europeo debe distinguirse de los órganos nacionales de representación y limitarse a cuestiones transnacionales”* (punto 15); y 2.- *“entre estas cuestiones (transnacionales) se encuentran... las que revista importancia para los trabajadores europeos en términos del alcance de sus posibles efectos o las que impliquen transferencia de actividades entre Estados miembros”* (punto 16). No es fácil determinar cuándo una materia o cuestión es o no estrictamente de carácter transnacional. Fue la Directiva 2002/74/CE, que modifica la original Directiva 80/987/CEE sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia, ambas codificadas posteriormente en la actual Directiva 2008/94, la que introdujo, por vez primera en materia social colectiva, disposiciones relativas a las situaciones transnacionales con el objeto de garantizar la seguridad jurídica de los trabajadores en caso de insolvencia de empresas que ejerzan sus actividades en varios Estados miembros (art. 8 bis, ahora art. 9 en la Directiva 2008/94)¹⁰⁸⁵.

2.2.2.- Informaciones a proporcionar con anterioridad a la apertura del procedimiento de negociación.- La Directiva CEU 2009 introduce también como novedad una obligación dirigida a determinadas direcciones empresariales consistente en obtener *“la información indispensable para la apertura de las negociaciones”* y transmitirla a *“las partes (sociales) interesadas en la aplicación de la Directiva”* (art. 4.4)¹⁰⁸⁶. Se mejora notablemente en este sentido la anterior

¹⁰⁸⁵ Es interesante la interpretación que ha realizado el TJUE, en sentencia de 16 de octubre de 2008, Svenska Staten/anders Holmqvist, asunto C- 310/07, relativo a cuando estamos ante una situación transnacional. El Tribunal determinó que *“para que se considere que una empresa establecida en un Estado miembro tiene actividades en el territorio de otro Estado miembro, no es necesario que esta disponga de una filial o de un establecimiento permanente en otro Estado. No obstante, es necesario que esta empresa disponga en este último Estado de una presencia económica permanente, caracterizada por la existencia de medios humanos que le permitan desarrollar actividades”*.

¹⁰⁸⁶ Art. 4.4 Directiva CEU 2009: *“Toda dirección de una empresa, incluida en el grupo de empresas de dimensión comunitaria, así como la dirección central o la que se presume dirección*

obligación empresarial prevista en el artículo 11.2 de la derogada Directiva CEU 1994 que establecía que *“los Estados miembros velarán porque, a petición de las partes interesadas en la aplicación de la presente Directiva, las empresas faciliten la información sobre el número de trabajadores contemplados en las letras a) y c) del apartado 1 del artículo 2”* (numero de trabajadores mínimo para considerar a una empresa o grupo de dimensión comunitaria). La reforma de la Directiva CEU en 2009 introduce la obligación de informar con anterioridad a la apertura del procedimiento de negociación, ausente en la original Directiva CEU de 1994, al objeto de acoger jurisprudencia comunitaria. En concreto, el TJUE en sentencia de 29 de marzo de 2001 (asunto 62/99; Josef H Boquoi Deutschland West GmbH & co.), señaló que *“los trabajadores de una empresa perteneciente a un grupo de empresas -tal y como se define en el artículo 2.1 letra b Directiva 94/45- disfrutan de este derecho de información incluso antes de que se compruebe que dentro del grupo existe una empresa que ejerce el control en el sentido del artículo 3 de la Directiva”*.

Con respecto a las direcciones empresariales obligadas a proporcionar información, éstas serán: 1.- la dirección de una empresa de dimensión comunitaria, así como la dirección central de un grupo de empresas o la dirección que se presuma como dirección central, siguiendo el sistema de indicios previsto en la propia Directiva CEU 2009 (*Supra*, cap. 3º, apartado II.3.1). La dirección central por indicación del art. 2.1.e será la dirección central de la empresa de dimensión comunitaria o, en el caso del grupo de dimensión comunitaria, la dirección central de la empresa que ejerce el control. A su vez, según lo dispuesto en el artículo 4.2, cuando la dirección central no esté situada en un Estado miembro, asumirá la responsabilidad un representante de dicha dirección central en un Estado miembro, que a tal efecto se designe. A falta de dicho representante, asumirá la responsabilidad, por indicación del artículo 4.2,

central en el sentido del apartado 2, párrafo segundo, de la empresa o del grupo de dimensión comunitaria, serán responsables de la obtención y transmisión a las partes interesadas en la aplicación de la presente Directiva de la información indispensable para la apertura de las negociaciones contempladas en el artículo 5, en particular la información relativa a la estructura de la empresa o del grupo y su plantilla. Esta obligación se referirá señaladamente a la información relativa al número de trabajadores contemplados en el artículo 2 apartado 1, letras a) y c)”.

segundo párrafo, la dirección del establecimiento o de la empresa del grupo que emplee al mayor número de trabajadores en un Estado miembro.

Con respecto a cuál es la *“información indispensable”* para la apertura del procedimiento de negociación para la constitución de un Comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativa de información y consulta, el mismo artículo 4.4 señala que dicha información ha de referirse, tanto a *“la estructura de la empresa o del grupo, como a su plantilla”*, incluido el *“número de trabajadores”*, con respecto al cómputo de los mismos (*Supra, cap. 3º, apartado II.2.2*). Con respecto a la información sobre la estructura de la empresa o grupo, aunque nada dice la norma, por lo que habrá que entenderla referida a la información sobre la organización empresarial de los centros o establecimientos y de las empresas en el caso del grupo y, en concreto, a la naturaleza de los vínculos societarios entre los diferentes entes que componen una determinada organización empresarial.

Por lo demás, como se verá (*Infra, cap. 4º, apartado II.3.1.2*), el inicio del procedimiento de negociación para la puesta en práctica de la mejora de la información y consulta objeto de la Directiva CEU, es competencia de la dirección central de las empresas o grupos de dimensión comunitaria. Dicha dirección empresarial, según el artículo 5.1 de la Directiva, puede iniciar el procedimiento por iniciativa propia y/o solicitud escrita de un mínimo de 100 trabajadores o de sus representantes siempre que pertenezcan a dos empresas o dos establecimientos situados en dos Estados miembros diferentes. En este sentido, para que la parte social pueda solicitar el inicio de las negociaciones debe tener un conocimiento previo de la realidad empresarial ante la que se encuentra. Es por ello imprescindible que la parte social tenga conocimiento exacto de la estructura y organización de la empresa o grupo, que sepa ante qué dirección central ha de dirigir la solicitud de inicio de las negociaciones y, a su vez, que conozca la plantilla de la entidad empresarial y el número de trabajadores que pueden entrar en el cómputo al objeto de reunir el mínimo de 100, empleados en dos Estados miembros diferentes, que exige la norma para validar dicha solicitud de inicio.

Las empresas y grupos que determinan el ámbito de aplicación de la Directiva CEU son empresas y grupos de gran tamaño -al menos 1000 trabajadores en dos Estados miembros diferentes-, sobre las que ha de suponerse que han alcanzado el grado de organización y administración suficiente como para poder obtener y transmitir a los representantes de los trabajadores interesados en presentar una solicitud de inicio de las negociaciones, información fidedigna y contrastada sobre la empresa o grupo y sobre su plantilla¹⁰⁸⁷. Las dificultades podrían plantearse cuando se producen modificaciones sustanciales en las estructuras de las empresas o grupos, y variaciones de plantillas, que podrían afectar a la información ya transmitida a una determinada representación laboral al objeto de que ésta presente su solicitud de inicio de las negociaciones con el respaldo de las plantillas, de al menos el 10 por 100 de los trabajadores. La Directiva CEU únicamente prevé el tratamiento de estas variaciones una vez iniciadas las negociaciones y/o transcurridas éstas con acuerdo (art. 13)¹⁰⁸⁸, pero no prevé cómo acomodar dichas variaciones, en estructura empresarial y/o plantillas, con carácter previo a la elaboración de una solicitud de inicio por la parte social. No debería suponerse, seguramente, que una determinada dirección empresarial pretenda ir ajustando estructura empresarial y/o plantilla al objeto de eludir su condición de dimensión comunitaria, lo que supondría que quedaría excluida del ámbito de aplicación de la Directiva.

¹⁰⁸⁷ Si no existe colaboración entre las empresas del grupo en orden a facilitar la información a los trabajadores, el ejercicio de este derecho quedará vaciado de contenido. Vid., SSTJCE de 29 de marzo de 2001, asunto C-62/99; 15 de julio de 2004, asunto C-341/01; y 13 de enero de 2004, Asunto C-440/00.

¹⁰⁸⁸ Art. 13 Directiva CEU 2009, Adaptación: “*Cuando se produzcan modificaciones significativas en la estructura de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria y no existan disposiciones previstas por los acuerdos vigentes o se produzcan conflictos entre las disposiciones de dos o más acuerdos aplicables, la dirección central abrirá la negociación contemplada en el artículo 5 por iniciativa propia o a solicitud escrita de al menos 100 trabajadores o de sus representantes en al menos dos Estados miembros. Al menos tres miembros del Comité de empresa europeo existente o de cada uno de los comités de empresa existentes serán miembros de la Comisión negociadora, además de los miembros elegidos o designados en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5 apartado 2. Durante esta negociación, el comité o comités de empresa europeos existentes seguirán funcionando conforme a las modalidades que se adapten mediante acuerdo celebrado entre los miembros del comité o comités y la dirección central*”.

2.2.3.- Contenido mínimo previsto en las disposiciones subsidiarias.-

Con respecto al alcance y contenido del derecho de información en la Directiva CEU 2009, ya se ha dicho que la norma no establece una obligación general de proporcionar información periódica sobre una serie de materias. Así, se deja en manos de la autonomía colectiva el alcance y contenido concreto del derecho de información en una determinada empresa o grupo de dimensión comunitaria. Ello siempre y cuando no se atente contra el objeto de la Directiva que es la mejora de la información y consulta. Ahora bien, en determinados supuestos, la norma obliga a que se respeten unas condiciones mínimas, denominadas disposiciones subsidiarias contenidas en el Anexo 1 de la Directiva. Los supuestos que obligan a la aplicación de las disposiciones subsidiarias según se dispone en el artículo 7, son los siguientes: 1.- cuando las partes así lo decidan; 2.- cuando la dirección central empresarial rechace negociar en un plazo de 6 meses desde la presentación de una solicitud de inicio por la parte social; y 3.- cuando en un plazo de 3 años desde dicha solicitud no hayan llegado a acuerdo y la parte social que negocia, denominada la comisión negociadora, no haya decidido anular las negociaciones en curso. En estos tres casos -acuerdo entre las partes, negativa empresarial a negociar durante 6 meses y/o transcurso del tiempo, más de 3 años-, son de aplicación las denominadas disposiciones subsidiarias y, en consecuencia, se ha de constituir obligatoriamente un Comité de empresa europeo *ex lege* o impuesto, cuyo derecho de información abarca un listado de materias, previsto en el punto 1.a del Anexo de la Directiva CEU 2009¹⁰⁸⁹, que es muy similar al listado de materias objeto de información en la Directiva marco 2002 (*Supra, cap. 4º, apartado I.2.1*)¹⁰⁹⁰. A su vez, se prevén en el Anexo

¹⁰⁸⁹ Punto 1.a Anexo Directiva CEU 2009: *“La información del comité de empresa europeo se referirá en particular a la estructura, la situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria. La información y la consulta al comité de empresa europeo se referirán sobre todo a 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 colectivos”.*

¹⁰⁹⁰ Listado de materias del artículo 4.2 Directiva marco 2002: 1.- situación económica: comprende información sobre *“la evolución reciente y la evolución probable de las actividades de la empresa o centro de trabajo y de su situación económica”*; 2.- empleo: se refiere a información sobre *“la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como sobre las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo”*; y 3.- cambios en la organización del trabajo

determinadas obligaciones en punto a la periodicidad de las reuniones: 1.- una reunión ordinaria anual (punto 2)¹⁰⁹¹; y 2.- unas reuniones extraordinarias (punto 3)¹⁰⁹² que tendrán lugar ante determinadas circunstancias excepcionales o que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores como los trasposos, los cierres y/o los despidos colectivos.

2.3.- El derecho de información en la Directiva SE 2001.- En cuanto al alcance y contenido del derecho de información en la Directiva SE 2001, interesa atender a las siguientes cuestiones: en primer lugar, a la definición de la información como mecanismo incluido en una más amplia implicación de los trabajadores en la empresa (apartado 2.3.1); en segundo lugar, a la delimitación del derecho de información en cuanto a que éste ha de afectar a cuestiones transnacionales (apartado 2.3.2); en tercer lugar, en atención a las peculiaridad propias que presenta la Sociedad anónima europea, se abordarán la indispensable reunión informativa *ab initio* (apartado 39.3.3) y el respeto a los derechos adquiridos en materia informativa (apartado 39.3.4); por último, interesa el contenido mínimo del derecho de información previsto para el órgano de representación *ex lege* en las disposiciones de referencia recogidas en el Anexo de la Directiva (apartado 39.3.5).

2.3.1.- Definición.- Ya se dijo que la Directiva SE 2001 era la primera norma que definía lo que ha de entenderse por información (*Supra, cap. 2º*,

en los contratos: se trata de información sobre *“las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo, incluidas en las disposiciones comunitarias mencionadas en el apartado 1 del artículo 9”*, relativo a las Directivas sobre despidos colectivos 98/59/CE y trasposos de empresas 2001/23/CE.

¹⁰⁹¹ Punto 2 Anexo Directiva CEU 2009: *“El comité de empresa europeo tendrá derecho a mantener como mínimo 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 grupo de empresas de dimensión comunitaria. Se informará de ello a las direcciones locales”*.

¹⁰⁹² Punto 3 Anexo Directiva CEU 2009: *“Cuando concurren circunstancias excepcionales o se adopten decisiones 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 este 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”*.

apartado 1.2.2). En concreto, en su artículo 2.i¹⁰⁹³ se define la información, en términos muy similares a los ya vistos en los apartados anteriores, como: *“transmisión de datos por el órgano competente de la Sociedad anónima europea..(..) en un momento -factor temporal-, de un modo -factor modal- y con un contenido -factor sustancial- que permitan a los representantes de los trabajadores evaluar en profundidad las posibles repercusiones y, en su caso, preparar la consulta..”.* De nuevo, en esta Directiva el derecho de información se concibe como instrumental al de consulta y, de nuevo, pocas precisiones se contienen en la norma en punto a los mencionados factores temporal, modal y sustancial, cuya concreción determinaría el alcance y contenido concretos del derecho de información. Ahora bien, lo que sí es original de la Directiva SE 2001 es que pretende ordenar o articular los derechos que denomina de implicación de los trabajadores en la empresa a partir de tres tipos de derechos: derechos de información, derechos de consulta y derechos de participación. Esta clasificación está diseñada para ordenar la implicación de los trabajadores en un determinado y exclusivo tipo de organización empresarial, la Sociedad anónima europea. Así, define en el artículo 2.h que por implicación de los trabajadores ha de entenderse *“la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa”.* Sin duda es un concepto abierto y amplio que da cabida a cualquier forma de intervención de los trabajadores en la toma de decisión empresarial. Ya se argumentó que en este trabajo se ha optado por seguir utilizando el tradicional concepto de participación, y el de derechos participativos, para referirnos al conjunto de derechos de información, de consulta y de participación interna, delegando el concepto de implicación para el fenómeno de las sociedades anónimas europeas (*Supra, cap. 2º, apartado 1.2.1).*

¹⁰⁹³ Art. 2.i Directiva SE 2001: *“La transmisión, por el órgano competente de la Sociedad anónima europea al órgano de representación de los trabajadores o a los representantes de los trabajadores, de las informaciones relativas a las cuestiones que afecten a la propia Sociedad anónima europea 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 Sociedad anónima europea”.*

2.3.2.- Las cuestiones transnacionales.- Es relevante con respecto a la definición del derecho de información según la Directiva SE 2001, que ésta contiene una definición quizás un poco más precisa que la contenida en las otras dos Directivas participativas objeto de estudio. Dicha precisión es apreciable por cuanto que en la Directiva SE 2001 se dice, expresamente (art. 2.i), que la información ha de recaer sobre cuestiones que afectan a *“la propia Sociedad anónima europea y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situados en otro Estado miembro”* o *“(cuestiones) que excedan de las competencias de los órganos de decisión de un único Estado miembro”*. En el marco de la Sociedad anónima europea, están más claras las cuestiones competenciales, es decir, la competencia que se atribuye a cada nivel de organización o de dirección de la sociedad, y así la Directiva SE, frente a la Directiva CEU, apunta mayor claridad en torno a qué tipo de cuestiones, y de qué ámbito, han de ser objeto de información, todas ellas en cualquier caso de carácter supra nacional por cuanto que la propia Sociedad anónima europea lo es, pues para ser considerada como tal se exige la presencia de dos sociedades situadas en dos Estados miembros diferentes (*Supra, cap. 3º, apartado II.4.2.3*)¹⁰⁹⁴. El hecho de que en ambas Directivas, SE y CEU, se quiera limitar el derecho de información a cuestiones estrictamente supranacionales es tanto la razón que justifica su existencia en virtud del principio de subsidiariedad de la actuación comunitaria, como, a su vez, es uno de sus puntos más débiles de la regulación, pues al exigirse dicha supranacionalidad con respecto al contenido de las informaciones, se podrían justificar omisiones empresariales con respecto al suministro de determinadas informaciones de carácter local o nacional; ello con previsibles e importantes consecuencias laborales en ámbitos superiores y/o centros establecidos en otros Estados miembros. Es significativo que la norma dice *“que afecten a la Sociedad anónima europea y a cualquiera de sus filiales”* no dice *“que afecten a la Sociedad anónima europea o a cualquiera de sus filiales”*. Con respecto a las informaciones de carácter local o nacional, la Sociedad anónima europea, en la

¹⁰⁹⁴ Como se dijo, la constitución de una Sociedad anónima europea ha de ajustarse necesariamente a uno de los cuatro modos previstos en el artículo 2 del Reglamento SE: 1.- por fusión de dos o más sociedades anónimas domiciliadas en diferentes Estados miembros; 2.- por constitución de una Sociedad anónima europea *holding*; 3.- por constitución de una sociedad anónima europea filial o filial común; y 4.- por transformación de una sociedad anónima existente en una Sociedad anónima europea.

letra de la Directiva SE, no estarán obligadas a transmitir información, sino que lo estarán sus filiales, pero en aplicación de las normas nacionales de incorporación la Directiva marco 2002. Ello además en consonancia con lo dispuesto en el artículo 13.3.a de la Directiva SE: “*La presente Directiva no afectará: a.- a los actuales derechos de implicación de los trabajadores previstos en los Estados miembros por la legislación y/o la práctica nacionales, de que gocen los trabajadores de la Sociedad anónima europea y de sus filiales y establecimientos, distintos de la participación en los órganos de la Sociedad anónima europea*” (Infra, cap. 4º, apartado I.5.3.2).

2.3.3.- La reunión informativa *ab initio*.- Con respecto al alcance y contenido del derecho de información en la Sociedad anónima europea, ha de hacerse referencia a la indispensable reunión *ab initio* prevista en el artículo 3.1 de la Directiva SE 2001, cuya celebración deriva de la propia singularidad de la constitución de un nuevo tipo societario o sociedad anónima europea. Como ya se dijo (*Supra*, cap. 3º, apartado II.4.4), la constitución de una Sociedad anónima europea no es obligatoria sino facultativa, pero para que pueda inscribirse y registrarse, en el registro del domicilio social (art. 16.1 Reglamento SE) es indispensable que no se incumplan las disposiciones de la Directiva SE 2001 relativas a la implicación de los trabajadores en la misma (art. 12.2 Reglamento SE)¹⁰⁹⁵. Es decir, si ha de constituirse una Sociedad anónima europea, con carácter previo a su existencia ha de darse información a la representación laboral afectada, representación laboral existente en las sociedades participantes en la constitución de una Sociedad anónima europea, que le permita iniciar una negociación sobre cómo va a resolverse la implicación de los trabajadores en dicha Sociedad anónima europea, so pena de que dicha sociedad no podrá inscribirse en el correspondiente registro¹⁰⁹⁶. En este sentido,

¹⁰⁹⁵ En este sentido, el artículo 12.2 Reglamento SE 2001: “*No podrá registrarse ninguna Sociedad anónima europea salvo que se haya celebrado 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 celebrado ningún acuerdo*”.

¹⁰⁹⁶ De lo dispuesto en el artículo 12.2 Reglamento SE se establece que la inscripción no podrá producirse en tres supuestos: 1.- si no se ha celebrado un acuerdo sobre implicación de los trabajadores previsto en el artículo 4 de la Directiva SE; 2.- si se ha tomado la decisión de no iniciar las negociaciones o poner fin a éstas prematuramente: en este caso la Directiva regula la

el artículo 3.1 de la Directiva SE 2001 obliga a los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes a comunicar información, “*lo antes posible*”, a los representantes laborales de estas sociedades sobre los siguientes aspectos: la identidad de las sociedades participantes, filiales o establecimientos afectados así como el número de trabajadores. Es relevante señalar que la información no se transmite, como en el supuesto de la Directiva CEU, para poder validar una determinada solicitud de inicio de las negociaciones del lado social y/o para saber si una determinada empresa o grupo es o no de dimensión comunitaria, sino que la transmisión de la información es, en el caso de la Directiva SE 2001, indispensable e ineludible, por cuanto que si no se produce esa primera transmisión de datos o encuentro informativo, no puede llevarse a efecto la constitución legal de la Sociedad anónima europea. Se ha de considerar, en este sentido, que la iniciativa negocial se prevé en la norma como un verdadero deber para las direcciones empresariales que deseen formar una Sociedad anónima europea. No es facultativa la apertura de negociaciones con el banco social, sino que es requisito indispensable para constituir legalmente la misma. Como se argumentará (*Infra, cap. 4º, apartado II.3.2.2*), serán los órganos de administración o de dirección de las sociedades participantes, interesadas en la constitución de una Sociedad anónima europea, las primeras que pretenderán acelerar la celebración de esta primera reunión informativa, y que está tenga lugar “*lo antes posible*”¹⁰⁹⁷.

2.3.4.- El respeto de los derechos adquiridos.- Otra de las importantes peculiaridades o nota distintiva del régimen de la implicación de los trabajadores en una Sociedad anónima europea viene constituido por el respeto al principio antes-después o principio de conservación de derechos adquiridos. Como ya se dijo (*Supra, cap. 2º, apartado V.1.3*), mediante este principio inspirador del

mayoría necesaria para decidir que no se inicien o que se terminen las negociaciones (art. 3.6 segundo párrafo) y establece que en estos casos deben aplicarse las disposiciones relativas a derechos de información y consulta vigentes en los Estados miembros en que la Sociedad anónima europea tenga trabajadores (art. 3.6 primer párrafo); y 3.- si ha expirado el período de negociaciones (seis meses prorrogable a un año de común acuerdo), sin alcanzarse un acuerdo: en este supuesto por indicación del artículo 7.1 de la Directiva SE se aplicarán las disposiciones de referencia contenidas en el Anexo de la misma.

¹⁰⁹⁷ Matiza el citado artículo 3.1 Directiva SE 2001 que se hará 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 Sociedad anónima europea*”.

régimen jurídico de la Sociedad anónima europea se pretende garantizar el mantenimiento de los derechos de participación, lo que incluye derechos de información, consulta y participación interna, adquiridos antes de la constitución de la Sociedad anónima europea pero sin obligar a sus fundadores a establecer después, tras la constitución de dicha sociedad, sistemas más favorables¹⁰⁹⁸. Si bien este principio se acogió mayoritariamente en la norma para evitar que determinadas empresas se transformaran en Sociedad anónima europea y evitar así legislaciones más avanzadas en materia de derechos participativos, en materia simplemente informativa o derecho de información en sentido estricto, este principio pueda dar cabida, además, a que por acuerdo entre las partes, comisión negociadora y órgano competente en la Sociedad anónima europea, se respeten sistemas de información y consulta ya existentes en las sociedades antes de la constitución de la misma. Así, el artículo 3.6 de la Directiva prevé la posibilidad de que la comisión negociadora decida, por una determinada mayoría¹⁰⁹⁹, no iniciar las negociaciones sobre el acuerdo de implicación o terminar las negociaciones ya iniciadas *“y basarse en las disposiciones de información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la Sociedad anónima europea tenga trabajadores”*. Esta decisión de la Comisión negociadora pone fin al procedimiento de negociación (*Infra, cap, 4º, apartado II.3.2.4*), y supone que no se aplicará ninguna de las disposiciones de referencia previstas en el Anexo (*Infra, cap. 4º, apartado I.2.3.5*).

¹⁰⁹⁸ Con la adopción de este principio, como se verá, no se trata únicamente de salvaguardar las prácticas más avanzadas de la participación interna alemana sino que, a su vez, deberían poder considerarse como derechos adquiridos de los trabajadores empleados en sociedades participantes en la constitución de una Sociedad anónima europea, derechos informativos de mayor alcance y contenido, con mayores precisiones, por ejemplo, en punto a las previsiones económicas, financieras y contables de una determinada sociedad mercantil, inmersas quizás en ordenamientos jurídicos o en prácticas empresariales, bajo mayores exigencias en punto a la transparencia informativa empresarial como retribuciones/dietas de los miembros de los consejos de administración, donaciones a entidades u organismos y/o otro tipo de operaciones tradicionalmente encubiertas.

¹⁰⁹⁹ Art. 3.6, segundo párrafo, Directiva SE 2001: *“La mayoría necesaria para decidir que no se inicien o que se terminen unas negociaciones será la de 2/3 de miembros que representen al menos a 2/3 de los trabajadores, incluidos los votos de miembros que representen a trabajadores de al menos dos Estados miembros”*.

A la normativa sobre la Sociedad anónima europea le interesa especialmente, no sólo la diferente situación participativa en las que pueden encontrarse las diferentes sociedades participantes en la constitución de una Sociedad anónima europea, sino especialmente, tanto en materia de derechos de implicación en general, como en materia de derechos de participación interna en particular (*Infra, cap. 4º, apartado 1.5*)¹¹⁰⁰, le interesa asegurar que prevalezcan determinados derechos de participación que pudieran existir en una sociedad anónima que vaya a transformarse en Sociedad anónima europea, es decir, que con la transformación se respeten los derechos de participación existentes antes de dicha transformación en Sociedad anónima europea. Es por ello que el artículo 3.6 de la Directiva SE establece expresamente que en el caso de una Sociedad anónima europea constituida mediante transformación, cuando exista participación en la empresa que vaya a transformarse, no será posible que la comisión negociadora decida acoger como sistema de implicación en dicha sociedad, un sistema basado únicamente en “*disposiciones de información y consulta ya existentes*”. Así, si existen derechos de participación interna, éstos deben mantenerse en determinados supuestos y condiciones, relativos a la relevancia de los mismos (*Infra, cap. 4º, apartado 1.5.3*). Por lo demás, la decisión de la comisión negociadora relativa a mantener el sistema de información y consulta ya existente en la empresa, que supone principalmente que no se van a aplicar las disposiciones de referencia previstas en el Anexo, es decir, que no se va a crear un órgano de representación *ex lege*, no es irrevocable. En este sentido, el último párrafo del artículo 3.6 de la Directiva prevé que se pueda volver a convocar a la comisión negociadora y reanudar las negociaciones a los dos años¹¹⁰¹.

¹¹⁰⁰ Como se verá, en materia de derechos de participación interna, las garantías son más exigentes y abarcan también a las Sociedades anónimas europeas constituidas por fusión de sociedades anónimas o mediante *holding*.

¹¹⁰¹ Art. 3.6, último párrafo, Directiva SE 2001: “*La comisión negociadora volverá a ser convocada cuando así lo soliciten, por escrito, el 10 por 100 por lo menos de los trabajadores de la Sociedad anónima europea, de sus filiales y establecimientos o de sus representantes, siempre que hayan transcurrido al menos dos años desde la fecha de la citada decisión, salvo que las partes acuerden reiniciar las negociaciones con anterioridad. Si la comisión negociadora decide reanudar las negociaciones con la dirección, pero no se llega a un acuerdo como resultado de dichas negociaciones, no se aplicará ninguna de las disposiciones subsidiarias*”.

2.3.5.- Contenido mínimo previsto en las disposiciones de referencia.- La Directiva SE 2001 prevé un contenido mínimo del derecho de información a observar en los supuestos concretos de aplicación de las disposiciones de referencia contenidas en el Anexo de la norma. Como ya se ha dicho, la configuración del contenido y alcance del derecho de información, y también de consulta, en la Directiva SE 2001, siguió la senda iniciada por la ahora derogada Directiva CEU 1994 (*Supra, cap. 2º, apartados IV.4 y V.2.3*). En este sentido, la Directiva SE 2001 se remite también a la autonomía colectiva, o negociación entre las partes, en la determinación concreta del derecho de información¹¹⁰². En el Anexo de la Directiva SE 2001 se prevén también unas disposiciones de referencia, con un contenido mínimo a aplicar en caso de desacuerdo entre las partes. Básicamente las disposiciones de referencia se aplicarán, según dispone el artículo 7:

1.- Cuando las partes negociadoras, la comisión negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes¹¹⁰³, así lo decidan.

2.- Cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo de implicación en el plazo de 6 meses, o de un año si las partes han decidido prorrogarlo, y se den dos condiciones: a.- que la parte empresarial esté de acuerdo en aplicar las disposiciones de referencia; y b.- que la comisión negociadora o banco social de

¹¹⁰² En el caso de la Directiva SE 2001, la primacía de la autonomía colectiva va más allá al permitir a las partes elegir entre tres modalidades, denominadas de implicación: 1.- canalizar la implicación a través de un órgano de participación a través de un órgano de representación de los trabajadores, modalidad denominada participación externa negociada; 2.- mediante el establecimiento de cauces o procedimientos de información y consulta o modalidad denominada participación no institucionalizada o informal; y 3.- acoger la implicación mediante el establecimiento de derechos de participación o derechos relativos a la modalidad denominada participación interna, es decir, derecho a elegir, recomendar, designar u oponerse a la designación de determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad. Las partes, decíamos (*Supra, cap. 2º, apartado V.1.3*), podrían optar por una u otra modalidad pero no pueden prescindir de ellas.

¹¹⁰³ Como se verá (*Infra, cap. 4º, apartado II.3.2.3*), las partes negociadoras serán: 1.- la comisión negociadora del lado social constituida conforme a lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva -disposición de alcance nacional- que distingue en dicha composición el modo de constitución de la Sociedad anónima europea, principalmente si es por fusión, y asegurando que se respete una proporción entre el número de miembros en la comisión negociadora y el número de trabajadores empleados en cada Estado miembro por las sociedad participantes y las filiales y los establecimientos afectados; y 2.- por el lado empresarial, la Directiva menciona reiteradamente a "los órganos competentes de las sociedades participantes", sin entrar en mayores detalles y dejando libertad a la sociedad para delegar su representación ante el banco social de la negociación.

la negociación no haya decidido acogerse a las disposiciones sobre información y consulta ya vigentes en los Estados miembros en que la Sociedad anónima europea tenga trabajadores¹¹⁰⁴. Sólo ante el cumplimiento de estas dos condiciones serán de aplicación las disposiciones de referencia. Y en lo que interesa ahora, el alcance y contenido del derecho de información en la Directiva SE 2001 en los supuestos de aplicación subsidiaria o de referencia mencionados, será muy similar a lo dispuesto con ocasión de la constitución del Comité de empresa europeo *ex lege* o impuesto. Así, en virtud de lo dispuesto en la Parte primera del Anexo, se constituirá un “*órgano de representación de los trabajadores*” u órgano *ex lege*, al que se le reconocen determinados derechos de información y consulta, previsto en la Parte segunda del Anexo, que han de considerarse como el contenido mínimo, aunque no lo es, del derecho de información en virtud de la aplicación de las disposiciones de referencia, cuyo contenido es el siguiente:

Primero.- El derecho de información reconocido a este órgano de representación *ex lege*, se limitará a cuestiones transnacionales o “*cuestiones que afecten a la Sociedad anónima europea en sí misma*”.. “*que exceden de la competencia de los órganos de decisión de un solo Estado*”¹¹⁰⁵.

Segundo.- Se prevé una reunión anual entre el órgano de representación laboral y el órgano competente de la Sociedad anónima europea, en el que el primero debe ser informado sobre “*evolución y perspectivas de las actividades de la Sociedad anónima europea..sobre la base de informes periódicos elaborados por el órgano competente*”. A su vez, se prevé que el derecho de

¹¹⁰⁴ Como se dijo (*Supra, cap. 4º, apartado 1.2.3.4*), en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.6 Directiva SE 2001, si la Comisión negociadora decide -por mayoría de dos tercios de sus miembros que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de miembros que representen a trabajadores de al menos dos Estados miembros-, no iniciar las negociaciones o terminar las ya iniciadas y basarse en las disposiciones vigentes sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros donde la Sociedad anónima europea tenga trabajadores. Esta decisión pone fin al procedimiento de negociación y no se aplicarán las disposiciones del anexo.

¹¹⁰⁵ Anexo Directiva SE 2001, Disposiciones de referencia parte 2.a: “*la competencia del órgano de representación se limitará a cuestiones que afecten a la Sociedad anónima europea 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*”.

información recaiga sobre un elenco de materias¹¹⁰⁶ idéntico al recogido en el Anexo de la Directiva CEU 2009 (punto 1.a) con respecto al Comité de empresa europeo *ex lege*, que a su vez, se asemejaba a la relación de materias objeto de información previstas en el artículo 4.2 de la Directiva marco 2002¹¹⁰⁷.

Tercero.- Al igual que en las disposiciones subsidiarias de la Directiva CEU 2009, también las disposiciones de referencia de la Directiva SE 2001 se prevé un derecho de información, adicional al anterior, cuando concurren circunstancias excepcionales *“que afecten de modo considerable a los intereses de los trabajadores”* y, en concreto, ante supuestos de traslados, ventas, cierre de empresas o establecimientos o despidos colectivos. En estos supuestos, el órgano de representación laboral en la sociedad anónima europea tendrá derecho a ser informado sobre dichas circunstancias excepcionales¹¹⁰⁸.

Cuarto.- Muy significativo resulta lo previsto en el segundo párrafo de Parte 2.b del Anexo, ausente en la Directiva CEU 2009, relativo a información societaria adicional que ha entregar *“el órgano competente de la Sociedad*

¹¹⁰⁶ Anexo Directiva SE 2001, Disposiciones de referencia parte 2.b, segundo párrafo: *“la reunión se referirá en particular a la estructura, la situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, de la producción y de las ventas, la situación y evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales relativos a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o nuevos métodos de producción, los traslados de producción, las fusiones, reducciones de tamaño o cierre de empresas, de establecimientos o de partes importantes de éstos, y los despidos colectivos”*.

¹¹⁰⁷ Listado de materias del artículo 4.2 Directiva marco 2002: 1.- situación económica: comprende información sobre *“la evolución reciente y la evolución probable de las actividades de la empresa o centro de trabajo y de su situación económica”*; 2.- empleo: se refiere a información sobre *“la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como sobre las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo”*; y 3.- cambios en la organización del trabajo y en los contratos: se trata de información sobre *“las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo, incluidas en las disposiciones comunitarias mencionadas en el apartado 1 del artículo 9”*, relativo a las Directivas sobre despidos colectivos 98/59/CE y traspasos de empresas 2001/23/CE.

¹¹⁰⁸ Anexo Directiva SE 2001, Disposiciones de referencia parte 2.c: *“cuando concurren circunstancias excepcionales que afecten de modo considerable los intereses de los trabajadores, y en particular en los casos de traslados, ventas, cierre de empresas o establecimientos y despidos colectivos, el órgano de representación tendrá derecho a ser informado. El órgano de representación o, cuando así lo decida –en particular por razones de urgencia-, el comité restringido tendrá derecho a reunirse, a petición propia, con el órgano competente de la Sociedad anónima europea o con cualquier otro nivel de dirección más adecuado de la Sociedad anónima europea que sea competente para adoptar decisiones propias, para que se les informe y consulte sobre las medidas que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores”*.

anónima europea” al “órgano de representación de los trabajadores” relativa a documentos internos de la Sociedad anónima europea: “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 accionistas¹¹⁰⁹”.

3.- Límites al derecho de información.- Las tres Directivas participativas objeto de estudio prevén, en términos muy similares, que los Estados miembros en sus normas nacionales de transposición deben proceder a asegurar y proteger determinadas informaciones empresariales¹¹¹⁰. Esta protección a determinados datos o informaciones empresariales confidenciales o muy sensibles se configura en las tres Directiva como un importante límite al contenido y alcance de los derechos de información reconocidos a los representantes de los trabajadores en sus respectivos ámbitos. Así, las Directivas establecen dos limitaciones, al objeto, seguramente de poder dar cabida a las diferentes regulaciones existentes en los Estados miembros¹¹¹¹: por un lado, imponiendo un deber de secreto a los representantes de los trabajadores con respecto a informaciones o datos que hayan sido expresamente comunicados con carácter confidencial por las direcciones empresariales (apartado 3.1); por otro lado, dispensando a la direcciones empresariales de la obligación de transmitir determinadas informaciones muy sensibles. De ahí que éstas se conviertan en secretas al permitirse directamente que el empresario no las transmita a los representantes de los trabajos (apartado 3.2). Las Directivas participativas prevén también la posibilidad de que los Estados miembros establezcan disposiciones especiales, con respecto a los dos puntos anteriores,

¹¹⁰⁹ Parte 2.b, segundo párrafo, Anexo Directiva SE 2001: *“El órgano competente de la Sociedad anónima europea proporcionará al órgano de representación el orden del día de las reuniones del órgano de administración o, cuando proceda, del órgano de dirección y control, así como copia de todos los documentos presentados a la junta general de accionistas”.*

¹¹¹⁰ Artículo 6 de la Directiva marco 2002, artículo 8 de la Directiva CEU 2009 y artículo 8 de la Directiva SE 2001.

¹¹¹¹ MERCADER URGINA, J., “Derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”, *Relaciones Laborales* 2/1997, p. 73; SÁEZ LARA C. y DURÁN LÓPEZ, F., *El papel de la Participación...*, *cit.*, p. 114. Según estos últimos, se deberían haber identificado las materias sujetas a información confidencial, si se acepta o no la discrecionalidad empresarial en punto a la calificación de confidencialidad, hasta qué punto y con qué límites.

en determinadas empresas de tendencia (apartado 3.3), y la obligación de que los Estados miembros establezcan mecanismos de tutela en favor de los representantes de los trabajadores sometidos al deber de secreto y/o afectados por la dispensa empresarial en punto a la transmisión de informaciones muy sensibles (apartado 3.4).

3.1.- El deber de secreto con respecto a la información confidencial.-

Con respecto al tratamiento de la información confidencial en las tres Directivas participativas, Directiva marco 2002 (art. 6.1)¹¹¹², Directiva CEU 2009 (art. 8.1)¹¹¹³ y Directiva SE 2001 (art. 8.1)¹¹¹⁴, se configura un auténtico deber de secreto con respecto a informaciones o datos transmitidos por la empresa a los representantes de los trabajadores, siempre que dicha información *“haya sido comunicada expresamente con carácter confidencial”*. La imposición de este deber de secreto es altamente significativa, principalmente si se tiene en cuenta que en propuestas anteriores, por ejemplo, en las rechazadas Directivas Vredeling y Vredeling-Richards de 1980 y 1983 respectivamente, se exigía únicamente un deber de mera discreción (*Supra, cap. 2º, apartado III.3*). Interesa profundizar sobre: el alcance del deber de secreto (apartado 3.1.1); los sujetos

¹¹¹² Art. 6.1 Directiva marco 2002: *“Los Estados miembros dispondrán que, en las condiciones y dentro de los límites fijados por las legislaciones nacionales, los representantes de los trabajadores, así como los expertos que en su caso les asistan, no estén autorizados a revelar a trabajadores ni a terceros la información que, en legítimo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter confidencial. Esta obligación subsistirá, independientemente del lugar en que se encuentren, incluso tras la expiración de su mandato. No obstante, un Estado miembro podrá autorizar a los representantes de los trabajadores o a cualquiera que les asista a que transmitan información confidencial a trabajadores o a terceros sujetos a una obligación de confidencialidad”*.

¹¹¹³ Art. 8.1 Directiva CEU 2009: *“Los Estados miembros preverán que los miembros de la Comisión negociadora y del comité de empresa europeo, así como los expertos que, en su caso, les asistan, no estarán autorizados para revelar a terceros la información que les haya sido expresamente comunicada con carácter confidencial. Lo mismo regirá para los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta. Esta obligación subsistirá, independientemente del lugar en que se encuentren las personas contempladas en los párrafos primero y segundo, incluso tras la expiración de su mandato”*.

¹¹¹⁴ Art. 8.1 Directiva SE 2001: *“Los Estados miembros preverán que los miembros de la comisión negociadora y del órgano de representación así como los expertos que, en su caso, les asistan, no estarán autorizados para revelar a terceros la información que les haya sido comunicada con carácter confidencial. Lo mismo regirá para los representantes de los trabajadores en el marco de un procedimiento de información y consulta. Esta obligación subsistirá, independientemente del lugar en que se encuentren, incluso tras la expiración de su mandato”*.

obligados sobre los que recae dicho deber de secreto (apartado 3.1.2); y los ámbitos geográfico y temporal del deber de secreto (apartado 3.1.3).

3.1.1.- Alcance del deber de secreto.- Es significativo que las normas comunitarias prevén un auténtico deber de secreto, incluso de silencio, “*no están autorizados a revelar*”, sobre la información recibida con el calificativo de confidencial. Este deber de secreto va más allá, es más intenso, que el habitual deber de sigilo profesional que se exige a los representantes de los trabajadores y que ha sido identificado por la doctrina: como el deber de utilizar diligentemente la información recibida por el empresario, como un flexible deber de discreción, que permite un uso prudente de la información frente a los representados incluyendo la circulación interna de datos¹¹¹⁵ y “no como una prohibición radical y ciega como es el deber de secreto¹¹¹⁶”. Las normas participativas objeto de estudio, si bien remiten a los Estados miembros la competencia para fijar el alcance concreto de este deber de secreto, parecen decantarse por un estricto deber de silencio, no de mero sigilo, con respecto a la información recibida expresamente como confidencial. Que se haya dejado libertad a los Estados miembros en la fijación del alcance de este deber es cuestionable principalmente con respecto a ordenamientos internos más proclives a limitar el uso o la circulación de la información. Sin duda existen diferencias importantes en cuanto al tratamiento de la transparencia informativa de las empresas en unos ordenamientos jurídicos frente a otros: en algunos países predomina el sistema de cláusula general de derecho de información; en otros, por el contrario, se opta por regular supuestos concretos y detallar con precisión que información debe suministrarse a los representantes de los trabajadores¹¹¹⁷.

Es la Directiva marco 2002 la única que prevé expresamente la posibilidad de que algún Estado miembro acoja una regulación más favorable a la

¹¹¹⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., *Los derechos de información...*, cit., p. 298.

¹¹¹⁶ OJEDA AVILÉS, A., en BOZA PRO, G., *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, prólogo, p. 12.

¹¹¹⁷ BOZA PRO, G., *El deber de sigilo...* cit., p. 40. Este autor realiza un interesante análisis sobre las distintas limitaciones del derecho de información en la normativa internacional y de derecho comparado -EEUU, Reino Unido, Suecia, Bélgica, Alemania, Francia y España-, pp. 40-89.

representación laboral (art. 6.1 *in fine*), es decir, menos limitativa del derecho de información a éstos reconocidos, permitiendo que efectivamente se transmita, a dichos representantes “o a cualquiera que les asista”, información calificada como confidencial¹¹¹⁸. En cuanto a la Directiva CEU 2009, la posibilidad de que en las normas nacionales de transposición pueda otorgarse una protección mayor, podría derivarse con carácter general de lo dispuesto en el artículo 12.5 de la misma: “*La aplicación de la presente Directiva no constituirá motivo suficiente para justificar un retroceso con respecto a la situación existente en los Estado miembros en relación con el nivel general de protección de los trabajadores en el ámbito cubierto por la Directiva*”.

En cualquier caso, es desde luego muy criticable que la calificación de una información o dato como confidencial se deje en manos de las direcciones empresariales, a salvo de que por la vía de la transposición de las Directivas participativas, pudieran acogerse diversos mecanismos de control de dicha clasificación de confidencialidad empresarial, siguiendo las normas internas establecidas a tal efecto y/o bien permitiendo a una autoridad imparcial, bien a los propios representantes o a unos expertos, participar o al menos controlar la amplia discrecionalidad empresarial en este punto.

3.1.2.- Sujetos obligados.- Señalan las Directivas participativas que el mencionado deber de secreto con respecto a las informaciones o datos transmitidos por la empresa, recae sobre determinados sujetos. En concreto, en la Directiva marco 2002 la información confidencial puede transmitirse a los representantes de los trabajadores y a los expertos que les asistan y, a salvo de lo que disponga a contrario la norma nacional de transposición, esta información confidencial no puede transmitirse “*ni a los trabajadores, ni a terceros*”. En las Directivas CEU 2009 y SE 2001, la información confidencial puede transmitirse también a representantes de los trabajadores y a los expertos, y no puede transmitirse a “*terceros*”. En estas Directivas, CEU y SE, se omite el término “*trabajadores*” por lo que no queda claro si es posible, a contrario, transmitir la

¹¹¹⁸ Art. 6.1 *in fine* de la Directiva marco 2002: “*No obstante, un Estado miembro podrá autorizar a los representantes de los trabajadores o a cualquiera que les asista a que transmitan información confidencial a trabajadores o a terceros sujetos a una obligación de confidencialidad*”.

información confidencial a los trabajadores, o si los trabajadores son o no los terceros -en la relación jurídica entre el empleador y los representantes- a los que está vetada la transmisión de dicha información confidencial. Sin perjuicio de que estos matices deben ser aclarados en los ordenamientos internos, es muy significativo, al menos en el caso de la Directiva CEU, que el objeto de esta norma sea expresamente *“mejorar el derecho de información y de consulta a los trabajadores”*, lo que en teoría significa que no debería limitarse el acceso a los trabajadores a los datos e informaciones, aun cuando sean calificados como confidenciales, y si acaso debería imponerse a los trabajadores un deber de secreto similar al que deben observar los representantes de los trabajadores y los expertos en virtud de lo dispuestos en las Directivas participativas. Por lo demás, es muy significativo también que en la propuesta de Directiva marco de 1998¹¹¹⁹, en la propuesta de Directiva CEU de 1991¹¹²⁰, y en la derogada Directiva CEU 1994, al igual que ocurre con las vigentes Directiva CEU 2009 y Directiva SE 2001, no se hacía referencia a los *“trabajadores”*, como sujetos a los que no se puede transmitir información confidencial, sino únicamente a *“terceros”*. Puede afirmarse, en este sentido, que el hecho de que en la Directiva marco 2002 se haya incluido el término *“trabajadores”* como sujetos a los que no se puede transmitir información confidencial, supone un mayor retroceso en cuanto a la imposición de límites a los derechos de información reconocidos a los representantes de los trabajadores. El hecho de que un representante no pueda compartir información, aunque sea confidencial, con sus representados atenta a los principios básicos de la institución de la representación de los

¹¹¹⁹ Art. 5.1 Propuesta de Directiva marco de 1998: *“Los Estados miembros preverán que los representantes de los trabajadores así como los expertos que los asistan no estarán autorizados a revelar a terceros la información que se les haya comunicado con carácter expresamente confidencial. Esta obligación subsistirá, independientemente del lugar en que se encuentren, incluso tras la expiración de su mandato”*.

¹¹²⁰ Art. 8.2 Propuesta de Directiva CEU de 1991: *“Los Estados miembros dispondrán lo necesario para que los miembros del órgano especial de negociación y del Comité de empresa europeo y los expertos que les asistan no revelen a terceros cualquier información confidencial que les haya sido confiada expresamente. Esta obligación se mantendrá después de finalizados sus mandatos”*.

trabajadores en la empresa. Es por ello, que el deber de secreto debiera interpretarse restrictivamente¹¹²¹.

3.1.3.- Ámbitos geográfico y temporal del deber de secreto.- En las tres Directivas participativas se fija en términos idénticos, por un lado, el ámbito geográfico del deber de secreto analizado, “*subsistirá independientemente del lugar en que se encuentren*”, y por otro, el ámbito temporal del mismo, “*subsistirá incluso tras la expiración de su mandato*”¹¹²². Con respecto al ámbito geográfico, la norma se refiere a que es independiente el lugar dónde se encuentre ubicado geográficamente el representante o el experto, sujetos al deber de secreto, para poder exigírsele el respeto al mismo. Cuestión distinta es la relativa a que, en los supuestos de las Directivas CEU y SE, las normas aplicables en punto al deber de secreto (art. 8.1 de ambas Directivas), por ser disposiciones de carácter nacional, serán las del Estado miembro donde radique el centro de trabajo o establecimiento al que pertenezca dicho representante de los trabajadores¹¹²³. Con respecto al ámbito temporal del deber de secreto, el hecho de que no exista un límite temporal al mismo, es decir, que se impone a los representantes y/o a los expertos que los asistan una obligación vitalicia, ésta ha de considerarse un tanto excesiva o incluso un exceso legal¹¹²⁴. Quedaría por resolver si estas disposiciones sobre el ámbito geográfico y temporal del deber de secreto que se impone a los representantes de los trabajadores y/o a sus expertos son o no disponibles para los Estados miembros y para la autonomía colectiva. En ambos casos la respuesta ha de ser necesariamente afirmativa, a tenor de la flexibilidad que impera en las Directivas participativas y en virtud del principio de

¹¹²¹ GOÑI SEIN, J. L., “La controversia entre el derecho de información de los representantes sindicales y el deber de sigilo: criterios de enjuiciamiento”, *Revista de Derecho Social* nº 22, abril-junio 2003.

¹¹²² Artículo 6.1 de la Directiva marco 2002, artículo 8.1, tercer párrafo, de la Directiva CEU 2009 y artículo 8.1, tercer párrafo, de la Directiva SE 2001.

¹¹²³ RIESCO ROCHE, R., *Informe-resumen sobre los trabajos...*, *cit.*, p. 4. Es llamativo, sin embargo, que la denominada cláusula de confidencialidad del artículo 8.2 y también la disposición relativa a las empresas de tendencia (art. 8.3) se consideran disposiciones de carácter transnacional, por lo que, se observara la legislación del Estado miembro donde radique la dirección central de la empresa o grupo de dimensión comunitaria.

¹¹²⁴ GÓMEZ GORDILLO, R., *El Comité de empresa europeo: Un estudio jurídico*, Consejo Económico y Social, Colección estudios nº 144, 2003, p. 321.

subsidiariedad horizontal, especialmente con respecto a la Directiva CEU 2009. No está tan clara, sin embargo, la aplicación del principio de subsidiariedad horizontal con respecto a la Directiva SE 2001, por pertenecer esta norma propiamente dicho al derecho societario y no al social. Ello a pesar de que también se remite en múltiples ocasiones a la autonomía colectiva para la regulación concreta de diversos aspectos (*Infra, cap. 4º, apartado II.1*).

3.2.- La dispensa empresarial en punto a la transmisión de informaciones muy sensibles.- Las Directivas participativas prevén un derecho empresarial a no comunicar ciertas informaciones que se han calificado como informaciones muy sensibles, por considerar que su comunicación podría causar un perjuicio grave al funcionamiento de las empresas. En concreto, los artículos 6.2 de la Directiva marco 2002¹¹²⁵, 8.2 de la Directiva CEU 2009¹¹²⁶ y 8.2 de la Directiva SE 2001¹¹²⁷, prevén la dispensa empresarial de transmitir o comunicar datos o informaciones en determinados supuestos y bajo cierto control o garantía. Es conveniente considerar: 1.- el fundamento, alcance y legislación aplicable a la dispensa empresarial o derecho a no comunicar o transmitir determinada información muy sensible (apartado 3.2.1); y 2.- los sujetos empresariales con derecho a no facilitar dichas informaciones (apartado 3.2.2);

¹¹²⁵ Art. 6.2 de la Directiva marco 2002: “Los Estados miembros dispondrán que, en casos específicos y en las condiciones y dentro de los límites establecidos por las legislaciones nacionales, el empresario no está obligado a facilitar información o a proceder a consultas que, por su naturaleza, pudieran según criterios objetivos crear graves obstáculos al funcionamiento de la empresa o centro de trabajo o perjudicarles”.

¹¹²⁶ Art. 8.2 Directiva CEU 2009: “Cada Estado miembro preverá que, en los casos específicos y en las condiciones y límites establecidos por la legislación nacional, la dirección central que se halle en su territorio no estará obligada a comunicar información, que por su naturaleza, pudiere según criterios objetivos, crear graves obstáculos al funcionamiento de las empresas afectadas u ocasionar perjuicios a las empresas afectadas por dichas disposiciones. El Estado miembro de que se trate podrá supeditar dicha dispensa a una autorización previa de carácter administrativo o judicial”.

¹¹²⁷ Art. 8.2 Directiva SE 2001: “Cada Estado miembro preverá que, en casos específicos y en las condiciones y límites establecidos por la legislación nacional, el órgano de control o de administración de la Sociedad anónima europea o de una sociedad participante establecida en su territorio no estará obligado a comunicar información que, por su naturaleza, pudiera según criterios objetivos, crear graves obstáculos al funcionamiento de la Sociedad anónima europea (o en su caso de la sociedad participante), o de sus filiales y establecimientos u ocasionar perjuicios a los mismos. Los Estados miembros podrá supeditar dicha dispensa a una autorización previa de carácter administrativo o judicial”.

3.2.1- Fundamento, alcance y normativa aplicable.- Con respecto al fundamento o justificación del reconocimiento de la dispensa empresarial o derecho a no comunicar o transmitir determinadas informaciones, encontramos en el Preámbulo de la Directiva marco 2002 (puntos 25 y 26)¹¹²⁸ indicaciones sobre la necesidad de proteger determinadas informaciones empresariales, bien *“cuando ello pueda ocasionar un perjuicio grave a la empresa o centros de trabajo”, “bien cuando deba cumplir de inmediato una orden superior”*. También en el Preámbulo de la Directiva SE 2001 se dice que: *“debe contemplarse una disposición que permita al órgano competente de la Sociedad anónima europea no divulgar aquella información que pudiera dañar gravemente el funcionamiento de la Sociedad anónima europea en caso de hacerse pública” (punto 13).*

El reconocimiento de un derecho empresarial a no comunicar determinadas informaciones no ajena a los ordenamientos jurídicos comunitarios; estando previsto este derecho en algunos Estados miembros

¹¹²⁸ Punto 25 del Preámbulo Directiva marco 2002: *“Es preciso proteger a las empresas y a los centros de trabajo contra la divulgación de determinadas informaciones especialmente sensibles”*. Punto 26: *“El empresario debe tener la oportunidad de no informar ni consultar cuando ello pueda ocasionar un perjuicio grave a la empresa o centro de trabajo o cuando deba cumplir de inmediato una orden dictada por un órgano de control o de supervisión”*.

como, por ejemplo, en Bélgica¹¹²⁹, Suecia¹¹³⁰ y Reino Unido¹¹³¹, y también se reconoce este derecho en determinadas normas internacionales. Por ejemplo, en la Recomendación nº 129 de la OIT de 1967 sobre Comunicaciones entre la Dirección y los trabajadores dentro de la empresa se dice que *“una política eficaz de comunicaciones debería asegurar que se difundan informaciones y que se efectúen consultas entra las partes interesadas, en la medida en que la revelación de informaciones no cause perjuicio a ninguna de las partes, antes de que la dirección adopte decisiones sobre asuntos de mayor interés”*. A su vez, la Carta Social Europea revisada, en su artículo 21 reconoce los derechos de información y consulta, estableciendo además ..(...) *“entendiéndose que podrá*

¹¹²⁹ BOZA PRO, G., *El deber de sigilo...*, cit., pp. 69-71. La facultad de derogación de la obligación de informar en Bélgica tiene un ámbito objetivo muy preciso ya que se limita a las materias que específicamente señala el Real Decreto de 1973 sobre las informaciones económicas y financieras que se han de facilitar a los comités de empresa. Además, la facultad de derogación está sujeta a la aprobación administrativa previa y obliga al empresario a aportar información equivalente. En cuanto a las facultad de derogación, éstas recaen sobre las siguientes materias: a.- información sobre los márgenes de distribución; b.- cifra de ventas en valores absolutos y su desglose por centros; c.- nivel y evolución de los precios de coste y de venta unitarios; d.- datos sobre la distribución de los costes por productos o por centro secundario; e.- proyectos de implantación de nuevos puntos de venta en materia de programa y perspectivas generales de futuro de las empresas en el sector de la distribución; f.- datos sobre investigación científica; g.- reparto por centros de los datos relativos a la cuenta de pérdidas y ganancias.

¹¹³⁰ BOZA PRO, G., *El deber de sigilo...*, cit., pp. 67-69. La confidencialidad completa en Suecia supone que el empleador, de una interpretación conjunta de la Ley y del debate parlamentario, no se encuentra obligado a suministrar la información sobre las siguientes materias: las circunstancias que revistan importancia para los efectos de un conflicto laboral actual o inminente; información que no responda a las propias necesidades de la organización sindical; materias no relacionadas con la empresa; materias que pertenecen a la esfera privada del empleador o a sus intereses personales; materias relacionadas con las ofertas hechas en competencia con otras empresas; información respecto de las medidas que el empleador adopte o piense adoptar en situaciones de conflicto existente o inminente.

¹¹³¹ BOZA PRO, G., *El deber de sigilo...*, cit., pp. 62-67. En el Reino Unido, la Trade Union and Labor Relations Act (TULRA) de 1992 establece los supuestos en los que los empleadores se encuentran exonerados de divulgar información: a.- informaciones cuya revelación sea contraria a los intereses de la seguridad nacional; b.- informaciones que no se podrían relevar sin contravenir a una prohibición impuesta por las disposiciones legislativas o en virtud de ellas; c.- informaciones que se hayan comunicado a título confidencial o que el empleador haya obtenido por la confianza que en él depositara otra persona; d.- informaciones referentes específicamente a una persona, a no ser que ésta consienta que se divulguen; e.- informaciones cuya revelación pudiera ocasionar daños de importancia a la empresa por motivos que no afecten a la negociación colectiva; y f.- informaciones que el empleador haya obtenido a efectos de entablar, ejercitar o defender una acción judicial. A su vez el Código de conducta del ACAS precisa la información cuya divulgación podría perjudicar seriamente a la empresa: información sobre el precio de coste de productos determinados; análisis detallados de las inversiones previstas, políticas de ventas o de precios; presupuestos detallados de subcontratistas.

negarse determinada información que podría ser perjudicial para la empresa o exigirse que la misma tenga carácter confidencial..”

En las Directivas participativas objeto de estudio, el derecho empresarial a no transmitir determinados datos o informaciones, se configura, como un derecho que sólo debe admitirse con carácter excepcional y, en la letra de la norma, sólo podrá ejercitarse cuando, según *“criterios objetivos”*, la transmisión de determinadas informaciones pueda *“causar graves perjuicios al funcionamiento”* de la empresa o a sus centros -en el caso de la Sociedad anónima europea, a ella misma, a sus filiales o a las sociedades participantes-, o *“perjudicarles”*. Señala algún autor, que la finalidad de la dispensa radica en la salvaguarda de los intereses del empresario frente a los perjuicios que derivarían si las cuestiones relacionadas con su patrimonio empresarial -técnicas productivas y organizativas, patentes de invención, etc.- llegan a conocimiento de terceras personas, señaladamente empresarios de la competencia¹¹³². La importante referencia a los *“criterios objetivos”* se introdujo en la derogada Directiva CEU de 1994 a partir de una enmienda del Parlamento Europeo *“con vistas a disuadir a la dirección de abusar de la cláusula de confidencialidad”*. Se debe dudar, no obstante, de la garantía de su efectividad en tanto que la determinación de lo que pudiera ser o no ser un criterio objetivo para la no comunicación de la información, parece seguir descansando en la discrecionalidad de la propia empresa¹¹³³.

Las normas participativas lejos de imponer un tratamiento homogéneo en punto a la dispensa empresarial o derecho a no transmitir determinada información, se remiten a los Estados miembros en cuanto a la determinación concreta de las disposiciones que se establecan en cumplimiento de este deber. Ello es así porque, como se ha dicho, este derecho al secreto no recibe el mismo tratamiento en los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Ahora bien, tanto en la Directiva CEU 2009 como en la Directiva SE 2001 se

¹¹³² ESCUDERO MORATALLA, J. F., “El principio de buena fe en el contrato de trabajo”, Poder judicial, nº 41-42, 1996, p. 411.

¹¹³³ GARRIDO PÉREZ, E., *La información en la empresa...*, cit., p. 171.

obliga a que sea una única legislación aplicable en este punto a todas las establecimientos de las empresas, y a todas las empresas del grupo, de dimensión comunitaria, y a todas las sociedades participantes en la Sociedad anónima europea y sus filiales¹¹³⁴. Y así, las disposiciones sobre la dispensa empresarial a la transmisión de información son disposiciones de carácter transnacional y esto significa, como ya se dijo (*Supra, cap. 2º, V.2.4*), que surtirán efecto, no sólo en el territorio de cada Estado miembro, sino también los restantes territorios nacionales dónde la empresa o grupo de dimensión comunitaria tenga ubicados centros o empresas, o en el caso de la Sociedad anónima europea, en los territorios nacionales donde se ubican las sociedades participantes y sus filiales. De esta manera seguramente se va a poder imprimir una cierta homogeneidad, en cuanto al régimen aplicable, a una misma o una conjunta realidad empresarial, la empresa o grupo de dimensión comunitaria y la Sociedad anónima europea.

Este derecho empresarial a no comunicar determinadas informaciones se supedita en las normas participativas a que existan criterios objetivos que legitimen su ejercicio al considerar que la transmisión de información a los representantes y expertos, puede causar “*graves obstáculos*” al funcionamiento de la entidad “*o perjudicarle*”. Es muy laxa la recomendación que se hace respecto a que se supedite la dispensa empresarial a comunicar información, a una autorización de carácter administrativo o judicial, pues se dice “*podrá*” supeditarse, en lugar de deberá supeditarse o sería conveniente que se supeditase. Básicamente, y sin perjuicio de que en determinados ordenamientos internos existan o no este tipo de controles con respecto a la dispensa empresarial, es significativo que se exijan “*criterios objetivos*” pero no se prevea la obligación de controlar o contrastar la mencionada objetividad, por cuanto que en la letra de las Directivas participativas, la laxitud de sus disposiciones en esta materia lleva a configurar un derecho cuasi discrecional para la empresa con

¹¹³⁴ En el caso de las empresas y grupos de dimensión comunitaria será de aplicación, en este punto, la norma nacional de transposición del Estado miembro donde la radique la dirección central. En el caso de la Sociedad anónima europea, se aplicará la norma de transposición del Estado miembro dónde radique el domicilio social de la misma.

respecto a qué informaciones o datos no se comunican o transmiten a los representantes de los trabajadores y/o sus expertos; lo que lleva a limitar en gran medida el derecho de información a ellos reconocido¹¹³⁵. Dadas las inconcretas indicaciones de la norma, va a resultar muy difícil discriminar entre los datos o informaciones que, objetivamente, pueden causar un perjuicio grave en el funcionamiento de la empresa o perjudicarle, y aquellos otros que no lo hacen. Debe transmitirse en principio toda la información, pues esta dispensa ha de tener carácter excepcional, presumiéndose a tal efecto que la información que se transmite es inofensiva¹¹³⁶.

3.2.2.- Sujetos empresariales con derecho a no facilitar informaciones.- La Directiva marco 2002 menciona al “empresario” sin especificar el nivel de dirección y/o el órgano competente para adoptar la decisión relativa a no proporcionar determinada información y a ejecutarla. En el supuesto de la Directiva CEU 2009 se refiere a la “dirección central”; y la Directiva SE 2001 identifica al sujeto empresarial como “el órgano de control o de administración de una Sociedad anónima europea o de una sociedad participante”. Que queden plenamente identificadas las direcciones empresariales responsables del cumplimiento de las obligaciones participativas previstas en las Directivas objeto de estudio, es una de las cuestiones más importantes y más espinosas (*Infra, cap. 4º, apartado III.2*). En este sentido, deben establecerse mecanismos efectivos que garanticen que la libertad de organización y de administración en las empresas, grupos o sociedades no permita que se alegue que se carece de competencia para tomar determinadas decisiones, por ejemplo, las relativas a no transmitir determinada información y/o

¹¹³⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., *Los derechos de información...*, cit., p. 322-3. Parece merecedora de crítica la posibilidad de que el empresario pueda rechazar la facilitación de informaciones que puedan producir daños a la empresa. La misma efectividad del derecho de información se pondría en cuestión porque la determinación de las informaciones comunicables se deja a la dirección y los representantes no tendrían la posibilidad de discutir el carácter estrictamente reservado de la información.

¹¹³⁶ En este sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 1976 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Asunto Handyside, el derecho fundamental ampara su conducta (la del representante de los trabajadores) no “sólo para las informaciones favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que pueden inquietar o perturbar”.

calificar ésta de confidencial, y/o que se tomen decisiones por indicación de órganos o instancias superiores o distintas.

3.3.- Disposiciones especiales en empresas de tendencia.- Se reconoce a los Estados miembros en las tres normas participativas objeto de análisis -Directiva marco 2002 (art. 3.2)¹¹³⁷, Directiva CEU 2009 (art. 8.3)¹¹³⁸ y Directiva SE 2001 (art. 8.3)¹¹³⁹- la posibilidad de establecer disposiciones específicas para las empresas de tendencia respecto a los límites al derecho de información: el deber de secreto sobre informaciones confidenciales y la dispensa empresarial en punto a la transmisión de determinadas informaciones muy sensibles. Por empresas de tendencia ha de entenderse a *“aquellas que persigan, directa y sustancialmente, fines políticos, de organización profesional, confesionales, benéficos, educativos, científicos o artísticos, así como fines de información o de expresión de opiniones”*¹¹⁴⁰. En términos más concretos, las Directivas CEU y SE se refieren a *“empresas que persigan objetivos relativos a la información y la expresión de opiniones”*. Lo relevante en una empresa ideológica o de tendencia, señala la doctrina, es la existencia de un elemento no mercantil –la ideología- que se integra en el concepto de empresa¹¹⁴¹. Ahora

¹¹³⁷ Art. 3.2 Directiva marco 2002: *“Dentro del respeto a lo principios y objetivos a que se refiere la presente Directiva, los Estados miembros podrán aprobar disposiciones específicas aplicables a las empresas o centros que persigan directa y sustancialmente, fines políticos, de organización profesional, confesionales, benéficos, educativos, científicos o artísticos, así como fines de información o de expresión de opiniones, siempre que, en el día de entrada en vigor de la presente Directiva, ya existan en el Derecho nacional disposiciones en la materia”*.

¹¹³⁸ Art. 8.3 Directiva CEU 2009: *“Cada Estado miembro podrá establecer disposiciones especiales a favor de la dirección central de las empresas y establecimientos situados en su territorio que persigan, directa y sustancialmente, un objetivo de orientación ideológica relativo a la información y a la expresión de opiniones, siempre que en la fecha de adopción de la presente Directiva dichas disposiciones particulares existieren ya en la legislación nacional”*.

¹¹³⁹ Art. 8.3 Directiva SE 2001: *“Cada Estado miembro podrá establecer disposiciones especiales en favor de las Sociedades anónimas europeas establecidas en su territorio que persigan, directa y sustancialmente, un objetivo de orientación ideológica relativo a la información y a la expresión de opiniones, siempre que en la fecha de adopción de la presente Directiva dichas disposiciones existan ya en la legislación nacional”*.

¹¹⁴⁰ Art. 3.2 Directiva marco 2002.

¹¹⁴¹ DE VAL TENA, A. L., “Las empresas de tendencia ante el Derecho del trabajo: libertad ideológica y contrato de trabajo”, Proyecto social: Revista de Relaciones laborales nº 2, 1994, p. 179; SELMA PENALVA, A., “La trascendencia práctica de la vinculación ideológica en las empresas de tendencia en el ámbito de las relaciones de trabajo”, Anales de Derecho, Universidad de Murcia, nº 26, 2008, pp. 299-332.

bien, la facultad otorgada a los Estados miembros en la normativa participativa respecto a la posibilidad de establecer disposiciones especiales para este tipo de empresas ha de entenderse referida, seguramente, a la necesidad de respetar la figura del *Tendenztraeger* o portador de tendencia del Derecho alemán y va dirigida al complicado y excesivamente regulado sistema de organización de media en este país, al que no se le aplica la legislación general en materia de representación y co-gestión¹¹⁴². Para poder establecer disposiciones específicas en este tipo de empresas o centros, la normativa exige que “*en el día de entrada en vigor de la Directiva*” existieran ya, en el derecho interno, regulaciones de este tipo para estas empresas.

3.4.- Mecanismos de tutela en favor de los representantes de los trabajadores.- Dada la trascendencia de los importantes límites impuestos al derecho de información a partir de los dos mecanismos anteriormente comentados, el deber de secreto sobre la información calificada como confidencial y la dispensa empresarial en la comunicación de determinadas informaciones, las normas participativas objeto de estudio, la Directiva marco 2002 (art. 6.3)¹¹⁴³, la Directiva CEU 2009 (art. 11.3)¹¹⁴⁴, y la Directiva SE

¹¹⁴² RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “Información y consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: el modelo estándar”, *Relaciones Laborales* 20/1995, p. 65: la empresa de tendencia tiene en Alemania un sistema debilitado de representación del personal, que excluye la cogestión -participación en el consejo de vigilancia- y que implica limitaciones en las facultades del comité de empresa, tanto en los asuntos de personal como, sobre todo, en las cuestiones económicas. En especial se excluyen ciertos derechos de información y las negociaciones sobre cambios en la empresa. En el derecho austriaco existe alguna restricción similar para las organizaciones religiosas..(..) la definición que de empresa de tendencia se da en el artículo 8.3 parece más restrictiva que la del precepto alemán, pues sólo se refiere a fines de orientación ideológica en materia de información y expresión de opiniones, que es uno de los supuestos del precepto alemán, referido especialmente a la prensa y los medios de comunicación. Sin embargo, ello no debe ser entendido como una intención de restringir el ámbito, de modo que en el artículo 8.3 tendrían cabida también las organizaciones políticas, sociales, caritativas, religiosas, educativas, científicas o artísticas. La declaración contenida en el Acta de la reunión del Consejo así lo precisa”.

¹¹⁴³ Art. 6.3 Directiva marco 2002: “*Sin perjuicio de los procedimientos nacionales existentes, los Estados miembros preverán recursos administrativos o judiciales en caso de que el empresario exija confidencialidad o no facilite información con arreglo a lo dispuesto en los apartados 1 y 2. Podrán establecer además procedimientos destinados a salvaguardar la confidencialidad de la información en cuestión*”.

¹¹⁴⁴ Art. 11.3 Directiva CEU 2009: “*Los Estados miembros, al proceder a la aplicación del art. 8, preverán las vías de recurso administrativo o judicial a las que podrán recurrir los representantes de los trabajadores cuando la dirección central exija confidencialidad o no facilite información conforme a lo previsto en el referido artículo 8. Estos procedimientos podrán incluir salvaguardias destinadas a mantener el carácter confidencial de la información de que se trate*”.

2001(art. 8.4)¹¹⁴⁵, establecen que los Estados miembros “preverán” mecanismos de tutela específicos a los que podrán acudir los representantes de los trabajadores cuando las direcciones empresariales exijan confidencialidad o no faciliten determinadas informaciones. Así, junto a los mecanismos de tutela general dirigidos a asegurar el cumplimiento de las obligaciones previstas en las Directivas participativas por parte de la empresa o de los representantes de los trabajadores (*Infra, cap. 4º, apartado III.1*), se han de adoptar otros específicos y concretos, determinadas vías de recurso administrativas o judiciales, reconocidos específicamente a los representantes de los trabajadores, al objeto de asegurar su tutela efectiva en punto a una ilegítima imposición de límites al derecho de información.

4.- Contenido y alcance del derecho de consulta.- Las Directivas participativas objeto de estudio no prevén tampoco, como ocurría con respecto al derecho de información, un concepto único de derecho de consulta. La primera norma que definió la consulta fue la derogada Directiva CEU 1994, entendiéndolo por ella “*el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo*”¹¹⁴⁶. Esta simple definición fue posteriormente modificada y ampliada en la nueva Directiva CEU 2009¹¹⁴⁷. Fue, sin embargo, la Directiva marco 2002 la primera norma que introdujo en su artículo 4.4 una definición más detallada¹¹⁴⁸. Interesa analizar el

¹¹⁴⁵ Art. 8.4 Directiva SE 2001: “*Los Estados miembros, al proceder a la aplicación de los apartados 1, 2 y 3, preverán los recursos administrativos o judiciales que puedan interponer los representantes de los trabajadores cuando el órgano de control o de administración de la Sociedad anónima europea o de una sociedad participante exija confidencialidad o no facilite información. Estos recursos podrán incluir dispositivos de protección del carácter confidencial de la información de que se trate*”.

¹¹⁴⁶ Art. 2.1.e de la derogada Directiva CEU 1994.

¹¹⁴⁷ Art. 2.1.g Directiva CEU 2009: “*Consulta: la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre los representantes de los trabajadores y la dirección central o cualquier otro nivel de dirección más apropiado, en un momento, de una manera y con un contenido que permita a los representantes de los trabajadores emitir un dictamen sobre la base de la información recibida sobre las medidas propuestas acerca de las cuales se realiza la consulta y sin perjuicio de las responsabilidades de la dirección, y en un plazo razonable, que pueda ser tenida en cuenta en la empresa o el grupo de empresas de dimensión comunitaria*”.

¹¹⁴⁸ Art. 4.4 Directiva marco 2002: “*La consulta se efectuará: a.- en un momento, de una manera y con un contenido apropiados; b.- al nivel pertinente de dirección y de representación, en función del tema tratado; c.- con arreglo a la informaciones proporcionadas por el empresario, de conformidad con la letra f) del artículo 2, y al dictamen que los representantes de los trabajadores tienen derecho a formular; d.- de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores reunirse con el empresario y obtener una respuesta justificada a su eventual dictamen; e.- con el*

contenido y alcance del derecho de consulta en las tres Directivas participativas objeto de estudio: el derecho de consulta en la Directiva marco 2002 (apartado 4.1); el derecho de consulta en la Directiva CEU 2009 (apartado 4.2); y el derecho de consulta en la Directiva SE 2001 (apartado 4.3).

4.1.- El derecho de consulta en la Directiva marco 2002.- Se analizá, por un lado, la definición o concepto legal del derecho de consulta en la Directiva marco 2002 y su finalidad (apartado 4.1.1); y, por otro, partiendo del hecho de que, por indicación del artículo 4.2, las materias objetos del derecho de consulta son las mismas sobre las que recae el derecho de información (*Supra, cap. 4º, apartado 1.2.1*), pueden distinguirse según lo dispuesto en el artículo 4.4 unas materias sobre las que está prevista, únicamente, la emisión de un dictamen y la obtención de una respuesta justificada al mismo, que se ha identificado como **consulta-preventiva**, frente a otras, identificadas como **consulta-negociación**, sobre las que es posible que el empresario y los representantes “*puedan llegar a un acuerdo*” (apartado 4.1.2).

4.1.1.- Concepto legal y finalidad.- Se parte en la Directiva marco 2002 de una definición básica de consulta, entendida como el “*intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario*” (art. 2.g). Como ya se ha dicho, es el artículo 4.4 de la misma el que contiene una descripción detallada relativa a cómo debe llevarse a cabo la consulta. Así, según lo dispuesto en este artículo, “*la consulta se efectuará:*

a.- “*en un momento -factor temporal-, de una manera -factor modal- y con un contenido -factor sustancial- apropiados*”¹¹⁴⁹. Con respecto al factor temporal, el “*momento apropiado*” habrá que entenderlo equiparado al “*tiempo hábil*” o

fin de llegar a un acuerdo sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario mencionadas en la letra c) del apartado 2”.

¹¹⁴⁹ En la propuesta de Directiva marco de 1998 (art. 2.1.e) se establecía que la consulta se haría en un momento, de una manera y con un contenido “*que garantice el efecto práctico de este acto*”. Esta última parte fue sustituido en la Directiva marco finalmente aprobada por el término “*apropiados*”.

“tiempo útil” de las Directivas clásicas¹¹⁵⁰ y a la “suficiente antelación”¹¹⁵¹ prevista en el artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales (*Supra*, cap. 3º, apartado I.1.1);

b.- “al nivel pertinente de dirección y de representación, en función del tema tratado”. Se requieren mayores precisiones en este punto en cuanto al ámbito de la consulta al objeto de evitar duplicidades;

c.- “con arreglo a la informaciones proporcionadas por el empresario, de conformidad con la letra f) del artículo 2¹¹⁵², y al dictamen que los representantes de los trabajadores tienen derecho a formular”;

d.- “de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores reunirse con el empresario y obtener una respuesta justificada a su eventual dictamen”; se ha identificado esta modalidad como **consulta-preventiva**; y

e.- “con el fin de llegar a un acuerdo, modalidad **consulta–negociación**, sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario mencionadas en la letra c del apartado 2”. En esta letra c se hace referencia a las decisiones empresariales relativas a los cambios en la organización del trabajo y en los contratos, incluyéndose las relativas a los despidos colectivos y traspasos de empresas.

¹¹⁵⁰ En la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos (art. 2.3) se habla de “*tiempo hábil*”. En la Directiva 2001/23/CE sobre traspasos de “*suficiente antelación*” (art. 7.1).

¹¹⁵¹ El concepto “*con la suficiente antelación*” se menciona en el Preámbulo de la Directiva marco 2002 (punto 9) pero no se recoge en el texto principal de la norma, que mantiene el más laxo “*momento apropiado*”. Como caso extremo de incumplimiento de la “*suficiente antelación*” puede verse en el Asunto sobre el cierre de las filiales europeas de la empresa británica Marks and Spencers ante el Tribunal de Grande Instance de París de 9 de abril de 2001 (*Droit Ouvrier.*, num. 4, abril 2001, p. 156) que señaló que la antelación suficiente no se cumple cuando el comité de empresa es reunido de manera informal 5 minutos antes de que la dirección de la empresa comunique oficialmente en la Bolsa de Londres su voluntad de cerrar las filiales que tenía fuera del Reino Unido, en concreto los 18 centros de trabajo de Francia. Citado por CHACARTEGUI, JÁVEGA, C., “El correo electrónico...”, cit., p. 99. y la STJUE de 13 de diciembre de 2005, Asunto Marks & Spencers contra David Halsey, analizado en CALDERÓN CARRERO, J. M., “Consolidación fiscal e importación de pérdidas: el caso Marks & Spencers”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidad da Coruña, 10, 2006, pp. 111-137.

¹¹⁵² Art. 2.f Directiva marco 2002: “*Información: transmisión de datos por el empresario a los representantes de los trabajadores para que puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo*”

Lo más llamativo de esta descripción, ya se ha señalado, es la distinción, que se deduce de lo dispuesto en los apartados d y e anteriores, entre decisiones empresariales que pueden ser objeto de dictamen -apartado e- y otras, en concreto las previstas en el artículo 4.2.c que, yendo más allá, pueden ser objeto de acuerdo -apartado f-. La distinción entre **consulta-preventiva** y **consulta-negociación** será analizada en el apartado siguiente. Por lo demás, destaca de nuevo la indeterminación o vaguedad de los conceptos utilizados para describir el proceso de consulta: “*en un momento, de una manera y con un contenido apropiados*” y “*al nivel pertinente de dirección y de representación*”. De nuevo, como ya se dijo con respecto al derecho de información, el artículo 5 de la Directiva marco 2002 delega a los Estados miembros la posibilidad de que se confíe a los interlocutores sociales “*al nivel apropiado, incluido la empresa o el centro de trabajo*” para, “*mediante acuerdo*”, definir las modalidades de consulta, siempre y cuando se respeten los principios enunciados en el artículo 1 de la Directiva¹¹⁵³. En este artículo 5 se dice expresamente que, respetando éstos principios, “*se pueden acordar disposiciones diferentes a las previstas en el artículo 4*”. Como se argumentará (*Infra, cap. 4º, apartado II.2.2*), las negociaciones que puedan llevarse a cabo, a salvo que la norma nacional de transposición bajo cuyo régimen se celebren disponga lo contrario, no parece que tengan que partir de unos requisitos mínimos, por cuanto que aunque el artículo 1 de la Directiva expresamente alude a ellos, la flexibilidad y disponibilidad que inspira el artículo 5 ha de traducirse en que la libertad de la autonomía colectiva es plena a la hora de pactar procedimientos de consulta “*diferentes de los previstos en el artículo 4*”, es decir, en la descripción normativa de los mismos que, en este sentido, carece de carácter vinculante. ¿Qué sentido tiene entonces establecer como objetivo de la Directiva la fijación de unos

¹¹⁵³ Art. 1 Directiva marco 2002: “1.- La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general que fije unos requisitos mínimos para el ejercicio del derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo situados en la Comunidad; 2.- las modalidades prácticas de información y consulta se determinarán y aplicarán conforme a la legislación nacional y las prácticas de las relaciones laborales en cada Estado miembro de modo que se garantice su eficacia; 3.- en la definición o aplicación de las modalidades de información y de consulta, el empresario y los representantes de los trabajadores trabajarán con espíritu de cooperación en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa o centro de trabajo como los de los trabajadores”.

requisitos mínimos (art. 1) para después (art. 5) permitir que estos mínimos pueda ser disponibles para las partes?

Seguramente, la intención originaria del legislador comunitario en 1995 era establecer un marco mínimo de información y consulta. Así, con la adopción propuesta de Directiva marco de 1998, se quería poner fin a los existentes marcos insuficientes de información y consulta, pretendiéndose con ella que se establecieran unas referencias básicas que debían ser acogidas como derecho de mínimos en las diversas legislaciones internas (*Supra, cap. 2º, apartado V.1.1*). Sin embargo, la Directiva marco 2002 finalmente adoptada no establece un marco mínimo de derechos propiamente como tal por cuanto que, como se ha dicho, el artículo 5 de la misma facilita que convencionalmente se superen por arriba o por abajo dichos mínimos establecidos en la norma. Ello no obstante, es significativo que exista, al menos, una definición o concepto legal del derecho de consulta que es imperativo para los Estados miembros y que ha de respetarse a la hora de acordarse convencionalmente el concreto desarrollo de la misma; pudiéndose entender, en caso contrario, que determinadas normas de transposición o normativa existente o acuerdos bajo su amparo, no dan cumplimiento a los objetivos y obligaciones previstos en la Directiva comunitaria. Además, habrá de tenerse presente el hecho de que, en la fecha de entrada en vigor de la Directiva marco 2002, los Estados miembros debían ya haber armonizado sus legislaciones internas al menos en cuanto a las obligaciones que imponían las Directivas clásicas sobre despidos colectivos y transmisión de empresas. En este sentido, la adopción de la Directiva marco en 2002 fue mayoritariamente acogida en términos positivos por la doctrina especializada, que destacaba, como factor relevante de la misma, el modelo de consulta-preventiva como algo distinto a los procedimientos de consulta introducidos por las Directivas de crisis o Directivas clásicas¹¹⁵⁴. El propio Preámbulo de la

¹¹⁵⁴ ORTIZ LALLANA, C., "La participación de los trabajadores...", cit., p. 103; SÁEZ LARA C., y DURÁN LÓPEZ, F., *El papel de la participación...*, cit., p. 93.

Directiva marco 2002 (puntos 9¹¹⁵⁵ y 13¹¹⁵⁶), inciden en la idea de que esta norma iba a reforzar y mejorar los procesos de información y consulta existentes, anticipándose o previendo con mayor antelación las posibles consecuencias de signo negativo que determinadas decisiones empresariales pudieran causar en los trabajadores. Si bien, como señalan algunos autores, la norma utiliza, en punto al derecho de consulta, conceptos jurídicos indeterminados -“*contenido apropiado, examen adecuado, respuesta justificada..*”-, lo cierto es que la norma sí establece pautas sobre los fines que persigue de tal modo que, en caso de controversia, la autoridad administrativa o la decisión judicial pueden tener mayores elementos de fundamentación de sus decisiones¹¹⁵⁷.

4.1.2.- Materias objeto de consulta.- La relación de materias objeto del derecho de consulta establecidas en la Directiva marco 2002 coincide con la tipología establecida con respecto al derecho de información en esta misma norma (*Supra, cap. 4º, apartado I.2.1*), pues obviamente los representantes no podrían ser consultados sobre materias sobre las que se carece de datos o informaciones. Estas materias según el artículo 4.2 eran las siguientes: **1.- Situación económica:** comprende información sobre “*la evolución reciente y sobre la evolución probable de las actividades de la empresa o centro de trabajo y de su situación económica*”. **2.- Empleo:** se refiere a información y consulta sobre “*la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como sobre las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo*”. **3.- Cambios en la organización del trabajo y en los contratos:** se trata de información y consulta sobre “*las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo,*

¹¹⁵⁵ Punto 9 Preámbulo Directiva marco 2002: “*La información y consulta con la suficiente antelación constituyen una condición previa para el éxito de los procesos de reestructuración y de adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía, en particular a través del desarrollo de nuevos métodos e organización del trabajo*”.

¹¹⁵⁶ Punto 13 Preámbulo Directiva marco 2002: “*Los marcos jurídicos existentes a nivel comunitario y nacional en materia de información y consulta de los trabajadores están a menudo excesivamente orientados hacia el tratamiento a posteriori de los procesos de cambio, descuidan los factores económicos de las decisiones y no favorecen una auténtica previsión de la evolución del empleo en la empresa ni la prevención de riesgos*”.

¹¹⁵⁷ PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T., “Competencias y deber de sigilo...”, cit., p. 4.

incluidas en las disposiciones comunitarias mencionadas en el artículo 9.1”, relativo a las Directivas sobre despidos colectivos 98/59/CE y traspasos de empresas 2001/23.

De lo dispuesto en el artículo 4.4, apartados d y e¹¹⁵⁸, ha de interpretarse que la Directiva marco 2002 prevé una distinción entre materias sobre las que los representantes de los trabajadores podrán emitir dictamen y obtener respuesta justificada al mismo, modalidad que hemos identificado como modalidad **consulta-preventiva** (apartado A); y materias sobre las que los representantes y la dirección empresarial podrán llegar a acuerdo, que hemos denominado modalidad **consulta-negociación** (apartado B).

A.- Modalidad consulta-preventiva.- Con respecto a las materias contenidas en el punto 1 relativo a la situación económica y punto 2 relativo al empleo, según lo dispuesto en el artículo 4.4.d de la Directiva marco 2002, *“los representantes de los trabajadores podrán emitir un dictamen y obtener una respuesta justificada al mismo”*. Esta modalidad se ha denominado consulta-preventiva. Los datos económicos y financieros de una empresa, señala la doctrina, constituyen el sustrato básico que está en el fondo, o sobre el que se sustentan, las más importantes y relevantes decisiones y actuaciones empresariales¹¹⁵⁹. Es por ello que, sobre la situación económica de la empresa, que ha de incluir su *“evolución probable”*, es decir futura, ha de exigirse una comunicación extensiva, detallada y puntual, sobre la que no cabe una determinación apriorística desde la norma o subjetiva desde el empresario en cuanto a su contenido concreto¹¹⁶⁰. En cuanto a la información sobre el empleo

¹¹⁵⁸ Art. 4.4 apartados d y e Directiva marco 2002. *“d.- de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores reunirse con el empresario y obtener una respuesta justificada a su eventual dictamen; y e.- con el fin de llegar a un acuerdo sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario mencionadas en la letra c) del apartado 2”*.

¹¹⁵⁹ GARRIDO PÉREZ, E., *La información en la empresa...*, cit., p. 177. La información económica y financiera es la da origen y operatividad a la actuación representativa.

¹¹⁶⁰ GARRIDO PÉREZ, E., *La información en la empresa...*, cit., p. 182. Significa también admitir la plena iniciativa de los propios representantes para determinar el momento y el objeto de su intervención en materia económica cuando aquella sea precisa y necesaria para el ejercicio de concretas y específicas actividades de representación. El principal problema es determinar hasta dónde alcanza el deber del empresario de dar a conocer a los representantes de los trabajadores su contabilidad (p. 194).

en la empresa, que comprende la situación actual, la evolución probable y las medidas preventivas, lo relevante es que la información que se transmita permita el ejercicio del derecho de consulta. En este sentido, adquiere extrema relevancia la información económica que haya sido transmitida por cuanto que, sobre ella, se tomaran muy probablemente las decisiones que inciden en materia de empleo. Señala la doctrina, que uno de los puntos clave de la Directiva marco 2002 es precisamente que se exige que la información que se transmite sea instrumental a la consulta¹¹⁶¹; es decir, que se asegure, con dicha transmisión de datos e informaciones, que puede llevarse a cabo la consulta. En este sentido, es clara la letra de la norma (art. 4.3): *“la información se facilitará, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores proceder a un examen adecuado y preparar, en su caso la consulta”*. Es en este punto donde los pronunciamientos judiciales deben incidir¹¹⁶².

B.- Modalidad consulta-negociación.- En virtud de lo dispuesto en el apartado e del artículo 4.4, sobre las materias relacionadas en el artículo 4.2 apartado c, es decir, sobre *“las decisiones empresariales que pudieran provocar*

¹¹⁶¹ MONEREO PÉREZ, J. L., *Los derechos de información...*, cit., p. 117. El derecho legal de consulta incorpora y comporta correlativamente para el empresario un deber de información accesorio que permite a los representantes de los trabajadores expresar una opinión fundada y contrastada con la realidad de los hechos –datos o noticias- ha de tratarse de una información *apropiada al objetivo específico* de la consulta; GARRIDO PÉREZ, E, *La información en la empresa...*, cit., p. 209, sobre las informaciones funcionarizadas a poderes expresos de consulta o las potestades implícitas; los concretos temas relacionados con la opción empresarial que puedan ser objeto de las consultas, y de un eventual acuerdo, pueden llegar a requerir necesariamente una determinada información o documentación adicional que habría de ser aportada aun cuando no viniera expresamente relacionada en la norma..” (p. 222); ROQUETA BUJ, R., “Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en cuanto a los despidos colectivos”, *Actualidad Laboral* nº 3, 2000, p. 774; VALDÉS DAL RÉ, F., “Las garantías colectivas en la transmisión de empresas, *Relaciones Laborales*, tomo I, 2002, p. 697.

¹¹⁶² En este sentido, por ejemplo, la opinión del Abogado General SAGGIO en la sentencia TJUE de 29 de marzo de 2001, Asunto BOFROST, La información a la que tienen derecho el órgano de representación o los representantes de los trabajadores es la “necesaria para disponer de los medios idóneos para garantizarles su participación en la vida de la empresa”, la información transnacional que garantiza la Directiva -la derogada Directiva CEU 1994- es la necesaria para la satisfacción o cumplimiento del objetivo y efecto útil de dicha Directiva, comprendiendo en su caso, *“la entrega de documentos que precisen y aclaren la información imprescindible para el mismo fin, siempre que esta entrega resulte necesaria”*. Se trata pues 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 de influir en las decisiones empresariales. CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores...”, cit., p. 380.

cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo”, incluidos despidos colectivos y traspasos de empresas, la norma prevé expresamente que la consulta se efectuará “*con el fin de llegar a un acuerdo*” (art. 4.4.e). Se amplía así el alcance del derecho de consulta, modalidad **consulta-preventiva**, con respecto a determinadas decisiones empresariales, ahora bajo la modalidad **consulta-negociación**. Si bien en ambos supuestos, por indicación del mencionado artículo 4.4.e, la decisión final sigue estando en manos de la empresa, pues se habla expresamente de “*decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario*”. En este sentido, en ambas modalidades, consulta-preventiva y consulta-negociación, la discrecionalidad empresarial es total, pues ni el Dictamen de los representantes de los trabajadores tiene carácter vinculante en la letra de la norma, ni el hecho de que se reconozca en este punto que “*se puede llegar a acuerdo*”, significa que la dirección empresarial tenga que acoger las sugerencias o planteamientos que se realicen por la representación laboral. Como ha manifestado la doctrina con ocasión del análisis sobre el alcance de las obligaciones de consulta en las Directivas clásicas¹¹⁶³, la consulta es un proceso que mantiene intacto el poder de dirección del empresario, quien desde el punto de vista formal adoptará unilateralmente las decisiones que estime oportunas para el éxito de su actividad empresarial. Por ello, el dictamen elaborado por los representantes de los trabajadores no tiene carácter vinculante. La representación de los trabajadores no posee derecho de veto.

En el plano teórico, quedaría por plantear si existe, o si es viable y tiene algún sentido en este análisis sobre Directivas participativas, realizar una distinción entre la información para la consulta y la información para la

¹¹⁶³ VALDÉS DAL RÉ, F., “Las garantías colectivas...”, cit., p. 698; ARGÜELLES BLANCO, A. R., “ Las modificaciones introducidas por la Directiva 92/56, de 24 de junio, en la regulación de los despidos colectivos: una reflexión a la vista del ordenamiento jurídico español”, Actualidad Laboral nº 4, 24-30 enero 1994, p. 51; GOERLICH PESET, J. M., “Informe técnico-jurídico del despido colectivo en la Europa comunitaria” Actualidad Laboral nº 11, 15-21 de marzo 1993, pp. 171-206; ROQUETA BUJ, R., “Aproximación de las legislaciones...”, cit., p. 773; MONEREO PÉREZ, J. L., *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Civitas, Madrid, 1994; GARRIDO PÉREZ, E., *La información en la empresa...*, cit., pp. 218-232; FERNÁNDEZ DO CAMPO, B., *La participación de los trabajadores...*, cit., p. 89; COSTAS REYES, A., “Transmisión de empresa..”, cit.

negociación¹¹⁶⁴. No parece que la Directiva marco 2002, ni tampoco las otras dos Directivas participativas, vayan dirigidas a promover unos derechos de información encaminados o funcionales a la práctica de la negociación colectiva, más allá de lo que podría exigirse en virtud de la buena fe negociada¹¹⁶⁵, menos aún en un ámbito comunitario sectorial, que no parece auspiciarse desde instancias comunitarias. Cuestión distinta, como se verá (*Infra, cap. 4º, apartado II.1*), es el hecho de que en las normas participativas predomine la negociación colectiva, la autonomía colectiva frente a la normativa, como fuente de creación y de aplicación de los mecanismos participativos que en ellas se contienen y los objetivos de mejora de información y consulta que se pretenden alcanzar.

4.2.- El derecho de consulta en la Directiva CEU 2009.- Como se señala en el Preámbulo de la Directiva CEU 2009, *“con el objeto de aclarar los conceptos de información y consulta, en coherencia con los de las Directivas más recientes en la materia y aplicables en un marco nacional”*¹¹⁶⁶, con clara referencia a la Directiva marco 2002, se procede a modificar la derogada Directiva CEU de 1994, en punto a la regulación del derecho de consulta. Con respecto a ésta interesa lo siguiente: 1.- el concepto legal del derecho de consulta previsto en el artículo 2.1.g, así como algunas indicaciones en torno a su ejercicio según lo dispuesto en el artículo 1 (apartado 4.2.1); y 2.- el contenido mínimo del derecho de consulta previsto en las disposiciones subsidiarias para el Comité de empresa europeo *ex lege* o impuesto (apartado 4.2.2).

¹¹⁶⁴ MONEREO PÉREZ, J. L., *Los derechos de información...*, cit., pp. 116 y ss. Recoge este autor una distinción entre 1.- Información para el control: ejercer un control del ejercicio de la autoridad y sobre al política de la empresa; 2.- Información para la consulta: apropiada al objetivo de la consulta; y 3.- Información para la negociación: como expresión típica de la obligación de negociar de buena fe, la dirección empresarial tiene el deber de presentar informaciones con motivo de al preparación técnica de las negociaciones colectivas y durante el transcurso de éstas.

¹¹⁶⁵ KAHN-FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1987, p. 168; CABEZA PEREIRA, J., *La buena fe en la negociación colectiva*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1995, p. 241; GARRIDO PÉREZ, E., *La información en la empresa...*, cit., p. 213.

¹¹⁶⁶ Punto 21 del Preámbulo de la Directiva CEU 2009: *“Es conveniente aclarar los conceptos de información y consulta a los trabajadores, en coherencia con los de las Directivas más recientes en la materia y aplicables en un marco nacional, con el triple objetivo de reforzar la efectividad del nivel transnacional del diálogo, permitir una articulación adecuada entre los niveles nacionales y transnacional de este diálogo y garantizar la seguridad jurídica necesaria en la aplicación de la presente Directiva”*.

4.2.1- Concepto legal e indicaciones sobre su ejercicio.- Las modificaciones introducidas en este punto en la norma de 2009 incorporan la mayoría de los elementos previstos en la Directiva marco 2002. En concreto, en el nuevo artículo 2.1.g de la Directiva CEU 2009¹¹⁶⁷, se define la consulta como *“apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones”* entre los representantes de los trabajadores y la dirección central *“o cualquier otro nivel de dirección más apropiado”*; similar al *“nivel pertinente de dirección en función del tema tratado”* del artículo 4.4 de la Directiva marco 2002. A su vez, con mayores precisiones en punto a los factores temporal, modal y sustancial de la consulta que lo expresado en el mencionado artículo 4.4 de la Directiva marco 2002, se establece en el citado artículo 2.1.g de la Directiva CEU 2009, que la consulta se producirá *“en un momento, de una manera y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores emitir un dictamen sobre la base de la información recibida sobre las medidas propuestas acerca de las cuales se realiza la consulta y sin perjuicio de las responsabilidades de la dirección, y en un plazo razonable, que pueda ser tomada en cuenta en la empresa o el grupo de empresas de dimensión comunitaria”*. Así, con independencia de las materias que pudieran ser objeto de consulta, que no se especifican en la Directiva CEU 2009, se aclara que la *“manera”* y el *“contenido”* debe permitir a los representantes *“emitir un dictamen”* y que, además, para la consulta se debe dar *“un plazo razonable”* para que el Dictamen *“pueda ser tenido en cuenta”*. Como señala GÓMEZ GORDILLO, *“se pretende que los representantes de los trabajadores transmitan a la dirección central su opinión sobre las medidas propuestas y que esta opinión pueda ser tomada en cuenta en la decisión final, de manera que las medidas adoptadas gocen de un determinado nivel de consenso. Así, el proceso de consulta debe realizarse en un momento hábil para que la dirección de la empresa pueda alterar, o al menos matizar, su posición inicial, a partir de los argumentos ofrecidos por la representación transnacional*

¹¹⁶⁷ Art. 2.1.g Directiva CEU 2009: *“Consulta: la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre los representantes de los trabajadores y la dirección central o cualquier otro nivel de dirección más apropiado, en un momento, de una manera y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores emitir un dictamen sobre la base de la información recibida sobre las medidas propuestas acerca de las cuales se realiza la consulta y sin perjuicio de las responsabilidades de la dirección, y en un plazo razonable, que pueda ser tomada en cuenta en la empresa o el grupo de empresas de dimensión comunitaria”*.

de los trabajadores, lo que significa que dicho proceso debe abrirse con la *antelación suficiente* para que los representantes de los trabajadores estudien la información recibida y adopten una posición de partida que, tras el oportuno proceso de discusión con la Dirección de la empresa, permita elaborar una posición común al respecto de las decisiones a adoptar¹¹⁶⁸.

En cuanto a la expresión “*sin perjuicio de las responsabilidades de la dirección*”, sin perjuicio de las modificaciones que se podrían producir en la normas nacionales y/o por acuerdo entre las partes, parece claro que el hecho de que el dictamen de los representantes de los trabajadores “*pueda ser tenido en cuenta*” no significa que se altere el principio de discrecionalidad empresarial en la toma de decisiones. Es decir, el dictamen de los representantes laborales no pretende ser vinculante para la empresa, “ni siquiera parece obligar a la dirección central a aportar justificación alguna frente a una actuación contraria a la expresada por el Comité.. (..) no se configura, en principio, como un derecho de consulta de los trabajadores con vistas a la obtención de un acuerdo, tal y como la normativa comunitaria de los años setenta reconoce en relación con los supuestos de transmisión de empresas o de despidos colectivos.. (..) con vistas a alcanzar un acuerdo.. (..) se agota en la simple emisión de un dictamen dentro de un plazo razonable¹¹⁶⁹”. Una respuesta motivada al dictamen sólo está prevista con respecto al Comité de empresa europeo *ex lege* o impuesto (*Infra, cap. 4º, apartado I.4.2.2*).

Quizás, a primera vista, resulta generosa la nueva definición de consulta de la Directiva CEU 2009, con respecto a la parca definición contenida en la original Directiva CEU 1994 que se limitaba a establecer que la consulta es “*e/ intercambio de opiniones y al apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y la dirección central o cualquier otro nivel de dirección más apropiado*¹¹⁷⁰”. Sin embargo, lo cierto es que la nueva Directiva CEU 2009 limita en mayor medida el alcance del derecho de consulta. Ello es así porque con la

¹¹⁶⁸ GÓMEZ GORDILLO, R., “La reforma de la Directiva...”, cit., p. 16.

¹¹⁶⁹ SÁEZ LARA C., y DURÁN LÓPEZ, F., *El papel de la participación...*, cit., pp. 92-93.

¹¹⁷⁰ Art. 2.1.f de la derogada Directiva CEU 1994.

intención declarada de “*permitir un articulación adecuada entre los niveles nacional y transnacional*”¹¹⁷¹, se introduce como novedad el concepto de “*cuestiones transnacionales*”, que, como ya se dijo, juega como importante límite al ejercicio del derecho de información (*Supra, cap. 4º, apartado 1.2.2.1*). La intención del legislador comunitario en 2009 es clara: limitar el alcance del derecho de consulta en la Directiva CEU 2009 a las cuestiones transnacionales, definidas, como se dijo, en el artículo 1.4 de la Directiva como “*las que afectan al conjunto de la empresa o del grupo de dimensión comunitaria o al menos a dos empresas o establecimientos.. (...) situados en dos Estados miembros diferentes*”. La discrecionalidad empresarial va a ser total a la hora de decidir si una cuestión, por ejemplo, un determinado cambio en la organización del trabajo y/o en los contratos, tiene dimensión “*transnacional*” o no. Ante situaciones extremas, “*que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores*”, como los despidos colectivos o los traspasos de empresas o partes de empresas, van a ser las direcciones empresariales las que van a poder tener el control sobre qué informaciones o datos se transmiten, y sobre qué “*nivel de representación*” y/o qué “*nivel de dirección*” son los “*apropiados*” para que se produzcan dichos procesos de consultas. Podrían llegarse a producir desagradables situaciones de competencia entre plantas o centros de trabajo pertenecientes a una misma empresa o grupo de dimensión comunitaria: “*los Comités de empresa europeos pueden ser los foros perfectos en los que establecer comparaciones competitivas entre plantas. Extrayendo a través ellos concesiones de los trabajadores. Al mismo tiempo, pueden ser explotados por las direcciones como foros donde hacer resaltar las fragmentaciones existentes dentro del movimiento obrero, y entre la fuerza de trabajo de un mismo grupo empresarial*”¹¹⁷².

¹¹⁷¹ Punto 21 del Preámbulo Directiva CEU 2009: “*Es conveniente aclarar los conceptos de información y consulta a los trabajadores, en coherencia con los de las Directivas más recientes en la materia y aplicables en un marco nacional, con el triple objetivo de reforzar la efectividad del nivel transnacional del diálogo, permitir una articulación adecuada entre los niveles nacionales y transnacional de este diálogo y garantizar la seguridad jurídica necesaria en la aplicación de la presente Directiva*”. Desde luego parece contradictorio que para “*reforzarse la efectividad del nivel transnacional del diálogo*” haya que limitarse el diálogo a “*cuestiones transnacionales*”.

¹¹⁷² POSADA, X. E., “*Los comités de empresa europeos...*”, cit., p. 44; MARGISSON, P. y SISSON, K., “*The structure of transnacional...*”, cit., pp. 15-51.

4.2.2.- Contenido mínimo previsto en las disposiciones subsidiarias.-

En el Anexo de la Directiva CEU 2009 se prevé un contenido mínimo del derecho de consulta que será de aplicación cuando se den determinadas condiciones, en términos similares a los ya vistos con ocasión del derecho de información previsto para el Comité de empresa europeo *ex lege* o impuesto (*Supra*, cap. 4º, apartado 1.2.2.3). Así, en virtud del artículo 7 de la Directiva CEU 2009, se aplicarán las disposiciones subsidiarias: 1.- cuando las partes así lo decidan; 2.- cuando la dirección central empresarial rechace negociar en un plazo de 6 meses desde la presentación de una solicitud de inicio por la parte social; y 3.- cuando en un plazo de 3 años desde dicha solicitud no hayan llegado a acuerdo y la parte social que negocia, la comisión negociadora, no haya decidido anular las negociaciones en curso. En estos tres supuestos ha de constituirse necesariamente un Comité de empresa europeo *ex lege*. Para este Comité, la norma comunitaria ha diseñado un derecho de consulta con un contenido mínimo, en principio disponible para los Estados miembros, no queda claro si lo es o no¹¹⁷³, sobre el que proceden las siguientes consideraciones:

Primera.- Aunque no se dice directamente, el objeto de la consulta se limitará a las “*cuestiones transnacionales*”. Es muy significativo en este sentido lo dispuesto en el primer párrafo del punto 1.a del Anexo: “*las competencias del Comité de empresa europeo se determinarán con arreglo al artículo 1, apartado 3*”. Claramente se está limitando en este punto el ejercicio de consulta, pues el artículo 1.3 dice expresamente “-los procedimientos de información y consulta se limitarán a las *cuestiones transnacionales*¹¹⁷⁴”. Nótese además que, ni en el

¹¹⁷³ RIESCO ROCHE, R. Informe –resumen de los trabajos..”, cit., 3. El grupo de expertos nos se pronunció expresamente sobre la necesidad de que las normas nacionales acojan el contenido del Anexo sin introducir modificaciones. Si se dijo que el contenido del Anexo tiene carácter transnacional, a salvo del punto 1.b relativo a la elección o designación de los representantes de los trabajadores en el comité de empresa europeo.

¹¹⁷⁴ Art. 1.3 Directiva CEU 2009: “*La información y consulta a los trabajadores se efectuará al nivel pertinente de dirección y de representación, en función del tema tratado. Con tal fin, las competencias del comité de empresa europeo y el alcance del procedimiento de información y consulta regulado en la presente Directiva se limitarán a las cuestiones transnacionales*”. La definición de cuestiones transnacionales se encuentra en el apartado siguiente. Art. 1.4 Directiva CEU 2009: “*Se considerarán transnacionales las cuestiones que afectan al conjunto de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria o al menos a dos empresas o establecimientos de la empresa o grupo situados en dos Estados miembros diferentes*”. ¿No hubiera sido más apropiado establecer que se afecten, o mejor interesen, a la empresa o grupo de dimensión comunitaria que, además, por definición legal, ya comprenden establecimientos o centros en al menos dos Estados miembros?

antiguo Anexo de la Directiva CEU 1994, ni en la propia Directiva de 1994, se mencionaban las “*cuestiones transnacionales*” con este término, sino que se refería a la misma realidad con otras palabras: “*cuestiones que interesen al conjunto de la empresa o grupo de dimensión comunitaria*”. La diferencia en la redacción es palpable.

Segunda.- En cuanto al factor modal, la consulta ha de efectuarse de un “*modo*” que permita a los trabajadores reunirse con la dirección central y, dice expresamente -alcance de la consulta- “*obtener una respuesta motivada a cualquier dictamen que puedan emitir*” (punto 1.a segundo párrafo)¹¹⁷⁵. A diferencia del concepto de consulta de aplicación voluntaria ya visto (*Supra*, cap. 4º, apartado 4.2.1), para el Comité de empresa europeo impuesto se especifica que sobre el dictamen elaborado por la representación laboral, por los miembros del Comité de empresa europeo *ex lege* en este caso, la empresa ha de elaborar y transmitir una “*respuesta motivada*”. Ha de entenderse entonces que el “*tiempo apropiado*” se dilata y, aquí sí, se puede hablar de distintas fases, acotadas temporalmente, en el proceso de consulta. Ha de entenderse que también ha que darse el “*tiempo apropiado*” a la dirección empresarial para elaborar su “*respuesta motivada*”.

Tercera.- Nada se dice expresamente sobre las materias objeto de consulta. El listado de materias al que se viene haciendo referencia con ocasión del derecho de información en las tres Directivas participativas, no aparece expresamente relacionado con el derecho de consulta del Comité de empresa europeo *ex lege* o impuesto, pues el punto 1.a del Anexo de la Directiva CEU 2009 que contiene dicha relación de materias o listado, menciona la “*información*”, pero no la “*consulta*”.

Cuarta.- Se prevé la celebración de dos tipos de reuniones: 1.- una reunión ordinaria anual del Comité de empresa europeo *ex lege* 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*

¹¹⁷⁵ Punto 1.a, segundo párrafo, Anexo: “*La consulta se efectuará de modo que permita a los representantes de los trabajadores reunirse con la dirección central y obtener una respuesta motivada a cualquier dictamen que puedan emitir*”.

actividades de la empresa o grupo de empresas” (punto 2)¹¹⁷⁶; y 2.- unas reuniones extraordinarias que, como ya se dijo (*Supra*, cap. 4º, apartado I.2.2.3), se prevén ante “circunstancias excepcionales o se adopten decisiones que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores” (punto 3)¹¹⁷⁷. También aquí se omite la palabra “consulta” en la primera parte del párrafo pero seguramente no tiene mayores consecuencias¹¹⁷⁸.

Quinta.- En el Anexo de la Directiva CEU 2009 se menciona una “reunión organizada con el Comité restringido” (punto 3 segundo párrafo)¹¹⁷⁹. Esta reunión “de información y consulta” se efectuará con la “debida antelación”, basándose en un informe redactado por la dirección central o por cualquier otro nivel de dirección adecuado. Sobre la base del mencionado informe de la dirección empresarial, pues ya no se habla de transmitir datos o informaciones sino de dar un informe, se supone que los miembros del comité restringido podrán emitir un Dictamen “al término de la reunión o en un plazo razonable” (Punto 3 tercer párrafo)¹¹⁸⁰. No parece razonable tener que dictaminar un informe que se acaba de entregar en una reunión “al término” de la misma.

¹¹⁷⁶ Punto 2 Anexo Directiva CEU 2009: “El comité de empresa 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 grupo de empresas de dimensión comunitaria. Se informará de ello a las direcciones locales”.

¹¹⁷⁷ Punto 3 Anexo Directiva CEU 2009: “Cuando concurren circunstancias excepcionales o se adopten decisiones 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 este 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”.

¹¹⁷⁸ O, por el contrario, ¿habrá que entender que la consulta no procede a nivel transnacional sobre estas cuestiones o circunstancias excepcionales? ¿Deben las “decisiones que afectan considerablemente a los trabajadores”, es decir, según la letra de la norma, traslados, cierres de empresas o de establecimientos y/o despidos colectivos, consultarse a nivel nacional o transnacional? ¿se está dando a entender que es más apropiada su consulta a nivel local o nacional?

¹¹⁷⁹ Punto 3, segundo párrafo, Anexo Directiva CEU 2009: “En el caso de una reunión organizada con 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 circunstancias o decisiones de que se trate”.

¹¹⁸⁰ Punto 3, tercer párrafo, Anexo Directiva CEU 2009: “Esta reunión de información y consulta se efectuará con la debida antelación basándose en un informe redactado por la dirección central

Sexta.- Los dos últimos párrafos del punto 3 del Anexo, dejan claro: 1.- que *“esta reunión no afectará a las prerrogativas de la dirección central”*; y 2.- que la consulta se efectuará sin perjuicio de lo dispuesto, por un lado, en el nuevo párrafo del artículo 1.2, relativo a cómo h de llevarse a cabo la información y consulta, *“se definirán y aplicarán de modo que se garantice su efectividad”* y, sigue diciendo, *“-de modo que- se permita una toma de decisiones eficaz de la empresa o del grupo de empresas”*; y, por otro, en el artículo 8 sobre información confidencial (*Supra, cap. 4º, apartado 1.3*).

4.3.- El derecho de consulta en la Directiva SE 2001.- Con respecto a éste, interesa atender a las siguientes cuestiones: en primer lugar, a la definición del derecho de consulta prevista en el artículo 2.j como mecanismo incluido en una más amplia implicación de los trabajadores en la empresa (apartado 4.3.1); en segundo lugar, a la relativa al respeto de los derechos adquiridos en materia consultiva (apartado 4.3.2); y en tercer lugar, al contenido mínimo del derecho de consulta previsto para el órgano de representación *ex lege* en aplicación de las disposiciones de referencia previstas en el Anexo de la Directiva SE 2001 (apartado 4.3.3);

4.3.1- Definición de consulta como mecanismo de implicación.- El derecho de consulta previsto en la Directiva SE 2001 forma parte del conjunto de derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea; concepto de implicación establecido en exclusiva para atender a la participación de los trabajadores en dicha sociedad y que comprende, en sentido amplio (art. 2 h): *“la información, la consulta y la participación, y cualesquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa”* (*Supra, cap. 2º, apartado 1.2.1 y cap. 4º, apartado 1.2.3.1*).

La Directiva SE 2001 acoge una definición de consulta muy similar a la prevista en la Directiva CEU 2009. Así, el artículo 2.j de la Directiva SE 2001¹¹⁸¹

o por cualquier otro nivel de dirección adecuado de la empresa de dimensión comunitaria del grupo de empresas de dimensión comunitaria, sobre el que podrá emitirse un dictamen al término de la reunión o en un plazo razonable”.

¹¹⁸¹ Art. 2.j Directiva SE 2001: *“Consulta: apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre el órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores y*

define la consulta como *“apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones”* entre un órgano de representación de los trabajadores y el órgano competente de la Sociedad anónima europea. La consulta se hará *“en un momento -factor temporal-, de un modo -factor modal- y con un contenido -factor sustancial-”*, que permita a los trabajadores, a partir de la información facilitada, *“expresar una opinión que pueda ser tenida en cuenta”* en los procesos de decisiones en la Sociedad anónima europea. Las diferencias con respecto a la definición de consulta prevista en la Directiva CEU 2009 son básicamente dos: la primera, insignificante, es relativa a que en esta última Directiva se habla de *“emitir un dictamen”* mientras que en la Directiva SE 2001 se dice *“expresar una opinión”*; la segunda diferencia, por otro lado, si es más llamativa: en la Directiva CEU 2009, posterior en el tiempo, se establece expresamente en su concepto legal de consulta que ésta se ha de llevar a cabo *“sin perjuicio de las responsabilidades de la dirección y en un plazo razonable¹¹⁸²”*. En la Directiva SE 2001 por el contrario, acertadamente, no se reincide innecesariamente en el carácter no-vinculante del derecho de consulta, nota común a las tres Directivas participativas, a salvo de lo que pudiera mejorarse por la vía convencional. Además, a diferencia de lo previsto con respecto al derecho de información en la Directiva SE, no se establece expresamente en punto al derecho de consulta, al menos en el cuerpo de la norma (art. 2.j), que la consulta haya de quedar limitada a cuestiones transnacionales o propias de la Sociedad anónima europea. Seguramente se trata de una omisión involuntaria que además carece de consecuencia porque, si la información que se ha de transmitir debe limitarse a este tipo de cuestiones transnacionales (*Supra, cap. 4º, apartado 1.2.3.2*), y ésta información es la que tiene que *“servir de base para preparar la consulta”* (art. 2.i), ha de entenderse que el ejercicio de la consulta tendrá que limitarse también a *“cuestiones que afecten a la Sociedad anónima europea y a cualquiera*

el órgano competente de la Sociedad anónima europea, 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 Sociedad anónima europea”.

¹¹⁸² Plazo razonable ¿para quién? Ha de tenerse que en la Directiva marco 2002 se habla de *“momento apropiado”*. En cualquier caso, en el artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales, bajo cuyo amparo se encuentran las tres normas participativas objeto de estudio, se exige que la consulta se haga *“con la suficiente antelación”*.

de sus filiales -ya se dijo que no dice o cualquier de sus filiales- y establecimientos situado en otro Estado miembro o que excedan de las competencias de los órganos de decisión en un único Estado miembro” (art. 2.i).

4.3.2.- El respeto de los derechos adquiridos.- Una de las notas distintivas más importantes del régimen de la Sociedad anónima europea es la relativa al respeto del principio antes-después, una de cuyas vertientes es el principio de conservación de los derechos adquiridos (*Supra*, cap. 4º, apartado I.2.3.4). En este sentido ha de entenderse lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Directiva que prevé la posibilidad de que la comisión negociadora, por una determinada mayoría prevista en el segundo párrafo de este artículo¹¹⁸³, pueda decidir, bien no iniciar negociaciones sobre el acuerdo de implicación, bien terminar las negociaciones ya iniciadas “y basarse en las disposiciones de información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la Sociedad anónima europea tenga trabajadores”. Esta decisión de la comisión negociadora, que no es irrevocable (art. 3.6, último párrafo)¹¹⁸⁴, pone fin al procedimiento de negociación (*Infra*, cap. 4º, apartado II.3.2.3), y supone que no se aplicará ninguna de las disposiciones de referencia previstas en el Anexo, es decir, no se constituirá un órgano de representación ex lege (*Infra*, cap. 4º, apartado I.4.3.3). Como vimos con ocasión del análisis del juego del principio de respeto de los derechos adquiridos en materia informativa (*Supra*, cap. 4º, apartado I.2.3.4), en virtud de lo dispuesto en este artículo 3.6 de la Directiva SE 2001, cuando exista algún mecanismo de participación interna en la empresa que vaya a transformarse, no será posible que la comisión negociadora decida, acoger como sistema de implicación en esa Sociedad

¹¹⁸³ Art. 3.6 segundo párrafo Directiva SE 2001: “La mayoría necesaria para decidir que no se inicien o que se terminen unas negociaciones será la de 2/3 de miembros que representen al menos a 2/3 de los trabajadores, incluidos los votos de miembros que representen a trabajadores de al menos dos Estados miembros”.

¹¹⁸⁴ En este sentido, lo dispuesto en el artículo 3.6 último párrafo Directiva SE 2001: “La comisión negociadora volverá a ser convocada cuando así lo soliciten, por escrito, el 10 por 100 por lo menos de los trabajadores de la Sociedad anónima europea, de sus filiales y establecimientos o de sus representantes, siempre que hayan transcurrido al menos dos años desde la fecha de la citada decisión, salvo que las partes acuerden reiniciar las negociaciones con anterioridad. Si la comisión negociadora decide reanudar las negociaciones con la dirección, pero no se llega a un acuerdo como resultado de dichas negociaciones, no se aplicará ninguna de las disposiciones subsidiarias”.

anónima europea, un sistema basado únicamente en “*disposiciones de información y consulta ya existentes*”; sino que, por el contrario, debe prevalecer dicho sistema de participación interna, si se dan determinadas condiciones y se cumplen determinados requisitos (*Infra, cap. 4º, apartado 1.5*).

4.3.3.- Contenido mínimo previsto en las disposiciones de referencia.- Se ha dicho que se prevé un determinado contenido mínimo del derecho de consulta para el órgano de representación de los trabajadores, órgano de representación *ex lege*, que ha de crearse, según lo dispuesto en la Parte 1 del anexo de la Directiva SE 2001, cuando sean de aplicación las disposiciones de referencia previstas en dicho Anexo. La aplicación de las disposiciones de referencia está prevista ante determinados supuestos. En concreto, por indicación del artículo 7 de la Directiva SE 2001, las disposiciones de referencia se aplicarán: 1.- cuando las partes negociadoras, la comisión negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes, así lo decidan; 2.- cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo, ,acuerdo de implicación, en el plazo de 6 meses o de un año si las partes han decidido prorrogarlo, y se den dos condiciones: a.- que la parte empresarial esté de acuerdo en aplicar las disposiciones de referencia; y b.- que la comisión negociadora o banco social de la negociación no decida acoger disposiciones sobre información y consulta ya vigentes en los Estados miembros en que la Sociedad anónima europea tenga trabajadores (*Supra, cap. 4º, apartado 1.4.3.2*).

En las disposiciones de referencia contenidas en el Anexo de la Directiva SE 2001, se prevé, en términos muy similares al derecho de consulta reconocido al Comité de empresa europeo *ex lege* o impuesto en la Directiva CEU 2009, la constitución de un “*órgano de representación de los trabajadores*”, con arreglo a lo dispuesto en la Parte 1 del Anexo, cuyas competencias en materia informativa y consultiva, previstas en la Parte 2 del anexo, tienen las siguientes características:

Primera.- La consulta se limitará a cuestiones transnacionales o cuestiones que afecten “*a la Sociedad anónima europea 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 (Parte 2.a del Anexo)¹¹⁸⁵”.

Segunda.- Se prevé en la Parte 2.b, primer párrafo del Anexo¹¹⁸⁶, la celebración de una reunión ordinaria anual entre el órgano de representación laboral y el órgano competente de la Sociedad anónima europea, “*en relación con la evolución y perspectivas de las actividades de la Sociedad anónima europea*”, tomando como base para esta reunión, “*informes periódicos elaborados por el órgano competente*”, que ha de entenderse como órgano competente de la Sociedad anónima europea. Ya se dijo (*Supra*, cap. 4º, apartado 1.2.3.5), lo significativo que resultaba lo previsto en el segundo párrafo de Parte 2.b del Anexo, ausente en la Directiva CEU 2009, relativo a la información societaria adicional relativa a determinados documentos “*internos*” de la Sociedad anónima europea que ésta ha de entregarse al órgano de representación *ex lege*¹¹⁸⁷. Por lo demás, la reunión ordinaria versará, según lo dispuesto en Parte 2.b, tercer párrafo del Anexo¹¹⁸⁸, sobre una relación o tipología de materias prácticamente idéntica a la establecida, tanto en el artículo 4.2 de la Directiva marco 2002 con respecto al derecho de información y consulta

¹¹⁸⁵ Parte 2.a Anexo Directiva SE 2001: “*La competencia del órgano de representación se limitará a las cuestiones que afecten a la Sociedad anónima europea 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*”.

¹¹⁸⁶ Parte 2.b, primer párrafo, Anexo Directiva SE 2001: “*Sin perjuicio de las reuniones que se celebren en aplicación de la letra c), el órgano de representación tendrá derecho a ser informado y consultado y, a tal efecto, a reunirse al menos una vez al año con el órgano competente de la Sociedad anónima europea, sobre la base de informes periódicos elaborados por el órgano competente, en relación con la evolución y perspectivas de las actividades de la Sociedad anónima europea. Se informará a las direcciones locales en consecuencia*”.

¹¹⁸⁷ Parte 2.b, segundo párrafo, Anexo Directiva SE 2001: “*El órgano competente de la Sociedad anónima europea proporcionará al órgano de representación el orden del día de las reuniones del órgano de administración o, cuando proceda, del órgano de dirección y control, así como copia de todos los documentos presentados a la junta general de accionistas*”.

¹¹⁸⁸ Parte 2.b, tercer párrafo, Anexo Directiva SE 2001: “*La reunión se referirá en particular a la estructura, la situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, de la producción y de las ventas, la situación y evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales relativos a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o nuevos métodos de producción, los traslados de producción, las fusiones, reducciones de tamaño o cierre de empresas, de establecimientos o de partes importantes de éstos, y los despidos colectivos*”.

en su ámbito de aplicación (*Supra*, cap. 4º, apartados 1.2.1.1 y 1.4.1.2)¹¹⁸⁹, como en la Directiva CEU 2009 con respecto al derecho de información, y no con respecto al derecho de consulta¹¹⁹⁰, para el Comité de empresa europeo *ex lege* o impuesto (*Supra*, cap. 4º, apartado 1.2.2.3) y con respecto al derecho de información reconocido al órgano de representación *ex lege* en aplicación de las disposiciones de referencia en esta misma Directiva SE 2001 (*Supra*, cap. 4º, apartado 1.2.3.5).

Tercera.- Se prevé en la Parte 2.c, primer párrafo,¹¹⁹¹ la celebración de reuniones extraordinarias ante circunstancias idénticas a las establecidas para el Comité de empresa europeo *ex lege* (*Supra*, cap. 4º, apartado 1.4.2.2), es decir, “*cuando concurren circunstancias excepcionales que afectan de modo considerable a los intereses de los trabajadores..*” pero con dos importantes diferencias con respecto a lo previsto para este Comité *ex lege*:

- La primera diferencia se encuentra en el derecho a reunirse, a petición propia, en caso de circunstancias excepcionales, reconocido para el órgano de representación *ex lege* en la Directiva SE 2001. En esta Directiva SE se menciona que dicha reunión se celebre “*por -es decir, ante- razones de*

¹¹⁸⁹ Listado de materias del artículo 4.2 Directiva marco 2002: 1.- situación económica: comprende información sobre “*la evolución reciente y la evolución probable de las actividades de la empresa o centro de trabajo y de su situación económica*”; 2.- empleo: se refiere a información sobre “*la situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como sobre las eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo*”; y 3.- cambios en la organización del trabajo y en los contratos: se trata de información sobre “*las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo, incluidas en las disposiciones comunitarias mencionadas en el apartado 1 del artículo 9*”, relativo a las Directivas sobre despidos colectivos 98/59/CE y traspasos de empresas 2001/23/CE.

¹¹⁹⁰ Ya se dijo que el listado o relación de materias que vienen siendo objeto de información y consulta en las Directivas participativas objeto de estudio no aparecen expresamente relacionadas con el derecho de consulta del Comité de empresa europeo *ex lege*. Dice expresamente (Punto 1.a, segundo párrafo, Anexo Directiva CEU 2009) “*La información del comité de empresa europeo se referirá en particular a la estructura, la situación económica...*”

¹¹⁹¹ Parte 2.c, primer párrafo, Anexo Directiva SE 2001: “*Cuando concurren circunstancias excepcionales que afecten de modo considerable los intereses de los trabajadores, y en particular en los casos de traslados, ventas, cierre de empresas o establecimientos y despidos colectivos, el órgano de representación tendrá derecho a ser informado. El órgano de representación o, cuando así lo decida –en particular por razones de urgencia-, el comité restringido tendrá derecho a reunirse, a petición propia, con el órgano competente de la Sociedad anónima europea o con cualquier otro nivel de dirección más adecuado de la Sociedad anónima europea que sea competente para adoptar decisiones propias, para que se les informe y consulte sobre las medidas que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores*”.

urgencia"; aspecto que no se recoge en el caso de la reunión entre el Comité de empresa europeo *ex lege* y la dirección central de la empresa o grupo de dimensión comunitaria. Las razones de urgencia quizás deban ser interpretadas como la causa en la que debe apoyarse el órgano de representación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea que desea reunirse con el órgano competente en la misma para que *"se le informe y consulte"* sobre las circunstancias excepcionales o decisiones empresariales que afectan considerablemente a los intereses de los trabajadores. No obstante, no queda claro si dicha causa facilita o limita el hecho en sí de que se produzca la reunión extraordinaria.

- La segunda diferencia entre lo dispuesto en el Anexo de la Directiva SE 2001 y el de la Directiva CEU 2009, es bastante significativa, y marca una importante distancia entre el alcance de esta reunión extraordinaria en la Sociedad anónima europea frente a la celebración de la misma en una empresa o grupo de dimensión comunitaria. En el caso de la Sociedad anónima europea, *"cuando el órgano competente decida no seguir la opinión o el criterio manifestado por el órgano de representación, éste último tendrá derecho a reunirse de nuevo con el órgano de competente de la Sociedad anónima europea a fin de intentar llegar a un acuerdo"*¹¹⁹². Así, por un lado destaca que se prevea la celebración de una segunda reunión, y por otra, que se establezca expresamente que el fin de la misma es *"llegar a un acuerdo"*. Ninguno de estos dos aspectos se reconocen al Comité de empresa europeo *ex lege*. A éste se le va a informar y consultar ante circunstancias excepcionales pero no se dice expresamente que exista la posibilidad de llegar a un acuerdo, ni que la dirección empresarial, en el nivel que decida la empresa o grupo como más *"apropiado"*, esté obligada a reunirse por segunda vez. Ha de tenerse presente también que en la Directiva marco 2002 se prevé la posibilidad de llegar a un acuerdo, con carácter general sobre estas materias, que en la Directiva SE son consideradas *"excepcionales"*. Como se dijo (*Supra, cap. 4º, apartado 1.4.1.2*), en cuanto al derecho de consulta en la Directiva marco 2002, se habían identificado materias sobre las que se podía emitir un dictamen y obtener una respuesta justificada al

¹¹⁹² Parte 2.c, segundo párrafo, Anexo Directiva SE 2001.

mismo, modalidad consultiva-preventiva, frente a otras materias sobre las que se se podría llegar a un acuerdo, modalidad consulta-negociación.

Cuarta.- En los supuestos en los que esta reunión extraordinaria se celebre con un Comité restringido, de igual forma que se establece en la Directiva CEU 2009, *“los miembros del órgano de representación que representen a los trabajadores directamente afectados por las medidas en cuestión tendrán también derecho a participar”*. Desde luego hubiera sido deseable que se aclarara aquí qué significado ha de tener este *“derecho a participar”*.

Quinta.- En términos similares a lo dispuesto con ocasión del Comité de empresa europeo *ex lege* o impuesto, *“las reuniones mencionadas anteriormente no afectarán a las prerrogativas del órgano competente”*¹¹⁹³.

Sexta.- Es llamativo que en el punto e de la Parte 2 del Anexo se prevé con carácter general, y teniendo presente el artículo 8 relativo a la información confidencial, que los miembros del órgano competente de la Sociedad anónima europea que hayan tomado decisiones, en principio de cualquier tipo, *“informarán a los representantes de los trabajadores de la Sociedad anónima europea y a sus filiales y establecimientos sobre los resultados y contenido de los procedimientos de información y consulta”*. No hay una previsión similar en la Directiva CEU 2009 aunque tampoco tiene esto mucha transcendencia, pues es obvio que tarde o temprano se enterarán, tanto la representación laboral como los propios trabajadores, de los resultados de los procesos de información y consulta y de los resultados y contenido de las decisiones empresariales. Ello no obstante, es apreciable que se prevea, legalmente, la transmisión, formal, de dichos datos o informaciones.

5.- Contenido y alcance del derecho de participación interna.- Junto a los derechos de información y de consulta reconocidos en las Directivas participativas objeto de estudio, pueden encontrarse determinadas previsiones con respecto al derecho a la participación interna. Como se dijo (*Supra, cap. 2º, apartado 1.2*), a los efectos de este trabajo se ha optado por utilizar el término genérico participación y el de derechos participativos para referirnos al conjunto

¹¹⁹³ Parte 2.c, cuarto párrafo, Anexo Directiva SE 2001.

de derechos que comprende los derechos de información, de consulta y de participación interna. Se ha decidido, en este sentido, relegar el término implicación al ámbito estricto de la Sociedad anónima europea, y a la influencia que los trabajadores pueden ejercer en el concreto ámbito de la misma. Respecto a la regulación de los derechos de participación interna en las normas comunitarias participativas que nos ocupan, interesa, en primer lugar, apuntar la ausencia de regulación sobre el derecho de participación interna en la Directiva marco 2002 (apartado 5.1); en segundo lugar, la ausencia de mención y de regulación del derecho a la participación interna en la Directiva CEU 2009 (apartado 5.2); en tercer lugar, la regulación del derecho de participación interna en la Directiva SE 2001 (apartado 5.3).

5.1.- Ausencia de regulación en la Directiva marco 2002.- Es indudable que esta norma va dirigida principalmente, y exclusivamente, a regular derechos de información y de consulta, y así se establece expresamente en el artículo 1 relativo al objeto de la misma (*“fijar unos requisitos mínimos para el ejercicio del derecho de información y consulta”*). Para la Directiva marco 2002, el concepto de derechos participativos se limita al *“derecho –conjunto- de información y consulta”*. Es por ello que no ha de sorprender la ausencia de regulación sobre participación interna en la Directiva marco 2002. Ahora bien, esta norma comunitaria no ignora que existe también un derecho de participación interna, pues el artículo 9.3 de la misma, relativo a la relación entre la Directiva marco y otras normas, lo menciona¹¹⁹⁴. Dicha mención se produce al objeto de señalar que esta norma, la Directiva marco 2002, no va a afectar, a menoscabar, la regulación nacional existente en punto a *“derechos de información, consulta, -y expresamente-, derechos de participación”*; aclarándose en el apartado siguiente, el apartado 4 del artículo 9¹¹⁹⁵, que la aplicación de la Directiva marco 2002 no debe afectar, o no es motivo suficiente para justificar que se produzcan regresiones respecto de la situación existente -con respecto a los derechos de

¹¹⁹⁴ Art. 9.3 Directiva marco 2002: *“La presente Directiva no supondrá menoscabo de otros derechos de información, consulta y participación existentes en las legislaciones nacionales”*.

¹¹⁹⁵ Art. 9.4 Directiva marco 2002: *“La aplicación de las disposiciones de la presente Directiva no supondrá motivo suficiente para justificar regresiones respecto de la situación ya existente en los Estados miembros en lo relativo al nivel general de protección de los trabajadores en los ámbitos objeto de la misma”*.

información, consulta y participación interna- en los Estados miembros. Disposición que claramente asemeja a una suerte de principio de derechos adquiridos, en el sentido de que debe respetarse un determinado nivel alcanzado en algunos Estados miembros en materia participativa.

Son muchas las cuestiones que se podrían plantear en torno a la ausencia de una regulación sobre derechos de participación interna en la Directiva marco 2002. Importantes razonamientos de tipo político seguramente se encuentran detrás de la ausencia de esta regulación. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, esta Directiva marco 2002 se fundamentaba en el artículo 137.3 TCE, actual artículo 153.1.e TFUE. Precisamente en este artículo se menciona expresamente la cogestión, junto a otras materias especialmente sensibles - seguridad social y protección social, protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato, representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores incluida la cogestión, condiciones de empleo de los nacionales de terceros-. Como ya se dijo (*Supra, cap. 3º, apartado 1.2.2.1*), el Consejo pudo y podría legislar, por unanimidad, sobre cogestión entendida como participación interna por la vía legislativa específica prevista en el Derecho originario y no ha de considerarse que ello tenga que afectar necesariamente al derecho de asociación y sindicación, materia vetada de la actuación comunitaria, sino que, en última instancia, su posible regulación afectaría en todo caso a puntuales disposiciones del derecho societario y vendría a afectar a la libertad de empresa y de administración y organización empresarial. Podría argumentarse, junto a ello, que la autonomía colectiva que se predica como herramienta básica o piedra angular para el ejercicio concreto de los derechos que se prevén en la Directiva marco 2002 (art. 5)¹¹⁹⁶, podría dar cabida y legitimidad a un acuerdo en el que las partes acordaran la introducción de derechos de participación interna en una determinada empresa, siempre que dicha posibilidad no hubiera sido

¹¹⁹⁶ Art. 5 Directiva marco 2002: “Los Estados miembros podrán confiar a los interlocutores sociales al nivel apropiado, incluido el de empresa o el centro de trabajo, la tarea de definir libremente y en cualquier momento, por medio de acuerdo, las modalidades de información y consulta de los trabajadores. Dichos acuerdos, y los acuerdos que existan en la fecha establecida en el artículo 11 -23 de marzo de 2005-, así como cualquier posterior renovación de dichos acuerdos podrán prever, dentro del respeto de los principios enunciados en el artículo 1 y en las condiciones y límites establecidos por los Estados miembros, disposiciones diferentes de las previstas en el artículo 4 -modalidades prácticas de la información y la consulta-”.

vetada expresamente por los Estados miembros en la norma de transposición de la Directiva.

5.2.- Ausencia de mención y de regulación en la Directiva CEU 2009.-

Con respecto a la Directiva CEU 2009, se observa que el derecho a la participación interna, ni se menciona ni, obviamente, se regula. Sí se contiene una previsión similar a la del artículo 9.4 de la Directiva marco 2002 en el artículo 12.5 de la Directiva CEU 2009¹¹⁹⁷, pero en ningún caso se hace ninguna mención expresa al derecho de participación interna. Dicha ausencia está en consonancia con el objeto de la Directiva CEU 2009, *“la mejora del derecho de información y consulta -de nuevo un derecho conjunto- a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (art. 1)”*. Por lo demás, los argumentos anteriormente expuestos con respecto a la Directiva marco 2002, relativos a que no existen impedimentos técnico-legales que hubieran podido justificar la ausencia de regulación sobre derechos de participación interna, pueden ser utilizados también en el caso de la Directiva CEU. Las razones, sin duda, no se encuentran únicamente en la existencia de divergencias entre los ordenamientos jurídicos y en las diferentes regulaciones, y prácticas, internas sociales y societarias.

En punto a la posibilidad de que en los acuerdos negociados para la constitución de un Comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta, pudieran pactar el establecimiento de derechos de participación interna en determinadas empresas y grupo de empresas de dimensión comunitaria, la respuesta ha de ser necesariamente afirmativa. La libertad que en la Directiva CEU 2009 se otorga a los interlocutores sociales para regular la información y consulta en concretas empresas y grupos queda patente en numerosos aspectos de la regulación del procedimiento de negociación (art. 6). Como se verá (*Infra, cap. 4º, apartado II.3.1.7*), son las partes las que, de común acuerdo, están llamadas a determinar aspectos esenciales del Comité de empresa europeo, como la naturaleza, la

¹¹⁹⁷ Art. 12.5 Directiva CEU 2009: *“La aplicación de la presente Directiva no constituirá motivo suficiente para justificar un retroceso con respecto a la situación existente en los Estados miembros en relación con el nivel general de protección de los trabajadores en el ámbito cubierto por la Directiva”*.

composición, las atribuciones, las modalidades de funcionamiento, los procedimientos y los recursos financieros, o de cualquier procedimiento de información y consulta alternativo que pudiera establecerse, *“de forma que se adapte a sus circunstancias particulares”*¹¹⁹⁸.

El predominio de la autonomía colectiva, frente a la norma, en la Directiva CEU es tal, que ya con ocasión de la promulgación de la derogada Directiva CEU de 1994 se pudieron convalidar, por la vía del problemático artículo 13, acuerdos colectivos celebrados en empresas y grupos de dimensión comunitaria, con la simple observancia de tres discutibles requisitos: que estuvieran vigentes antes de la fecha tope de transposición de la Directiva, que *“comprendieran”* al conjunto de trabajadores y que *“previeran información y consulta transnacional”*. Estos acuerdos, denominados acuerdos pre-Directiva, se validaban sin entrar a analizar el contenido concreto de los mismos. Se trataba en este sentido de una importante vía de escape de la legalidad que no resolvió la nueva Directiva CEU 2009, sino que, si acaso, convalidó o perpetuó, al permitir de nuevo (art. 14) que no tengan que someterse a la nueva Directiva CEU 2009 los acuerdos firmados hasta la fecha tope de entrada en vigor de la misma, 5 de junio de 2011, a salvo de lo dispuesto en un nuevo artículo 13 relativo a la necesaria adaptación de los acuerdos para supuestos en los que se producen modificaciones significativas en las estructuras de las empresas o grupos.

En virtud de lo expuesto, puede afirmarse que los acuerdos para la constitución de un Comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo en el marco de la Directiva CEU 2009 pueden acoger también derechos de participación interna en las empresas y grupos de dimensión comunitaria, que quedarían así legitimados o validados bajo el amparo de la Directiva. Algún autor se ha pronunciado también, abiertamente, en favor de esta posibilidad, alegando en este sentido *“la amplia autonomía para llegar a acuerdos y la idea de participación que subyace a la Directiva”*¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁸ Punto 19 del Preámbulo de la Directiva CEU 2009.

¹¹⁹⁹ BLANKE, T., “Acuerdos del Comité de empresa europeo: tipos, contenidos y funciones y naturaleza jurídica”, en *La negociación colectiva en Europa*, Comisión Consultiva nacional de Convenios colectivos, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales nº 59, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, p. 361.

5.3.- El derecho de participación interna en la Directiva SE 2001.- Es la Directiva SE 2001 la única de las tres normas participativas objeto de estudio que regula expresamente el derecho de participación interna, limitado como ya se ha dicho al ámbito concreto y específico de la Sociedad anónima europea. Conviene analizar los siguientes aspectos: la definición legal del derecho de participación interna previsto en el artículo 2.k de la Directiva SE 2001 (apartado 5.3.1); el régimen jurídico del derecho de participación interna con respecto a la vía negocial (apartado 5.3.2); y el contenido mínimo del derecho de participación interna, previsto en la Parte 3 de las disposiciones de referencia en relación con lo dispuesto en el artículo 7.2-3 de la Directiva SE 2001 (apartado 5.3.3).

5.3.1.- Definición legal.- El artículo 2.k de la Directiva SE 2001 contiene una definición legal del derecho de participación interna, denominado aquí simplemente participación, muy amplia. Así, se define la participación como la influencia que pueden ejercer en una sociedad tanto *“los representantes de los trabajadores”*, como *“el órgano de representación laboral”*. Dicha influencia puede ejercerse, bien eligiendo o designando *“a determinados miembros del órgano de administración o de control de una sociedad”*, o bien recomendando u oponiéndose *“a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de dirección de la sociedad”*¹²⁰⁰. Con esta amplia formulación legal se da cabida a múltiples formas o sistemas de participación interna, con independencia del sistema de gobierno o de estructura que tenga la sociedad: bien una estructura monista -órgano de administración-, bien una estructura dualista -órgano de dirección y órgano de control-, en cuyo caso la influencia se ejercerá en el órgano de control, también denominado órgano o consejo de vigilancia (*Supra, cap. 3º, apartado II.4.3*). Como ya se dijo (*Supra, cap. 2º, apartado III.2.2*), en las propuestas de Reglamento sobre la SE de 1970 y 1975 se pretendía estructurar el gobierno de la Sociedad anónima europea como el sistema dual o dualista de la sociedad anónima alemana. Esta pauta no era bien recibida por los países en los que predominaba el sistema monista. La

¹²⁰⁰ Art. 2 k Directiva SE 2001: *“Participación: la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes en una sociedad mediante: el derecho de elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad; o el derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad”*.

normativa actual, sin embargo, busca una mayor flexibilidad¹²⁰¹ y, en este sentido, da la posibilidad a la Sociedad anónima europea de acoger uno u otro sistema de estructura societaria, a salvo de que la norma nacional de transposición se incline por uno de ellos para la Sociedad anónima europea domiciliada en su territorio¹²⁰². En este sentido, la definición legal del derecho de participación interna que se acoge en la Directiva SE 2001, no es conceptual sino eminentemente pragmática¹²⁰³, y está redactada de manera que permite cubrir todas las formas previstas en los distintos sistemas o practicas de los Estados miembros, con independencia de su origen, legal o no¹²⁰⁴. Así, se da cabida en esta definición de participación interna, tanto a los representantes de los trabajadores como a un órgano de representación laboral, para la designación o elección de representantes laborales, bien para formar parte del órgano de administración -sistema monista- o de control -sistema dualista-, bien, acogiendo el sistema denominado cooptación -elección o designación por el propio órgano societario- para que recomienden o se opongan a la designación de todos o algunos de los miembros de dichos órganos societarios.

¹²⁰¹ ESTEBAN VELASCO G., “El compromiso de Niza...”, cit., p. 9.

¹²⁰² PÉREZ PÉREZ, P. J., “Estructura orgánica de la sociedad anónima europea”, Noticias UE, 2004, nº 229, pp. 94-96; MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DUEÑAS, A., *La sociedad anónima europea...*, cit., pp. 81-82. De lo dispuesto en el artículo 43.1 del Reglamento se deduce que la norma muestra una preferencia por el sistema dualista. Conforme al citado artículo 43.1 todo Estado miembro puede estipular que, cuando la Sociedad anónima europea adopte el sistema monista, *la efectiva administración ordinaria de la sociedad recaiga necesariamente sobre uno o más consejeros delegados*, relegando así la labor de los restantes a ejercer un mero control sobre los que dirigen el día a día de la sociedad. De esta forma se aproxima forzosamente a la lógica del sistema monista los principios del sistema dual. Señala además este autor que el legislador alemán estipula en su territorio que aunque se opte por el sistema monista, habrá de gobernarse, la Sociedad anónima europea, de un modo análogo al sistema dual vigente para las sociedades alemanas.

¹²⁰³ Según el Grupo de Expertos SE, Document de Travail nº 15-Rev.I, de 2 de octubre de 2002, p. 2, citado por CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores...”, cit., p. 381.

¹²⁰⁴ CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores...”, cit., p. 381. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea (SE)”, Cuadernos de Derecho Judicial nº 14, ejemplar dedicado a novedades normativas en materia social, 2005, p. 3: “Las diferencias entre los Estados eran y son notabilísimas. De un lado, Estados sin ninguna previsión normativa general al respecto -Reino Unido, Italia, España-. En el otro extremo países con sistemas de participación muy desarrollados -como Alemania-..(..) Pero también otros Estados, como Holanda, con porcentajes de participación igualmente altos -entre el 20 por 100 y 1/3- si bien con sistemas de participación diferentes -cooptación-... Pasando, en fin, por Estados que prevén obligatoriamente sólo una representación minoritaria con voz pero sin voto en el órgano de administración o de vigilancia, como es el caso francés”.

5.3.2- Régimen jurídico.- Tanto la Directiva SE 2001 como las otras dos Directivas participativas objeto de estudio, tienen como característica fundamental el predominio de la autonomía colectiva o autonomía de las partes interesadas¹²⁰⁵. En el supuesto de la Directiva SE, dicha autonomía colectiva les va permitir a las partes no sólo optar por una determinada modalidad de implicación (*Infra, cap. 4º, apartado II.3.2.1*)¹²⁰⁶, sino también acoger varias de ellas y determinar su contenido, si bien siguiendo unas reglas puntuales diseñadas, como se verá, en aplicación del principio antes-después. Pues, junto a la autonomía de las partes, inspira la normativa, como ya se comentó (*Supra, cap. 4º, apartados I.2.3.4 y I.4.3.2*), el principio antes-después, que juega un papel esencial en caso de desacuerdo, pero también en determinadas modalidades de constitución de una Sociedad anónima europea, y en aplicación de las disposiciones de referencia contenidas en el Anexo de la Directiva SE 2001. Este principio juega, en este sentido, como un importante límite a la mencionada autonomía colectiva¹²⁰⁷. Así, a grandes rasgos, el derecho de participación interna previsto en la Sociedad anónima europea va a resultar principalmente de la negociación entre las partes legitimadas; es por ello que se ha denominado **participación interna negociada**. Ahora bien, en defecto de acuerdo, se va a aplicar lo dispuesto en las disposiciones de referencia en su versión acogida por las diversas normas nacionales de transposición de la Directiva, que aquí sí, en virtud de la aplicación del principio antes-después, van a disponer de mayor libertad a la hora de incorporar la normativa a sus ordenamientos internos; mayor libertad que la que tuvieron los que incorporaron la derogada Directiva CEU de 1994. El contenido del derecho de participación

¹²⁰⁵ VALDÉS DAL RÉ, F., “El modelo legal de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima europea” Relaciones Laborales 15/16 agosto 2003, p. 1.

¹²⁰⁶ Las partes pueden, en teoría, elegir entre tres modalidades de implicación: 1.- canalizar la implicación a través de un órgano de participación a través de un órgano de representación de los trabajadores, modalidad denominada participación externa negociada; 2.- mediante el establecimiento de cauces o procedimientos de información y consulta o modalidad denominada participación no institucionalizada o informal; y 3.- acoger la implicación mediante el establecimiento de derechos de participación o derechos relativos a la modalidad denominada participación interna, es decir, derecho a elegir, recomendar, designar u oponerse a la designación de determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad).

¹²⁰⁷ RAMIREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores...”, cit., p. 5.

interna previsto en la Parte 3 de las disposiciones de referencia y sus criterios de aplicación serán analizados en el apartado siguiente (*Infra, cap. 4º, apartado 1.5.3.3*).

Con respecto al régimen del derecho de participación interna negociado, las partes, la comisión negociadora y el órgano competente de la Sociedad anónima europea, podrán acordar libremente, en principio o como regla general, la modalidad de implicación que deseen: derechos de información, de consulta y de participación interna. Si deciden establecer “*normas de participación*”, entendida como participación interna, en el acuerdo de implicación las partes deben establecer, por indicación del artículo 4.2.g de la Directiva¹²⁰⁸, determinados aspectos sustanciales de dichas normas de participación interna, incluyéndose entre ellos: el número de miembros de los órganos societarios que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a su designación, los procedimientos a seguir, así como los derechos de la representación laboral en dichos órganos. A su vez, dentro de esta libertad comercial, con respecto al derecho de participación interna negociado, existen unas limitaciones que derivan de la aplicación del principio antes-después y que son las siguientes:

Primera.- Una limitación más general, prevista en el artículo 4.4 de la Directiva¹²⁰⁹, relativa al supuesto de la Sociedad anónima europea constituida por transformación¹²¹⁰, y aplicable no sólo a los derechos de participación

¹²⁰⁸ Art. 4.2.g Directiva SE 2001: “*En caso de que, durante las negociaciones, las partes decidan establecer normas de participación (el acuerdo de implicación deberá contener), los aspectos sustanciales de dichas normas, “incluido en su caso, el número de miembros del órgano de administración o de control de la Sociedad anónima europea, que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a su designación, los procedimientos a seguir por los trabajadores para elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de tales miembros, así como sus derechos”.*

¹²⁰⁹ Art. 4.4 Directiva SE 2001: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra a) del apartado 3 del artículo 13 (la Directiva SE no afectará a los derechos de implicación, distintos de la participación en órganos de la Sociedad anónima europea, previstos en norma nacional, ni tampoco a los derechos nacionales sobre participación en los órganos), cuando la Sociedad anónima europea se constituya mediante transformación, el acuerdo deberá estipular un nivel de implicación equivalente al de todos los elementos de implicación existentes en la sociedad que vaya a transformarse en Sociedad anónima europea”.*

¹²¹⁰ Como ya se dijo (*Supra, cap. 3º, apartado II.4.2.3*), la constitución de una Sociedad anónima europea mediante transformación de una sociedad anónima existente, es una operación de transformación que no implica, ni la disolución ni la creación de una nueva persona jurídica. Se exige que la sociedad anónima haya tenido al menos una filial sujeta al ordenamiento jurídico de

interna, sino en general a los derechos de implicación definidos según la Directiva SE, es decir, *“la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa”* (art. 2.h). Así, el acuerdo de implicación en la Sociedad anónima europea constituida por transformación de una sociedad anónima en Sociedad anónima europea debería respetar un nivel de implicación al menos equivalente al que ya existía en la sociedad que vayan a transformarse. Ahora bien, por la remisión que se efectúa al artículo 13.3.a, que establece que la presente Directiva no afectará a los derechos de información y consulta previstos en las normativas nacionales *“distintos de los derechos de participación”*, hay que matizar que se obliga a respetar lo dispuesto en materia de derechos de información y de consulta, que no podrá modificarse ni por acuerdo de la comisión negociadora, pero no con respecto a los derechos de participación interna, que se podrán modificar en determinados y supuestos y condiciones, como se verá a continuación. El objeto del artículo 4.4, en todo caso, hace referencia a que una Sociedad anónima europea fruto de transformación se pueda domiciliar en un Estado miembro distinto del de la sociedad anónima de origen, que contemple derechos de participación interna en su regulación normativa nacional, pero sin obligarle a incorporar dichos derechos de participación interna sino venía contemplándolos con anterioridad a su transformación en Sociedad anónima europea.

Segunda.- Otra limitación más específica está prevista en el artículo 3.6 último párrafo de la Directiva¹²¹¹ y va dirigida también a la Sociedad anónima

otro Estado miembro al menos durante dos años. Según los puntos 10 y 11 del Preámbulo de la Directiva SE 2001, el riesgo de desaparición o de reducción de los sistemas y las prácticas de participación existentes, es mayor cuando se trata de una Sociedad anónima europea constituida mediante transformación o fusión que cuando se hace mediante la creación de una sociedad *holding* o de una filial común.

¹²¹¹ Art. 3.6 Directiva SE 2001: *“La comisión negociadora podrá decidir, por la mayoría prevista más adelante, no iniciar negociaciones o terminar las negociaciones ya iniciadas y basarse en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la Sociedad anónima europea tenga trabajadores. Dicha decisión pondrá fin al procedimiento destinado a la adopción del acuerdo previsto en el artículo 4. Cuando se haya tomado dicha decisión, no se aplicará ninguna de las disposiciones del anexo. La mayoría necesaria para decidir que no se inicien o que se terminen unas negociaciones será la de 2/3 de miembros que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de miembros que representen a trabajadores de al menos dos Estados miembros. En el caso de una Sociedad anónima europea constituida mediante transformación, no será aplicable lo dispuesto en el presente apartado cuando exista participación en la empresa que vaya a*

europea constituida por transformación, en la que existiera ya, antes de transformarse, algún tipo de sistema de participación interna. En este caso, no será posible que, por acuerdo de la comisión negociadora¹²¹², se decida aplicar únicamente disposiciones sobre información y consulta ya existentes y que se desecharan, que no se aplicaran, las normas ya existentes en materia de derechos de participación interna. Con esta disposición se trata de proteger los derechos adquiridos de los trabajadores empleados en sociedades participantes, con anterioridad a la constitución de una Sociedad anónima europea¹²¹³.

Tercera.- A su vez, está prevista también otra limitación específica con respecto a los derechos de participación interna, pero relativa a otros supuestos de constitución de la Sociedad anónima europea distintos de la constitución por transformación; es decir, por fusión¹²¹⁴, por creación de *holding*¹²¹⁵ o filial común¹²¹⁶ (*Supra, cap. 3º, apartado II.4.2.3*). Así, en el resto de supuestos de

transformarse”.

¹²¹² Acuerdo cualificado de 2/3 de los miembros de la comisión negociadora que representen al menos 2/3 de los trabajadores, incluidos los votos de miembros que representen a trabajadores de al menos dos Estados miembros (Art. 3.6 segundo párrafo).

¹²¹³ En este sentido, el Punto 18 del Preámbulo de la Directiva SE 2001: *“La protección de los derechos adquiridos de los trabajadores en materia de implicación en las decisiones de la empresa es un principio fundamental y un objetivo declarado de la presente Directiva. Los derechos de los trabajadores existentes con anterioridad a la constitución de una Sociedad anónima europea representan también un punto de partida para la configuración de su derecho a la implicación en la Sociedad anónima europea (principio antes-después). Esta consideración es válida en consecuencia no sólo para la nueva constitución de una Sociedad anónima europea sino también para las modificaciones estructurales de una sociedad europea ya constituida y para los procesos estructurales de modificación de las sociedades de que se trate”*.

¹²¹⁴ La constitución de Sociedad anónima europea por fusión, supone la fusión de sociedades anónimas siempre que al menos dos de ellas estén sometidas al ordenamiento jurídico de dos Estados miembros diferentes. Se regulan dos modalidades de constitución por fusión: la fusión por absorción -la absorbida dejará de existir y la absorbente se convertirá en Sociedad anónima europea- y la fusión por constitución de nueva sociedad.

¹²¹⁵ La constitución de una Sociedad anónima europea *holding* consiste en crear un *holding* de empresas -siendo la Sociedad anónima europea la sociedad madre- siempre que al menos dos sociedades -sociedades anónimas, de responsabilidad limitada u otras- estén sujetas a los ordenamientos jurídicos de distintos Estados miembros o tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro al menos dos años antes, o peculiar es que las sociedades participantes conservan su personalidad jurídica, pues la constitución de una Sociedad anónima europea *holding* no comporta la disolución de las sociedades fundadoras.

¹²¹⁶ La constitución de una Sociedad anónima europea filial o una filial común supone que determinadas sociedades, las previstas en el artículo 54 TFUE, así como otras de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Unión Europea, podrán constituir una Sociedad

constitución que no se realiza por transformación, si en las sociedades participantes en dicha constitución se disfrutara de determinados derechos de participación interna, en principio, deben mantenerse en la Sociedad anónima europea. Sin embargo la norma, por un lado, 1.- permite su supresión y obliga a que la misma, que puede ser total o parcial, se haga mediante acuerdo cualificado de la comisión negociadora y, 2.- a su vez, asegura que, en caso de desacuerdo o fracaso en la negociación entre la comisión negociadora y el órgano competente en la Sociedad anónima europea que están negociando los sistemas y niveles de implicación en la empresa, se respete un nivel determinado o relevante según unos criterios, y por aplicación de las disposiciones de referencia. Así, puede decirse, interpretando lo dispuesto en el artículo 7.2.a relativo a la aplicación de las disposiciones de referencia, que la Directiva, indirectamente, marca lo que considera nivel relevante de participación interna que hay que respetar:

- En el caso de una Sociedad anónima europea constituida mediante fusión, si la participación afecta al menos al 25 por 100 del número total de trabajadores de las sociedades participantes que, han de ser al menos dos sociedades anónimas; o

- En el caso de una Sociedad anónima europea constituida mediante creación de una sociedad *holding* o de una filial, si la participación afecta al menos al 50 por 100 del número total de trabajadores de las sociedades participantes.

Así, en el caso de un sistema de participación interna, establecido según número o porcentaje de sitios laborales en órganos societarios u otro modo, que afecte a un número de trabajadores en una determinada Sociedad anónima europea -a la suma del conjunto de trabajadores empleados en las entidades o sociedades participantes-, que afecte al total de los trabajadores de forma

anónima europea filial entre ellas siempre que al menos dos de ellas: a.- estén sujetas a ordenamientos jurídicos de Estados miembros distintos; o b.- tengan una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro o una sucursal en otro Estado miembro por lo menos dos años antes. El Reglamento SE 2001 (art. 36) reenvía la regulación sobre la constitución de una Sociedad anónima europea filial o una filial común a lo dispuesto en los derechos nacionales sobre la constitución de una filial en forma de sociedad anónima.

conjunta, igual o por encima de los porcentajes anteriores mencionados que están establecidos en función de número total de trabajadores -el 25% o el 50% según el modo de constitución de la sociedad-, ha de entenderse que, en la letra de la norma, no se produce dicha reducción¹²¹⁷. En este caso, sí es posible, mediante acuerdo, reducir el nivel de los derechos de participación existentes con anterioridad, pero tiene que acordarse con el voto cualificado de 2/3 de la comisión negociadora previsto en el artículo 3.6 segundo párrafo. En caso de desacuerdo, el nivel relevante de participación interna quedará asegurado, es decir, el órgano competente de la Sociedad anónima europea no podrá, con la oposición de la comisión negociadora, eliminar un sistema de participación interna por debajo del nivel establecido como relevante, con algunos importantes matices que se verán a continuación.

5.3.3.- Contenido mínimo previsto en las disposiciones de referencia.-

En el caso de la Directiva SE 2001, no se puede pre-determinar lo que en la Directiva CEU se ha denominado un contenido mínimo, al menos no con respecto a los derechos de participación interna. Estos mínimos que deben quedar asegurados en cuanto a las normas de participación interna, van a depender de la situación participativa de la que partan las sociedades participantes en la constitución de una Sociedad anónima europea. En caso de desacuerdo, por aplicación de las disposiciones subsidiarias, como se verá, se garantizará que en una determinada Sociedad anónima europea se ha mantenido el nivel relevante de participación interna. Así, ya se ha dicho que con respecto al derecho de participación interna negociada, en virtud de la aplicación del principio antes-después, si en las sociedades participantes, constituidas mediante transformación, ya se aplicaba alguna forma de participación interna, mediante el acuerdo de implicación no podía desecharse o no aplicarse dichas normas de participación interna. Pues bien, este principio antes-después juega también un papel importante en la aplicación de las disposiciones de referencia

¹²¹⁷ En términos similares, señala RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores...”, cit., p. 4. Es decir, si el 25% (o el 50%) de los trabajadores tenían derechos de participación, y dentro de ese 25% resultara que el 20% de ellos tenía derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse al nombramiento de 1/4 del órgano de administración o control, y el otro 5% el derecho a elegir, etc. hasta 1/3, en tal caso, acordar que en la Sociedad anónima europea la participación será menos que ese 1 /4 supone una reducción, y tiene que acordarse por esa mayoría cualificada.

que en principio son de aplicación en caso de desacuerdo (art. 7). Ya se dijo que las disposiciones de referencia son de aplicación, en virtud de lo dispuesto en el mencionado artículo 7 de la Directiva SE 2001 en tres supuestos: 1.- cuando las partes negociadoras, comisión negociadora y órganos competentes de las sociedades participantes, así lo decidan; 2.- cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo, acuerdo de implicación, en el plazo de 6 meses, o de un año si las partes han decidido prorrogarlo, y se den dos condiciones: a.- que la parte empresarial esté de acuerdo en aplicar las disposiciones de referencia; y b.- que la comisión negociadora o banco social de la negociación no hubiera decidido acoger las disposiciones sobre información y consulta ya vigentes en los Estados miembros en que la Sociedad anónima europea tenga trabajadores. Como se dijo también (*Supra, cap. 4º, apartado 1.5.3.2*), por aplicación de lo dispuesto en el artículo 3.6, en todos los supuestos de constitución de Sociedad anónima europea excepto en el supuesto de constitución por transformación, la comisión negociadora puede, con su voto cualificado, eliminar o reducir los derechos de participación interna, pero en el supuesto de constitución por transformación, si éstos derechos existían con anterioridad en la sociedad anónima que se transforma, no podrán eliminarse. Así, interesa en este punto el análisis de dos importantes cuestiones: por un lado, los supuestos de aplicación de las disposiciones de referencia en materia de derechos de participación interna (apartado A); y por otro, el contenido de las disposiciones de referencia en materia de derechos de participación interna (apartado B).

A.- Supuestos de aplicación de las disposiciones de referencia en materia de derechos de participación interna.- Como regla general, las normas de referencia previstas en el Anexo, aplicables en caso de desacuerdo, se incorporan en las respectivas normas de transposición interna en cada Estados miembro. Ha de señalarse que a una Sociedad anónima europea se le va aplicar la norma nacional de transposición del Estado miembro donde esté situado su domicilio social. Pues bien, la Directiva SE 2001 a través de la cláusula *opting-out*, permite que los Estados miembros, en su correspondiente norma nacional de transposición de la Directiva limiten, o eliminen, la aplicación de la Parte 3 del anexo relativo a las disposiciones de referencia sobre derechos de participación interna (art. 7.3). El Estado miembro no podrá limitar la

aplicación de las disposiciones de referencia, según lo dispuesto en el artículo 7.2, en los siguientes supuestos:

- “En el caso de una Sociedad anónima europea constituida por transformación, si las normas del Estado miembro relativas a la participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control se aplicaban en una sociedad transformada en Sociedad anónima europea”. Es decir, que si en una sociedad anónima que se transforma se aplicaban ya normas de participación interna, el hecho de domiciliar la nueva Sociedad anónima europea en otro Estado miembro, no va a permitirle deshacerse de dichas normas o derechos de participación interna.

- En los casos de Sociedad anónima europea constituida por fusión, si ya se aplicaban una o más formas de participación interna al menos al 25 % de los trabajadores, pero incluso a menos del 25% si la comisión negociadora así lo decide. En este supuesto, del resultado de lo dispuesto en el artículo 12.3 del Reglamento SE 2001 en relación con el artículo 7.3 de la Directiva SE 2001, se permite que por decisión de la comisión negociadora en el supuesto de una Sociedad anónima europea por fusión, pueda no llegar a aplicarse las disposiciones de referencia contenidas en el Anexo de la Directiva SE, que incluyen normas sobre participación interna, si así lo decide el Estado miembro en el que dicha Sociedad anónima europea vaya a tener su domicilio social (cláusula *opting-out*). Ello no obstante, en este caso, se prohibirá el registro de dicha sociedad en ese Estado miembro, salvo en dos supuestos: a.- que ninguna de las sociedades participantes en la fusión hubiera estado sujeta a normas participativas antes de la inscripción; o b.- que se hubiera celebrado un acuerdo de implicación en virtud del artículo 4 de la Directiva.

- En el caso de *holding* o filial común, si ya se aplicaban una o más formas de participación al menos al 50 % de los trabajadores, pero incluso a menos del 50% si la Comisión negociadora así lo decide¹²¹⁸.

¹²¹⁸ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores..”, cit., p. 4. El principio antes-después limita lo que puede imponer la heteronomía estatal a través de las normas subsidiarias de referencia: solamente habrá que mantener la participación existente si previamente la había en la Sociedad anónima europea transformada o si afectaba previamente a un porcentaje -que, eso si puede ser muy reducido si así lo decide la Comisión negociadora-

B.- Contenido de las disposiciones de referencia en materia de derechos de participación interna.- Se establece en concreto lo siguiente:

- Como se viene reiterando, *“si ninguna de las sociedades participantes estuviera regida por las normas de participación antes de la inscripción en la Sociedad anónima europea, ésta no estará obligada a establecer disposiciones en materia de participación de los trabajadores¹²¹⁹”*.

- En el caso de una Sociedad anónima europea constituida por transformación, si ya se aplicaban derechos de participación interna en la norma del Estado miembro aplicable a la sociedad anónima antes de la constitución de la Sociedad anónima europea, seguirán siendo de aplicación *“todos los elementos”* de los mismos¹²²⁰.

- En los demás casos de constitución de una Sociedad anónima europea -es decir, por fusión, mediante creación de *holding* en el que la Sociedad anónima europea es la empresa-madre, o mediante filial común-, los trabajadores mantendrán el derecho de participación interna en una proporción igual a la mayor de las proporciones vigentes antes en las sociedades participantes¹²²¹.

de trabajadores en los restantes supuestos de constitución de la Sociedad anónima europea. Puede verse también: CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores...”, cit., p. 363; ORTÍZ LALLANA, C., “La participación de los trabajadores...”, cit., p. 88.

¹²¹⁹ Parte 3.b, segundo párrafo disposiciones de referencia Anexo.

¹²²⁰ Parte 3.a, disposiciones de referencia Anexo: *“a) en el caso de una Sociedad anónima europea constituida por transformación, si las normas de un Estado miembro relativas a la participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control se aplican antes de la inscripción, todos los elementos de la participación de los trabajadores continuarán siendo de aplicación en la Sociedad anónima europea. La letra b) se aplicará mutatis mutandis a dichos efectos”*.

¹²²¹ En este sentido, la Parte 3.b, disposiciones de referencia Anexo: *“b) en los demás casos de constitución de una Sociedad anónima europea, los trabajadores de la misma, de sus filiales y establecimientos o sus órganos de representación tienen derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un número de miembros del órgano de administración o de control de la Sociedad anónima europea igual a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes de que se trate antes de la inscripción de la Sociedad anónima europea”*. Así, por ejemplo, en el caso de transformación, una sociedad alemana -que atribuye a los representantes de los trabajadores 1/2 de los miembros del órgano de control- se mantendría en todos sus elementos aunque la SE transformada estableciera su domicilio en el Reino Unido. Y, en los casos de Sociedad anónima europea por fusión o creación de un *holding* o filial común, si se fusionara una sociedad alemana con 1/3 de representantes laborales en su órgano de control -conforme a la Ley de 1952-, siendo tres ese porcentaje, y una sociedad francesa con solo un representante laboral, el resultado sería -aunque la Sociedad anónima europea se

Por lo demás, las disposiciones de referencia previstas en el Anexo de la Directiva SE 2001 contienen determinadas previsiones sobre otros aspectos. Entre estos destaca, por un lado, lo dispuesto sobre la forma en la que se hará efectivo el derecho de participación interna. En este sentido, se establece que el órgano de representación laboral ha de seguir un criterio proporcional, en el reparto de puestos laborales en los órganos societarios o sobre la forma en que se puede recomendar determinados nombramientos, al número de trabajadores que los representantes de los trabajadores representen efectivamente en cada Estado miembro. Se establece a su vez la posibilidad de designar un miembro adicional originario del Estado miembro, si en el mismo no se cumple dicho criterio de proporcionalidad¹²²². Ello no obstante se afirma que cada Estado miembro podrá determinar la forma de reparto que les sean atribuidos en el seno de los órganos societarios¹²²³. Por otro lado, se establece también en el Anexo una disposición relativa a los derechos y obligaciones de los miembros de los órganos societarios que hayan sido elegidos, designados o recomendados por el órgano de representación laboral o por los trabajadores. A tal efecto, sin mayor detalle, se establece que *“tendrán los mismos derechos y obligaciones que los accionistas, incluido el derecho de voto”*¹²²⁴.

estableciera en Francia- que habría que mantener ese porcentaje superior de 1/3. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores...”, cit., p. 4.

¹²²² RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores...”, cit. p. 10, que no queda claro si se trata de un miembro añadido o de efectuar una redistribución, aunque parece más defendible lo segundo.

¹²²³ Parte 3.c, tercer párrafo, disposiciones de referencia Anexo: *“El órgano de representación decidirá sobre el reparto de los puestos en el seno del órgano de administración o de control entre los miembros representantes de los trabajadores de los diferentes Estados miembros, o sobre la forma en que los trabajadores de la Sociedad anónima europea pueden recomendar el nombramiento de miembros de estos órganos u oponerse al mismo, en función de la proporción de trabajadores de la Sociedad anónima europea empleados en cada Estado miembro. Si los trabajadores de uno o más Estados miembros no están cubiertos por este criterio proporcional, el órgano de representación designará un miembro originario de uno de dichos Estados miembros, en particular del Estado miembro de la sede estatutaria de la Sociedad anónima europea cuando ello sea oportuno. Cada Estado miembro podrá determinar la forma de reparto de los puestos que le sean atribuidos en el seno del órgano de administración o de control”*.

¹²²⁴ Parte 3.c, cuarto párrafo, disposiciones de referencia Anexo: *“Todo miembro del órgano de administración o, en su caso, del órgano de control de la Sociedad anónima europea que hay sido elegido, designado o recomendado por el órgano de representación o, según los casos, por los trabajadores, serán miembros de pleno derecho, con los mismos derechos y obligaciones que los miembros que representen a los accionistas, incluido el derecho de voto”*.

II.- NORMAS DE PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS.

1.- Notas fundamentales de las normas de procedimiento.- Con carácter previo al análisis de los procedimientos para el ejercicio de los derechos participativos previstos en las Directivas objeto de estudio, interesa resaltar determinadas notas fundamentales y comunes a los mismos, sin perjuicio de que cada una de estas normas presenta a su vez sus propios rasgos particulares. Estas notas en concreto son las siguientes: la flexibilidad de la normativa (apartado 1.1); el predominio de la autonomía colectiva como fuente de regulación (apartado 1.2); y el deber de negociar con espíritu de colaboración o cooperación (apartado 1.3).

1.1.- La flexibilidad de la normativa.- Que los instrumentos legales utilizados para la regulación de los derechos participativos hayan sido Directivas en lugar de Reglamentos muestra la intención del legislador comunitario por obtener obligaciones de resultados, más que obligaciones de medios. Esta fórmula, como es sabido, permite que la distribución de competencias entre los niveles comunitario y nacional sea más flexible y, en este sentido, la normativa es más flexible o amplia, menos intensa normativamente que, por ejemplo, la primera regulación legal del Comité de empresa europeo en aquella primera propuesta de Reglamento sobre la Sociedad anónima europea de 1970 (*Supra, cap. 2º, apartado III.1.1*). Precisamente, para dejar mayor espacio y permitir la adecuación de la normativa a las diversas particularidades nacionales o internas, se analizó en el capítulo segundo cómo paulatinamente se fueron reduciendo los contenidos de las propuestas y se fueron flexibilizando los procedimientos diseñados en principio con finalidades de observación rigurosa y obligatoria.

En la actualidad, la flexibilidad que se predica en general de la normativa comunitaria en materia de derechos participativos es especialmente relevante en cuanto a las normas o reglas de procedimiento. Dicha flexibilidad, o amplio margen de actuación que se deja a los Estados miembros, es exageradamente notorio con respecto a forma y modo de aplicar o ejercer los derechos de

información y de consulta previstos en la Directiva marco 2002 para determinados centros de trabajo o empresas de ámbito nacional (*Supra*, cap. 3º, apartado 11.2). Como se verá, no hay reglas de procedimiento propiamente dichas en esta Directiva. De la lectura de sus disposiciones, junto al análisis del contenido y alcance de los derechos de información y de consulta (*Supra*, cap. 4º, apartados 1.2.1 y 1.4.1), se deduce una auténtica libertad de forma, disponible en favor de la autonomía colectiva, a salvo de lo impuesto por las normas nacionales de transposición de la misma, en cuanto a los procedimientos, y muy amplios márgenes en cuanto al contenido y alcance de dichos procedimientos, sujetos implicados, desarrollo de la negociación y plazos, entre otros aspectos.

Con respecto a las otras dos Directivas, la Directiva CEU 2009 y la Directiva SE 2001, la flexibilidad y el margen de actuación que se deja en manos de los Estados miembros es también muy significativo, respondiendo en estos casos, no sólo a la necesidad de adecuar las diversas peculiaridades y/o legislaciones internas, sino precisamente en respuesta al objeto o finalidades de las mismas, relativas a la necesidad de articular los procedimientos participativos más allá del plano nacional. Ambas normas van dirigidas a mejorar o reforzar los derechos participativos en el ámbito supranacional, requiriéndose a tal efecto que se articulen derechos en los planos transnacional y nacional. Ante la ausencia de un marco normativo comunitario unitario sobre el ejercicio de los derechos participativos más allá de las fronteras nacionales, estas normas diseñan y regulan auténticas normas de procedimiento que contienen, dentro de la flexibilidad que es mayor en el caso de la Directiva SE 2001 que en el de la Directiva CEU 2009, reglas bastantes precisas relativas al inicio de las negociaciones, la constitución de una comisión negociadora, su composición y funcionamiento, incluyéndose reglas sobre votaciones en su seno, desarrollo de la negociación, plazos y reglas sobre el fracaso del procedimiento de negociación, etc. A pesar de que tanto el objeto primordial -conseguir un acuerdo- como el diseño básico de los procedimientos de negociación, con importantes espacios reservados a la autonomía colectiva, son similares en ambas normas, cada una presenta importantes peculiaridades propias, en atención a la distinta realidad empresarial, o ámbito de aplicación, al que se dirigen.

1.2.- El predominio de la autonomía colectiva como fuente de regulación.- En las reglas de procedimiento previstas en la Directiva CEU 2009, predomina la autonomía colectiva o libertad negocial frente a la norma, con respecto a los denominados acuerdos voluntarios o pre-directiva, pero también al validar los denominados procedimientos de información y consulta alternativos a la constitución de un Comité de empresa europeo. Con respecto a la Directiva SE 2001, si bien, en principio, la autonomía colectiva permite a los sujetos negociadores, la comisión negociadora y el órgano competente de la Sociedad anónima europea, optar por una determinada modalidad de implicación - derechos de información, de consulta y de participación interna, y otros-, el juego del principio antes-después limita dicha libertad, tanto con respecto al margen de actuación de los Estados miembros a la hora de transponer la normativa en sus ordenamientos internos, como con respecto a la libertad negocial de los sujetos implicados. En comparación con la Directiva CEU 2009, la Directiva SE 2001, no es ni tan dispositiva, ni tan flexible¹²²⁵.

1.3.- El deber de negociar con espíritu de colaboración o cooperación.- Puede identificarse también como nota común a las tres Directivas objeto de estudio la idea de que la parte social y la parte empresarial, en el cumplimiento de los derechos y obligaciones recíprocas *“deben trabajar con espíritu de colaboración”*; así se dispone en el artículo 1.3 de la Directiva marco 2002¹²²⁶. En las otras dos Directivas, Directiva CEU y SE, se especifica con mayor precisión que las partes *“deberán negociar con espíritu de cooperación para llegar a un acuerdo”* (art. 6.1 Directiva CEU 2009¹²²⁷) y -deberán negociar- *“con espíritu de colaboración para llegar a un acuerdo”* (art.

¹²²⁵ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores...”, cit., p. 5.

¹²²⁶ Art 1.3 Directiva marco 2002: *“En la definición y aplicación de las modalidades de información y consulta, el empresario y los representantes de los trabajadores trabajarán con espíritu de cooperación en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa o centro de trabajo como los de los trabajadores”*

¹²²⁷ Art. 6.1 Directiva CEU 2009: *“La dirección central y la comisión negociadora deberán negociar con espíritu de cooperación para llegar a un acuerdo sobre la forma de llevar a cabo la información y consulta a los trabajadores mencionada en el artículo 1 apartado 1 (mejora del derecho de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria)”*.

4.1 de la Directiva SE 2001¹²²⁸). Ahora bien, como se verá, es difícil determinar, y a su vez comparar, la intensidad del deber de negociar en ambas Directivas, por cuanto la situación de partida de las mismas es radicalmente distinta. A grandes rasgos, puede afirmarse que el deber de negociación para la parte empresarial es más intenso en la Directiva SE por cuanto que este deber es obligatorio y anterior a la propia existencia de la Sociedad anónima europea, que no va a poder registrarse si no se ha constituido una comisión negociadora con anterioridad y se ha pronunciado sobre el modelo de implicación de los trabajadores en la futura Sociedad anónima europea. En la Directiva CEU, por el contrario, la realidad empresarial es totalmente distinta pues ésta ya existe o está consolidada con anterioridad a la existencia de una solicitud de inicio de las negociaciones por la parte social y, además, la dirección empresarial de la empresa o del grupo de dimensión comunitaria podrá en determinados supuestos y ante determinadas condiciones rechazar las negociaciones o abandonarlas y no negociar. Como se argumentará (*Infra, cap. 4º, apartado II.3.1.3*), habrá que entender que la ausencia de iniciativa negociadora por la parte social, obliga a la parte empresarial, en atención al objeto de la norma, a iniciar las negociaciones por iniciativa propia.

Con respecto a si existe o no un deber de negociar de buena fe, las actuales normas participativas comunitarias no lo contemplan expresamente, a diferencia, por ejemplo, de aquella propuesta de Directiva CEU de 1991 que sí lo contemplaba (*Supra, cap. 2º, apartado IV.3*)¹²²⁹. En cualquier caso, la doctrina considera, mayoritariamente, que sí existe un deber de negociación de buena fe en las normas participativas¹²³⁰. Según algún autor, el deber de buena fe, está integrado por el principio de confianza legítima y por el de confianza

¹²²⁸ Art. 4.1 Directiva SE 2001: “Los órganos competentes de las sociedades participantes y la comisión negociadora deberán negociar con espíritu de colaboración para llegar a un acuerdo sobre las normas de implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea”.

¹²²⁹ Como se dijo, la dirección central estaba obligada a iniciar el procedimiento de negociación para la constitución de un Comité de empresa europeo, ante la solicitud de inicio de un solo trabajador. Si la dirección empresarial se negaba a negociar, empezaba a contar desde ese momento el plazo de un año para la aplicación ineludible de los requisitos mínimos contenidos en el Anexo de la propuesta.

¹²³⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F., “El establecimiento de los derechos de implicación...”, cit., p. 8; GÓMEZ GORDILLO, R., *El Comité de Empresa Europeo...*, cit., p. 214; FERNÁNDEZ DO CAMPO, B., *La participación de los trabajadores...*, cit., p. 193.

recíproca¹²³¹; para otros, se puede diferenciar dos grandes aspectos del deber de negociar de buena fe: deberes de conducta y derechos de información, y ciertas conductas evidencian mala fe como las tácticas dilatorias, no conceder autoridad a los representantes en la mesa de negociación, ruptura de la promesa de responder una oferta, afirmaciones falsas, retirada de una posición menos extrema adoptada con anterioridad, “puentear” al representante en la mesa de negociación, etc¹²³². Para algún autor, sin embargo, los derechos de información no encuentran su fundamento directo en el deber de negociar de buena fé: “los deberes informativos en el seno de la negociación, correlativos a la existencia de poderes implícitos de información, no encuentran su fundamento directo en un deber de negociar de buena fe aun cuando coincide con éste, no sólo en sus efectos limitativos de la libertad de las partes al imponérseles ciertos comportamientos en el curso de la negociación, si no también en su finalidad primigenia –originaria- ..(..).. en concreto, tales poderes informativos han de coadyuvar directamente a que los antagonistas sociales tengan la posibilidad real de autotutelar sus intereses, de ejercitar su reconocido derecho a la negociación colectiva¹²³³”.

El deber de buena fé no es universal en todos los ordenamientos¹²³⁴. A pesar de ello si es comúnmente aceptado, y así ha de interpretarse el deber de “trabajar”, en el caso de la Directiva marco 2002, o de “negociar”, en el caso de las Directivas CEU y SE, “con espíritu de colaboración o de cooperación”, lo que ha de entenderse como que es exigible a ambas partes la mencionada obligación de conducirse de buena fe en su relación con la contraparte negocial. Ahora bien,

¹²³¹ BORRAJO DACRUZ, E., “Reforma colectiva y jurisprudencia en materia de negociación colectiva de trabajo”, *Actualidad Laboral* nº 32 3-9 septiembre de 2001, p. 664.

¹²³² RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “El deber de negociar” en *Los problemas actuales de la negociación colectiva*, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales nº 6, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1994, pp. 69-71; GARCÍA BLASCO, “El deber de negociación colectiva en el derecho comparado y en el derecho español”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 6, 1981, que entiende la buena fe en sentido negativo: “exige no simular que se negocia cuando no se está dispuesto a convenir, dilatar las negociaciones, no suministrar razonamientos convincentes o no ofrecer una contrapropuesta razonable. Implica evitar por ambas partes posiciones absurdas, negativas o tendentes a desestabilizar la propia negociación”.

¹²³³ GARRIDO PÉREZ, E., *La información en la empresa...*., cit., p. 296.

¹²³⁴ *Vid.*, CABEZA PEREIRO, J., *La buena fe en la negociación...*., cit., pp. 67-70.

dicha consideración no incluye, ni ha de significar necesariamente, la obligación de llegar a un acuerdo. La falta de acuerdo en las negociaciones no juega de igual forma en las Directivas CEU y SE. En la Directiva CEU 2009, la falta de acuerdo y el transcurso del tiempo dan lugar a la aplicación de las disposiciones subsidiarias, mientras que, en la Directiva SE, el defecto de acuerdo no es causa suficiente, ni es causa necesaria para la aplicación de las disposiciones de referencia¹²³⁵; ello en virtud del límite que impone el principio antes-después tanto a los legisladores nacionales como con respecto al principio de autonomía de las partes.

2.- Normas para el ejercicio de los derechos participativos en el plano nacional previstas en la Directiva marco 2002.- La Directiva marco 2002 no alude expresamente a reglas de procedimiento sino a determinadas “*modalidades prácticas*” de la información y consulta, dejando constancia así de que no se pretende en esta norma fijar un procedimiento concreto y determinado para el ejercicio de los mencionados derechos participativos¹²³⁶. Interesa detenerse, por un lado, en las modalidades prácticas de la información y consulta, en lo referente al procedimiento para el ejercicio de estos derechos (apartado 2.1); por otro lado, en los efectos y límites de la aplicación de las modalidades prácticas de información y consulta, según lo dispuesto en el artículo 4.4.e de la Directiva marco 2002 (apartado 2.2).

2.1.- Las modalidades prácticas de la información y consulta.- Como se ha dicho, la Directiva marco 2002 no establece propiamente reglas de procedimiento, sino que se limita a establecer principios genéricos sobre el ejercicio de los derechos de información y consulta a través de conceptos vagos e indeterminados. Así, tanto con respecto al derecho de información (art. 4.3)¹²³⁷ como con respecto al derecho de consulta (art. 4.4)¹²³⁸, la norma utiliza el

¹²³⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F., “La implicación de los trabajadores...”, cit., p. 10.

¹²³⁶ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “La influencia de la Directiva...”, cit., p. 2; GARCÍA GUTIERREZ, M. L., “La Directiva 2002/14...”, cit., p. 64.

¹²³⁷ Art. 4.3 Directiva marco 2002: “La información se facilitará en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, de modo que en particular, permita a los representantes de los trabajadores proceder a un examen adecuado y preparar en su caso la consulta”.

¹²³⁸ Art. 4.4 Directiva marco 2002: “La consulta se efectuará a) en un momento, de una manera y con un contenido apropiados; b) al nivel pertinente dirección y de representación en función del

concepto “*apropiado*”, sin especificar plazos temporales concretos, ni formas, ni formalidades determinadas para el ejercicio de estos derechos. Así, la información y consulta se facilitarán en un momento “*apropiado*” y de una manera “*apropiada*”. A su vez, en punto al derecho de consulta, ya se dijo que, de lo dispuesto en el artículo 4.4 apartados d y e, se deduce que nos encontramos antes dos modalidades del derecho de consulta, que se habían denominado **consulta-preventiva** y **consulta-negociación**. Se ha hecho esta distinción, por un lado, en función de las materias a las que afecta, o contenido material de los derechos y, por otro, con la finalidad de destacar los posibles resultados que podrían obtenerse del ejercicio del derecho de consulta -bien dictamen, bien posibilidad de acuerdo- en función del contenido material de dicha consulta. En concreto, como se dijo (*Supra*, cap. 4º, apartado 1.4.1.1), las materias relacionadas en el artículo 4.2.a¹²³⁹ y en el artículo 4.2.b¹²⁴⁰, determinan el contenido material de la modalidad del derecho de consulta que se ha denominado consulta-prevención. Mientras que, por otro lado, las materias previstas en el artículo 4.2.c¹²⁴¹ son objeto de la otra modalidad que se ha denominado consulta-negociación. La modalidad de la consulta-prevención, según se deduce de lo dispuesto en la norma comunitaria, da derecho a elaborar un Dictamen, a reunirse con el empresario y a obtener “*una respuesta justificada al Dictamen*” (art. 4.4.d); la modalidad de la consulta-negociación sobre las materias relacionadas en el artículo 4.2.c, da lugar, a la posibilidad de “*llegar a un acuerdo*”, lo que implica que se está reconociendo un derecho a negociar

tema tratado; c) con arreglo a las informaciones proporcionadas por el empresario, de conformidad con la letra f) del artículo 2, y al dictamen que los representantes de los trabajadores tienen derecho a formular; d) de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores reunirse con el empresario y obtener una respuesta justificada a su eventual dictamen; y e) con el fin de llegar a un acuerdo sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario mencionadas en la letra c) del apartado 2”.

¹²³⁹ Art. 4.2.a: “*La información sobre la evolución reciente y la evolución probable de las actividades de la empresa o centro de trabajo y de su situación económica*”.

¹²⁴⁰ Art. 4.2.b: “*La información sobre situación, la estructura y la evolución probable del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como sobre las eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo*”.

¹²⁴¹ Art. 4.2.c: “*La información y la consulta sobre las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo, incluidas las previstas por las disposiciones comunitarias mencionadas en el apartado 1 del artículo 9 - directivas despidos colectivos y traspasos de empresas-*”.

necesario y anterior a la consecución de un acuerdo. Siempre, “dentro de las potestades del empresario” (art. 4.4.e)¹²⁴².

Así, de lo dispuesto expresamente en la Directiva marco 2002, poco puede deducirse con respecto al procedimiento propiamente dicho. Efectivamente, la norma comunitaria deja la determinación concreta del procedimiento para el ejercicio de los derechos de información y consulta a la competencia de los legisladores internos. A su vez, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva marco 2002¹²⁴³, los interlocutores sociales, bajo el amparo de la norma nacional de transposición de la Directiva o del acuerdo colectivo si se ha utilizado la vía de la transposición convencional, tienen autonomía para “definir libremente y en cualquier momento”, por medio de acuerdo, las “modalidades” concretas, las cuales “podrán prever.. disposiciones diferentes de las previstas en el artículo 4”. En este sentido, de lo expuesto, las siguientes consideraciones:

Primera.- Es muy significativo y criticable que se señale expresamente que el objeto de la Directiva es establecer un “marco general que fije unos requisitos mínimos (art. 1.1)¹²⁴⁴”, aspecto que se reitera y explica a su vez en el Preámbulo (punto 18)¹²⁴⁵, y no se determine expresamente cuáles son tales requisitos mínimos. Ello en virtud de la amplia flexibilidad que se otorga, tanto a

¹²⁴² Art. 4.4.e: “Con el fin de llegar a un acuerdo sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario mencionadas en la letra c) del apartado 2”.

¹²⁴³ Art. 5 Directiva marco 2002: “Los Estados miembros podrán confiar a los interlocutores sociales en el nivel apropiado, incluido el de la empresa o el centro de trabajo, la tarea de definir libremente y en cualquier momento, por medio de acuerdo, las modalidades de información y consulta a los trabajadores. Dicho acuerdos, y los acuerdos que existan en la fecha establecida en el artículo 11, así como cualquier posterior renovación de dichos acuerdos podrán prever, dentro del respeto de los principios enunciados en el artículo 1 y en las condiciones y límites establecidos por los Estados miembros, disposiciones diferentes de las previstas en el artículo 4”.

¹²⁴⁴ Art. 1.1 Directiva marco 2002: “La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general que fije unos objetivos mínimos para el ejercicio del derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas o centros situados en la Comunidad”.

¹²⁴⁵ Punto 18 Preámbulo Directiva marco 2002: “El presente marco general tiene por objetivo el establecimiento de disposiciones mínimas aplicables en toda la Comunidad y no impide a los Estados miembros prever disposiciones más favorables para los trabajadores”.

los legisladores internos, como a los interlocutores sociales “*para prever.. disposiciones distintas de las del artículo 4*”.

Segunda.- Por indicación expresa del artículo 9.1 de la Directiva marco 2002¹²⁴⁶, con respecto a las modalidades prácticas mencionadas, jugará como límite a su disponibilidad, tanto para los legisladores nacionales como para los interlocutores sociales, los procedimientos de información y consulta previstos en la Directivas 98/59/CE sobre despidos colectivos y en la Directiva 2001/23/CE, sobre traspasos de empresas. Con respecto a la primera, la Directiva 98/59/CE distingue dos fases procedimentales, una previa de información y consulta y otra, que parece posterior, relativa al procedimiento de despido propiamente dicho. Sin embargo, ambas forman parte del mismo *iter* procedimental; es más, la segunda fase parece funcional a la primera, pues cobra gran parte de su sentido en ausencia de acuerdo entre las partes -si bien, en todo caso, debe tener lugar-. En la opción comunitaria no se reclama un acuerdo para proceder a las extinciones, por lo que es, en última instancia, al empresario a quien compete la decisión extintiva. Señala la doctrina, que más que un deber de consultas parece que lo que se reclama es una auténtica negociación colectiva... “la cuestión no es si el empresario puede o no adoptar una decisión extintiva, sino cuándo puede adoptarla¹²⁴⁷”. El tema fundamental entonces es interpretar el término “*en tiempo hábil*” en relación con el momento en que surge la obligación empresarial de iniciar consultas. La jurisprudencia viene entendiendo que debe ser con carácter previo a los despidos. Ahora bien, el nacimiento de la obligación de consultas surgirá en el momento en el que se haya adoptado una decisión estratégica que obligue al empleador a examinar o a proyectar despidos colectivos, no antes, pues el precepto vincula tal exigencia a que éste tenga la intención de realizarlos¹²⁴⁸. Se requieren determinadas

¹²⁴⁶ Art. 9.1 Directiva marco 2002: “*La presente Directiva no afectará a los procedimientos específicos de información y de consulta contemplados en el artículo 2 de la Directiva 98/59/CE y en el artículo 7 de la Directiva 2001/23*”.

¹²⁴⁷ COSTAS REYES, A., “Transmisión de empresa...”, cit., p. 5.

¹²⁴⁸ STJCE de 12 de febrero de 1985, Dansk Metalarbejderforbund y Specialarbejderforbundet I Danmark, Asunto 284/83, Rec, p. 553, apartado 17. Con respecto al cumplimiento de la obligación de consultas, según la STJUE de 3 de marzo de 2011, Claes, Asuntos acumulados C-235/10 a C-239/10, las obligaciones derivadas de los artículos 2 y 3 de la Directiva 98/59 deben cumplirse hasta la extinción definitiva de la personalidad jurídica de un establecimiento cuya disolución y liquidación han sido declaradas. Las obligaciones que incumben al empresario en

matizaciones en el caso de los grupos de empresas. En este sentido, la STJUE de 10 de septiembre de 2009, Asunto C-44/08¹²⁴⁹, aclara que las consultas con los representantes de los trabajadores sólo pueden iniciarse si se conoce, porque ya se ha identificado, a la concreta empresa del grupo o filial cuyo personal pueda verse afectado por los despidos, ya que de otra forma, adelantando ese momento, no podrán cumplirse los objetivos y razón de ser de las consultas.

Tercera.- Muy probablemente la evolución de la jurisprudencia comunitaria en la interpretación de la Directivas clásicas, vendrá a afectar y servirá como marco de referencia sobre cómo ha de llevarse a cabo el procedimiento o procedimientos para el ejercicio concreto de los derechos de consulta previstos en la Directiva marco 2002. Especialmente es significativo en punto a las decisiones *“que pudieran provocar cambios sustanciales en la organización del trabajo y en los contratos”* pero también con respecto a decisiones basadas en la situación económica y financiera de la empresa o centro de trabajo, por cuanto que toda decisión empresarial, entendemos que por su propia naturaleza, se apoya en dichas informaciones o datos económicos. Así, con respecto al procedimiento, debiera de considerarse esencial que la Directiva marco 2002 hubiera establecido pautas más precisas relativas especialmente con respecto al *“nivel pertinente de dirección y de representación”* en el que debe tener lugar la consulta.

2.2.- Efectos y límites.- En cuanto a los efectos de la aplicación de las mencionadas modalidades prácticas de información y de consulta, de lo dispuesto en el artículo 4.4.e, ha de deducirse que las decisiones empresariales, referentes a cualquiera de las materias relacionadas en la tipología del artículo 4.2, son discrecionales para el empresario, *“se encuentran dentro de su potestad”*; es decir, el Dictamen previsto (art. 4.4.d) no es vinculante para la

virtud de los citados artículos deben ser cumplidas por la dirección del establecimiento en cuestión, mientras siga ocupando su lugar aun con poderes limitados en lo concerniente a la gestión de dicho establecimiento, o por su liquidador, en la medida en que éste asuma por completo la gestión de dicho establecimiento.

¹²⁴⁹ Akavan Erityisalojen Keskusliitto. En este Asunto, relativo al cese de la producción en un centro de trabajo en una grupo multinacional, se planteó cuestión prejudicial ante el TJUE a fin de determinar el alcance del periodo de consultas previsto en el art. 2 de la Directiva 98/59/CE.

empresa y, en el caso de que exista “*posibilidad de llegar a acuerdo*” (art. 4.4.e), la redacción de este precepto da a entender que es la empresa la que va a tener al última palabra en la negociación. De forma sutil¹²⁵⁰, se da a entender que las decisiones “*que pudieran provocar cambios en la organización del trabajo y en los contratos*” (art. 4.2.c) “*se encuentran dentro de las potestades del empresario*” (art. 4.4.e).

Por lo demás, ha de señalarse que la Directiva marco 2002 ya no contempla expresamente la nulidad de las decisiones empresariales que se hubieran adoptado incumpliendo obligaciones empresariales de información y consulta a los representantes de los trabajadores. En este sentido, se eliminó, en la norma finalmente adoptada, el precepto sancionador más interesante de la propuesta de 1998 (art. 7.3)¹²⁵¹ que preveía la no producción de efectos jurídicos de las medidas empresariales, que afectaran a la organización del trabajo o a los contratos de trabajo, en tanto en cuanto el empleador no hubiera cumplido sus obligaciones informativas y/o consultivas y, como consecuencia, la tipificación expresa como infracción grave tanto la ausencia de información como la retención de la misma y/o la expedición de informaciones inexactas, relativas a estas materias: decisiones que pueden provocar cambios en la organización del trabajo y en los contratos de trabajo¹²⁵².

¹²⁵⁰ No tan sutil en el Punto 22 del Preámbulo de la Directiva marco 2002: “*El marco comunitario de la información y consulta debe limitar al mínimo posible las cargas impuestas a las empresas y centros de trabajo, al tiempo que deben garantizar el ejercicio efectivo de los derechos concedidos*”. Tampoco se comprende lo dispuesto en el Punto 31: “*La aplicación de las disposiciones de la presente Directiva no debe constituir un motivo suficiente para justificar la reducción del nivel general de protección de los trabajadores en los ámbitos que son objeto de la misma*”. Pues ¿por qué debería justificar la aplicación de la Directiva una reducción del nivel de protección?

¹²⁵¹ Art. 7.3 de la propuesta de Directiva marco de 1998: “*los Estados miembros preverán que, en caso de infracción grave por parte del empleador de las obligaciones de información y consulta sobre las decisiones contempladas en artículo 4.1.c (decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo), que tuvieran consecuencias directas e inmediatas en términos de modificación sustancial o de ruptura de los contratos o de las relaciones de trabajo, dichas decisiones no producirán efectos jurídicos en los contratos o en las relaciones de trabajo de los trabajadores afectados. La no producción de efectos jurídicos subsistirá en tanto en cuanto el empleador no haya cumplido sus obligaciones o, si ello resultara imposible, si no se ha establecido una reparación adecuada según las modalidades y los procedimientos que han de establecer los Estados miembros*”.

¹²⁵² Art 7.3 de la propuesta de Directiva marco de 1998 *in fine*: “*(..) se considerará infracción grave, según lo dispuesto en los párrafos anteriores: a) la ausencia total de información y/o consulta de los representantes de los trabajadores antes de la toma de decisión o del anuncio*”.

3.- Normas para el ejercicio de los derechos participativos en el plano transnacional.- Las Directivas CEU 2009 y SE 2001 son normas procedimentales más que materiales y a tal efecto contienen determinadas pautas o reglas de procedimiento, tanto para mejorar la información y consulta en las empresas y grupos de dimensión comunitaria, en el caso de la Directiva CEU 2009, como al objeto de fijar el modelo de implicación -derechos de información, consulta y participación interna, y otros- en el supuesto de la Sociedad anónima europea. Como se dijo, estas Directivas disfrutaban de un diseño similar, heredado de la derogada Directiva CEU de 1994. Se trata, básicamente, de un original sistema que se basa en la articulación entre los planos transnacional y nacional, al objeto de permitir que los Estados miembros puedan seguir ejerciendo sus competencias en materia social colectiva, y que sean respetadas sus divergencias nacionales derivadas de sus legislaciones y prácticas internas. En este sentido, tanto en la empresa o grupo de dimensión comunitaria como en el marco de la Sociedad anónima europea, se potencia que las partes sociales lleguen a un acuerdo -sobre la constitución de un Comité de empresa europeo, o sobre un sistema de implicación, en el caso de la Sociedad anónima europea-, estableciéndose a tal efecto unas disposiciones en el Anexo de las normas, que serán de aplicación subsidiaria en caso de desacuerdo, y con la intención de que sirvan, a su vez, de referencia en las negociaciones.

Ambas Directivas, CEU y SE, contienen reglas de procedimiento similares. Sin embargo, la flexibilidad o voluntariedad es mayor en la Directiva CEU 2009, pues sus disposiciones son menos intensas normativamente, imponen obligaciones de menor intensidad y/o de menor coercibilidad. Dicha voluntariedad, bajo el amparo de la necesidad de potenciar una autonomía colectiva que carece de respaldo jurídico comunitario, se aprecia, por ejemplo, en la posibilidad de legitimar acuerdos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la normativa, el pasado 5 de junio de 2011, sin necesidad de renegociarlos. La voluntariedad se aprecia también en la menor intensidad del deber de negociar, por ejemplo, al exigir en la Directiva CEU plazos más amplios que en la Directiva SE para la aplicación de unos mínimos previstos en los

público de ésta, o bien b) la retención de informaciones importantes o la expedición de informaciones inexactas que tengan como resultado hacer inefectivo el ejercicio del derecho a la información y a la consulta”.

Anexos que ambas pretenden proteger. La Directiva SE, por el contrario, principalmente por la necesidad de tener que asegurar el respeto al principio antes-después para que la norma pudiera aprobarse, contiene derechos y obligaciones recíprocas de mayor calado. Es significativo, por ejemplo, que se obligue a las sociedades mercantiles que se planteen constituir una Sociedad anónima europea, o transformarse en Sociedad anónima europea, a tener una reunión con la representación laboral de todas las sociedades que quisieran estar involucrados en el proyecto societario y, a continuación, se prevé su deber de negociar con estas representaciones laborales al objeto de acordar el sistema de implicación de los trabajadores que habrá de regir en la Sociedad anónima europea, so pena de no poder registrarse la misma. A su vez, importa a la Directiva SE la situación participativa de las sociedades participantes en la constitución de una Sociedad anónima europea, tanto para no imponer mayores obligaciones participativas a las mismas sino las tenían antes, como para proteger a las que las tienen, si un número significativo de la plantilla quiere mantenerlas.

En las páginas que siguen se abordaran algunos matices sobre las diferencias en las reglas de procedimiento previstas en estas normas comunitarias. Procede un examen separado dados los diferentes ámbitos empresariales en los que se opera: el existente o real de la empresa o grupo de dimensión comunitaria y el futuro de la Sociedad anónima europea. Así, por un lado, se abordará el procedimiento de negociación en la Directiva CEU 2009 (apartado 3.1) y, por otro lado, el de la Directiva SE 2001 (apartado 3.2).

3.1.- El procedimiento de negociación en la Directiva CEU 2009.- Con respecto éste, interesa analizar los siguientes aspectos: en primer lugar, el el objeto del procedimiento y la legislación aplicable (apartado 3.1.1.); en segundo lugar, las obligaciones empresariales de carácter previo al inicio del procedimiento (apartado 3.1.2); en tercer lugar, la apertura de las negociaciones o inicio del procedimiento (apartado 3.1.3); en cuarto lugar, la constitución y composición de la comisión negociadora, denominación que recibe en la Directiva CEU el banco social de la negociación, así como la convocatoria de su primera reunión con la dirección central de la empresa o grupo de dimensión comunitaria (apartado 3.1.4); en quinto lugar, el funcionamiento de dicha

comisión negociadora y el estatuto jurídico de sus miembros (apartado 3.1.5); en sexto lugar, el desarrollo y contenido de la negociación (apartado 3.1.6); y, por último, la conclusión de la negociación con acuerdo (apartado 3.1.7).

3.1.1.- Objeto y legislación aplicable.- Con respecto al objeto del procedimiento de negociación en la Directiva CEU 2009, los artículos iniciales de la norma señalan que el objeto del mismo es guiar la negociación para la constitución de un Comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta¹²⁵³, ambos con la pretensión de “mejorar el derecho de información y consulta” en las empresas y grupos de dimensión comunitaria (art. 1.1). Como ya se indicó (*Supra*, cap. 2º, apartado V.1.2), la norma comunitaria diseña tres vías o mecanismos para cumplir con la finalidad de la mejora de la información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria: 1.- negociar la constitución de un Comité de empresa europeo o el establecimiento de procedimiento alternativo de información y consulta; 2.- constituir un Comité de empresa europeo *ex lege*, por aplicación de las disposiciones subsidiarias que le otorgan determinados derechos de información y consulta; o 3.- convalidar los acuerdos existentes, incluyéndose una muy amplia serie de supuestos¹²⁵⁴. El análisis que sigue se centrará en las finalidades de la primera vía o mecanismo, el procedimiento de negociación. Con

¹²⁵³ Art. 1.2 Directiva CEU 2009: “A tal fin, en cada empresa de dimensión comunitaria y en cada grupo de empresas de dimensión comunitaria se constituirá un comité de empresa europeo o un procedimiento adicional de información y consulta a los trabajadores, siempre que se haya formulado una petición en tal sentido de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 5, apartado 1, a fin de informar y consultar a dichos trabajadores. Las modalidades de información y consulta a los trabajadores se definirán y aplicarán de modo que se garantice su efectividad y se permita una toma de decisiones eficaz de la empresa o del grupo de empresas”.

¹²⁵⁴ El artículo 14 de la Directiva CEU 2009 prevé la convalidación de varios tipos de acuerdos denominados voluntarios: 1.- aquellos que se hubieran alcanzado con anterioridad a la entrada en vigor de la derogada Directiva CEU 1994, es decir, existentes antes del 22 de septiembre de 1996 y validados por el antiguo artículo 13 de esta Directiva; 2.- acuerdos firmados o revisados con arreglo a la derogada Directiva CEU 1994 entre el 5 de junio de 2009 y 5 de junio de 2011; es decir, los acuerdos existentes antes de la fecha de transposición de la Directiva CEU 2009 5 de junio de 2011, se convalidaran, según lo dispuesto en las normas nacionales de transposición, a salvo de lo que dispongan dichas normas nacionales, no es exigible de la dirección central que inicie un nuevo procedimiento de negociación. El artículo 13 de la Directiva CEU 2009, que lleva por título la palabra adaptación, y que es una novedad con respecto a la Directiva de 1994, prevé sin embargo que puedan re-negociarse, a petición escrita de más de 100 trabajadores en al menos dos empresas o centros, los acuerdos existentes arriba mencionados en dos supuestos concretos: 1.- cuando se produzcan modificaciones significativas en la estructura de la empresa o del grupo de empresas y no existan disposiciones previstas por los acuerdos vigentes; o 2.- cuando se produzcan conflictos entre las disposiciones de dos o mas acuerdos aplicables.

respecto a la segunda vía, la constitución del Comité de empresa europeo *ex lege* por aplicación de las disposiciones subsidiarias (art. 7 Directiva CEU 2009)¹²⁵⁵, ya se tuvo ocasión de comentar sobre los supuestos en los que está prevista dicha aplicación de las disposiciones contenidas en el Anexo de la norma en punto a las competencias del denominado CEU *ex lege*, relativas a determinados derechos de información y de consulta (*Supra*, cap. 4º, apartados 1.2.2.3 y 1.4.2.2). No procede en este punto elaborar mayores precisiones en cuanto a la tercera vía prevista, la convalidación de los acuerdos voluntarios ya existentes. Por la trascendencia de esta significativa y importantísima vía de escape en la aplicación de la normativa participativa comunitaria, será objeto de tratamiento en las conclusiones de este trabajo (*Infra*, conclusiones, apartado 4).

El objeto del procedimiento de negociación establecido en la Directiva CEU 2009 es la negociación con miras al establecimiento de un Comité de empresa europeo, denominado negociado, o, alternativamente, un procedimiento de información y consulta. En ambos casos la norma exige únicamente que el objeto de la información y consulta se limite a cuestiones transnacionales. Tanto la obligación de constituir un Comité de empresa europeo de grupo, como la de constituir un Comité de empresa europeo, u otros órganos representativos en el caso de optar por introducir determinados procedimientos alternativos de información y consulta, son cuestiones disponibles para las partes y posible contenido material de la negociación. Si bien, por indicación de la Directiva (art. 1.6), salvo que por acuerdo se prevea un ámbito de aplicación más amplio, los poderes y las competencias de los comités de empresa europeos y el alcance de los procedimientos alternativos de información y consulta, se referirán, en el caso de una empresa de dimensión comunitaria, a todos los establecimientos situados en los Estados miembros y, en el caso de los grupos de empresas de dimensión comunitaria, a todas las empresas del grupo situadas en los Estados miembros.

¹²⁵⁵ Según lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva CEU 2009, los supuestos que obligan a la aplicación de las disposiciones subsidiarias son los siguientes: 1.- cuando las partes así lo decidan; 2.- cuando la dirección central empresarial rechace negociar en un plazo de 6 meses desde la presentación de una solicitud de inicio por la parte social; y 3.- cuando en un plazo de 3 años desde dicha solicitud no hayan llegado a acuerdo y la parte social que negocia, denominada la comisión negociadora, no haya decidido anular las negociaciones en curso.

En cualquier caso, la finalidad de las normas relativas al procedimiento de negociación es simplemente dar la posibilidad de ser utilizadas como pautas en unas pretendidas negociaciones. No va a ser fácil pretender obligar a una dirección central a una apertura de nuevas negociaciones si ya existen acuerdos voluntarios en vigor. De la misma forma que el hecho de que la norma prevea un régimen de aplicación subsidiaria, en caso de que el procedimiento de negociación concluya sin acuerdo en un, extensísimo, plazo de tres años, desde el inicio de la negociación, o de seis meses si la dirección empresarial se niega a responder a la solicitud de inicio de las negociaciones del lado social, juega seguramente a favor de, al menos, sentar al banco empresarial en la mesa de negociación, so pena de la imposición de un Comité de empresa europeo *ex lege*. En este sentido, las herramientas o aspectos procedimentales que se reconocen en la norma son puestos al servicio de las partes, si bien el objeto o finalidad del procedimiento, la utilización que las partes hagan del mismo, diferiría según sus respectivos intereses.

Con respecto a la legislación aplicable al procedimiento de negociación, ya se dijo que la Directiva CEU presenta como rasgo más peculiar y original el ser una norma que prevé disposiciones tanto de alcance nacional como transnacional. Éstas últimas, las disposiciones transnacionales, constituyen el núcleo duro de las obligaciones impuestas a las empresas y a los grupos, por ello se exige su máxima uniformidad¹²⁵⁶, y se exige también que sean aplicables a toda empresa o grupo de dimensión comunitaria cuya dirección central esté situada en el territorio de un Estado miembro, con independencia de donde se encuentran situados sus centros, establecimientos o empresas. Así, la norma que guiará el procedimiento de negociación será aquella del Estado miembro donde se ubique dicha dirección central. Sin embargo, determinadas normas, entre ellas alguna esencial sobre el procedimiento de negociación como lo es la

¹²⁵⁶ ALBIOL MONTESINOS, I., "El comité de empresa europeo", Tribuna Social nº 64, abril 1996, p. 55. Dicha uniformidad o homogeneidad puede no ser total, ya que las normas del Anexo son, en algún caso, de derecho necesario absoluto, mientras que, en otros, son normas mínimas susceptibles de ser mejoradas por la propia legislación interna.

designación y elección de la comisión negociadora¹²⁵⁷, son normas de alcance nacional, y en consecuencia, en este punto habrá que estar a lo dispuesto en la legislación del Estado miembro, o en varias de ellas, donde radique el centro, establecimiento o empresa del que procedan los pretendidos miembros de dicha comisión negociadora.

3.1.2.- Obligaciones empresariales previas al inicio de las negociaciones.- El artículo 4 de la Directiva, configura un deber y responsabilidad de la *“dirección central”*¹²⁵⁸ relativos a *“establecer las condiciones y medios necesarios para la constitución de un Comité de empresa europeo o establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta”*. Es decir, se trata de posibilitar la puesta en práctica del proceso de negociación y a su vez, facilitar que dicho procedimiento se lleve a cabo de una forma apropiada. Como se dijo (*Supra, cap. 4º, apartado 1.2.2.2*), el actual artículo 4.4¹²⁵⁹ prevé como novedad, mejorando lo dispuesto en el antiguo artículo 11.2 de la derogada Directiva CEU de 1994¹²⁶⁰, que toda dirección

¹²⁵⁷ Son también disposiciones de carácter nacional: el concepto de representante de los trabajadores, el método de cálculo de los mismos, el régimen de la información confidencial, la protección de los trabajadores, tutela y la elección o designación de los representantes en el Comité de empresa europeo *ex lege*.

¹²⁵⁸ Cuando la dirección central no esté situada en un Estado miembro, asumirá dicha responsabilidad, un representante designado por la misma que se encuentre ubicado en territorio comunitario (art. 4.2 primer párrafo Directiva CEU 2009). A falta de tal representante, cuando no se ha designado por la dirección central extra-comunitaria obligada a ello, asumirá la responsabilidad la dirección del establecimiento o de la empresa del grupo que emplee a mayor número de trabajadores en un Estado miembro (art. 4.2 segundo párrafo). Con respecto a quién compete la elección de una dirección central europea, en representación de la dirección central real, nótese la discordancia en la Directiva, entre lo dispuesto en su Exposición de motivos (considerando nº 22) y el artículo 4.2 de la misma. En la Exposición de motivos se señala que el representante será designado por el establecimiento o empresa controlada que tenga mayor número de trabajadores en los Estados miembros. En el artículo 4.2 de la Directiva, por el contrario, se señala que la designación recae sobre la dirección central real.

¹²⁵⁹ Art. 4.4 Directiva CEU 2009: *“Toda dirección de una empresa, incluida en el grupo de empresas de dimensión comunitaria, así como la dirección central o la que se presume dirección central en el sentido del apartado 2, párrafo segundo, de la empresa o del grupo de dimensión comunitaria, serán responsables de la obtención y transmisión a las partes interesadas en la aplicación de la presente Directiva de la información indispensable para la apertura de las negociaciones contempladas en el artículo 5, en particular la información relativa a la estructura de la empresa o del grupo y su plantilla. Esta obligación se referirá señaladamente a la información relativa al número de trabajadores contemplados en el artículo 2 apartado 1, letras a) y c)”*.

¹²⁶⁰ Art. 11.2 de la derogada Directiva CEU 1994: *“Los Estados miembros velarán porque, a petición de las partes interesadas en la aplicación de la presente Directiva, las empresas faciliten*

empresarial -discrecional aquí para la empresa o grupo determinar quién o quiénes son las direcciones empresariales-, debe obtener y transmitir a las partes sociales interesadas en la aplicación de la Directiva informaciones y datos “*indispensables*” para la apertura de las negociaciones; es decir, información sobre la estructura del grupo o empresa así como su plantilla. Como se dijo, interesa a las “*partes sociales interesadas en la aplicación de la Directiva*” conocer la realidad empresarial ante la que pretenden negociar, principalmente al objeto de determinar si se encuentran o no ante una empresa o grupo de dimensión comunitaria, y si cuenta o no, en atención a la plantilla efectiva, con el respaldo suficiente, medido en términos del número mínimo de trabajadores, para que prospere su solicitud de inicio de las negociaciones. A su vez, a partir de todos estos datos e informaciones, convendría a la parte social conocer, si existe o no un acuerdo voluntario vigente en su empresa o grupo concreto y cuales sus condiciones y ámbito de aplicación. A tal efecto, sería deseable que existiera algún tipo de registro a nivel comunitario. Hasta la fecha son las organizaciones sindicales y determinados organismos de investigación los que encargados de realizar diversos tipos de recopilación de acuerdos colectivos a nivel europeo.

3.1.3.- Inicio del procedimiento.- Por indicación del artículo 5.1 de la Directiva¹²⁶¹, el procedimiento de negociación propiamente dicho puede iniciarse bien a iniciativa de la dirección central, bien a iniciativa de las partes sociales interesadas, respaldada por solicitud escrita con el aval de un mínimo de 100 trabajadores o de sus representantes, siempre que pertenezcan al menos a dos empresas o dos establecimientos situados en dos Estados miembros diferentes. Así, la solicitud de inicio del procedimiento de negociación puede provenir tanto del lado empresarial (apartado A), como del laboral (apartado B).

la información sobre el número de trabajadores contemplado en las letras a) y c) del apartado 1 del artículo 2 -empresas y grupos de dimensión comunitaria-”.

¹²⁶¹ Art. 5.1 Directiva CEU 2009: “*A fin de alcanzar el objetivo establecido en el artículo 1, apartado 1 (mejora de la información y consulta), la dirección central iniciará la negociación para la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta, por iniciativa propia o a solicitud de escrita de un mínimo de 100 trabajadores, o de sus representantes, pertenecientes por lo menos a dos empresas o establecimientos situados en al menos dos Estados miembros diferentes*”.

A.- Solicitud de inicio empresarial.- La posibilidad de que iniciativa negocial provenga del lado empresarial se menciona someramente en el citado artículo 5.1 de la Directiva CEU relativo a la comisión negociadora, sin especificar nada más en cuanto al ejercicio y contenido de dicha iniciativa negocial. Esta omisión con respecto al régimen jurídico de la solicitud de inicio de las negociaciones del lado empresarial, podría dar lugar a otra importante vía de escape de la aplicación de la normativa: el supuesto en el que, por acuerdo implícito de la dirección y los trabajadores, no se ponga en marcha el procedimiento de negociación¹²⁶². En cualquier caso, con respecto a la iniciativa empresarial, la doctrina se ha planteado si la Directiva configura o no un deber empresarial de apertura de las negociaciones a instancia propia, en el supuesto de no mediar una solicitud de inicio por la parte social. Podría considerarse, por un lado, que en virtud de la obligación general establecida en el artículo 4.1 de la Directiva relativa a facilitar *“las condiciones y medios necesarios”* para constituir un Comité de empresa europeo o establecer un procedimiento alternativo de información y consulta, existe implícitamente la obligación de apertura empresarial de las negociaciones, por iniciativa propia, a pesar de que no conste una solicitud de inicio de la parte social. Además, podría deducirse también, aunque con mayor dificultad por cuanto que se refiere a una obligación empresarial, exigible una vez en marcha el proceso de negociación, de lo dispuesto en el artículo 4.4 anteriormente citado¹²⁶³. Algunos autores consideran que el deber de apertura de las negociaciones, y por tanto, la responsabilidad derivada de su eventual incumplimiento, sólo surge si media la solicitud de los trabajadores¹²⁶⁴. A favor de esta apreciación, está seguramente el hecho de que

¹²⁶² RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “Información y consulta a los trabajadores a nivel transnacional comunitario: modelo negocial”, cit., p. 57.

¹²⁶³ Art. 4.4 Directiva CEU 2009: *“Toda dirección de una empresa, incluida en el grupo de empresas de dimensión comunitaria, así como la dirección central o la que se presuma dirección central en el sentido del apartado 2, párrafo segundo, de la empresa o del grupo de dimensión comunitaria, serán responsables de la obtención y transmisión a las partes interesadas en la aplicación de la presente Directiva de la información indispensable para la apertura de las negociaciones contempladas en el artículo 5, en particular la información relativa a la estructura de la empresa o del grupo y su plantilla. Esta obligación se referirá señaladamente a la información relativa al número de trabajadores contemplados en el artículo 2, apartado 1, letras a) y c)”*.

¹²⁶⁴ SÁEZ LARA C. y DURÁN LÓPEZ, F., *El papel de la participación...*, cit., p. 78.

la Directiva prevé la aplicación de las disposiciones subsidiarias cuando la dirección central suspenda negociaciones o se oponga a ellas transcurrido un determinado plazo, lo que presupone la apertura, aunque sólo sea formal, de un procedimiento de negociación.

Sin perjuicio de que ha de considerarse la primera postura, que sí existe un deber exigible de apertura empresarial, más acorde con el objeto de la Directiva, es en las normas nacionales de transposición de la Directiva donde se ha de resolver este interrogante¹²⁶⁵. Así, puesto que es la norma nacional la que ha de especificar el régimen de infracciones y sanciones, sería deseable que se tipificara esta omisión empresarial relativa a su solicitud de apertura de negociaciones ante la ausencia de solicitud por la parte social, como conducta susceptible de sanción¹²⁶⁶. Aun cuando ya existiera un acuerdo voluntario previo a la entrada en vigor de la nueva Directiva CEU 2009, ha de entenderse que sería positivo que se promoviera la apertura de un nuevo procedimiento de negociación, al menos una reunión informal, con vistas bien a renovar lo ya pactado como a re-negociar posibles modificaciones. Esta posibilidad está prevista en la nueva Directiva CEU 2009, en el artículo 13 titulado adaptación, para el supuesto en el que se produzcan *“modificaciones significativas en la estructura de la empresa o del grupo”*¹²⁶⁷. Seguramente ha de considerarse que el mero hecho de la aprobación de una nueva norma, la Directiva CEU 2009, sin

¹²⁶⁵ Algunas normas de transposición de la Directiva aclaran expresamente los supuestos en los que estaría permitido que la dirección central se negará o se opusiera a la apertura de las negociaciones, parte del banco social. En este sentido, por ejemplo, el artículo 7.2 de la norma española, la Ley 10/2011, establece que la dirección central podrá negarse al inicio de las negociaciones en los siguientes supuestos: 1.- que la empresa o grupo no reúnan el número de trabajadores que se requieren para su inclusión en el ámbito de aplicación de la norma; 2.- que la solicitud de inicio del lado social no venga avalada por el número de firmas exigido; 3.- que una comisión negociadora se hubiera constituido, reunido y decidido por mayoría de dos tercios no iniciar, anular las negociaciones en curso; y 4.- cuando existiese ya en la empresa o grupo un acuerdo sobre información y consulta que cumpliera con los requisitos del artículo 12 de la Ley 10/1997 (contenido del acuerdo) modificado por Ley 10/2011.

¹²⁶⁶ En este sentido, el artículo 33.1 de la española de transposición, la Ley 10/1997, prevé expresamente que es infracción empresarial muy grave: *“las acciones u omisiones que impidan el inicio o el desarrollo de la negociación para la constitución de un comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta”*. No tendría sentido dicha tipificación y que, a su vez, se permitiera la no aplicación de la Directiva porque no consta una solicitud de inicio de las negociaciones del lado social y el lado empresarial no está obligado a dicha apertura.

¹²⁶⁷ ¿Cómo deben interpretarse estas *“modificaciones significativas”*?

necesidad de tener que probar que existen modificaciones significativas en la estructura de la empresa, debería dar lugar, al menos, a una reunión convocada a iniciativa de la dirección central para tratar sobre la situación participativa en la empresa, revisar acuerdos vigentes y para re-negociar posibilidades de mejora, en beneficio de ambas partes. La norma, sin embargo, se muestra tímida a la hora de promover, y menos exigir, iniciativas negociales empresariales, como si debiera salvaguardar las prerrogativas empresariales a toda costa¹²⁶⁸.

Por lo demás, es muy significativo que si la solicitud de inicio procede del lado empresarial, nada se prevé en la Directiva comunitaria sobre quién o quiénes serán los sujetos destinatarios de dicha solicitud, ni cómo ha de llevarse a cabo dicha notificación. Probablemente tendría que remitirse a las direcciones locales para que éstas a su vez transmitieran dicha intención negocial a sus respectivos órganos de representación ya existentes en los centros o establecimientos.

B.- Solicitud de inicio laboral.- Con respecto a la apertura de las negociaciones del lado social, la Directiva CEU exige una solicitud escrita *“de un mínimo de 100 trabajadores o sus representantes”* de al menos dos centros o empresas situados en dos Estados miembros diferentes (art. 5.1)¹²⁶⁹. En esta disposición se hace referencia a unos sujetos con derecho a solicitar el inicio de las negociaciones o sujetos solicitantes (apartado a), pero nada se dispone sobre la forma y contenido del escrito, ni sobre los probables actos de notificación y recepción del escrito por el que se solicita la apertura de las negociaciones (apartado b).

a.- Sujetos solicitantes.- La norma exige que la solicitud venga respaldada por un mínimo de 100 trabajadores, pero no especifica como han de computarse, o de sus representantes. Con respecto al cómputo de los 100

¹²⁶⁸ Se intuye en la norma una cierta filosofía: si hay que imponer cargas negociales a las empresas, que se haga a nivel nacional.

¹²⁶⁹ Art. 5.1 Directiva CEU 2009: *“A fin de alcanzar el objetivo establecido en el artículo 1, apartado 1 (mejora de la información y consulta), la dirección central iniciará la negociación para la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta, por iniciativa propia o a solicitud de escrita de un mínimo de 100 trabajadores, o de sus representantes, pertenecientes por lo menos a dos empresas o establecimientos situados en al menos dos Estados miembros diferentes”.*

trabajadores, ha de entenderse que, si nada especifica la norma nacional de transposición, en dicho computo habrá que tomar como referencia lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Directiva¹²⁷⁰ en relación con el cómputo de plantilla a efectos de considerar que una empresa o grupo entran en el ámbito de aplicación de la norma: una media de trabajadores durante los dos últimos años, computados con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales (*Supra*, cap. 3º, apartado II.2.2). Con respecto a “sus representantes”, queda claro que se trata de los representantes de 100 trabajadores, lo significa que serían legítimas las solicitudes de inicio avalada por diferentes posibles combinaciones.

Otra cuestión relevante es la relativa a si la comisión negociadora, órgano de composición estrictamente laboral, es o no un órgano legitimado para solicitar el inicio de las negociaciones. La respuesta ha de ser necesariamente afirmativa por varios motivos:

Primero.- Porque la norma comunitaria configura la apertura de las negociaciones como algo independiente de la constitución de la comisión negociadora (*Infra*, cap. 4º, apartado II.3.1.4), y no exige una determinada secuencia temporal que obligue a que la constitución de la comisión negociadora se realice con posterioridad a la apertura formal del procedimiento de negociación¹²⁷¹.

Segundo.- Porque el artículo 5.5 de la Directiva CEU 2009, como se verá con mayor detalle (*Infra*, cap. 4º, apartado II.3.1.5), prevé expresamente la facultad de la comisión negociadora para no iniciar o para anular las negociaciones en curso, por decisión mayoritaria de dos tercios de sus miembros. Parece coherente que si la comisión negociadora está legitimada para anular o no iniciarlas, lo está también para solicitar su inicio.

¹²⁷⁰ Art. 2.2 Directiva CEU 2009: “A efectos de la presente Directiva, la plantilla mínima de trabajadores se fijará con arreglo a la media de trabajadores, incluidos los trabajadores a tiempo parcial, contratados durante los dos años precedentes, calculada con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”.

¹²⁷¹ Si bien es cierto que en la Directiva se diferencia el inicio o apertura de una negociación (art. 5.1) de la constitución de una comisión negociadora (art. 5.2), nada impide, como apunta BERCUSSON, que se inicien las negociaciones una vez constituida la comisión negociadora en lugar de que se inicien las negociaciones para constituir la comisión negociadora. BERCUSSON, B., “Negotiating with European Labour Law: creating a European Works Council” en *European Labour Law*, 1º ed., Butterwoths, 1996, p. 266.

Tercero.- Porque, con carácter previo a la entrada en vigor de la normativa comunitaria, podría haberse dado el supuesto, por ejemplo, de una empresa o grupo que ya hubiera constituido un órgano de representación de los trabajadores de carácter transnacional que pudiera convalidarse posteriormente como comisión negociadora, al cumplir determinados requisitos relativos a su válida constitución y composición, una vez adoptadas las normas nacionales de ejecución de la Directiva. Así, en este supuesto, sería la comisión negociadora y no los 100 trabajadores o sus representantes, quien seguramente solicitaría el inicio de la negociación.

b.- Forma y contenido del escrito de solicitud de inicio y actos de notificación y recepción del mismo.- Quedarían por atender diversas cuestiones formales relativas al escrito de la solicitud de inicio que la Directiva no aclara, y que debieran quedar resueltas en las normas de transposición, en concreto, sobre la forma y contenido del escrito y sobre los probables actos de notificación y recepción del escrito por el que se solicita la apertura de las negociaciones. De máxima importancia es determinar la fecha exacta del inicio de las negociaciones: ¿será la de la fecha de emisión del escrito de solicitud o la de recepción? Seguramente será la fecha de recepción del escrito. Es muy importante, en este sentido, que quede constancia de la fecha de recepción del escrito de solicitud de inicio de las negociaciones por la contraparte negociadora, pues esta fecha concreta es la que se ha de tomar como referencia para calcular la media de trabajadores, necesaria para determinar si una empresa o grupo entran o no el ámbito de aplicación de la normativa -se toman como referencia los dos años anteriores a la fecha de inicio de las negociaciones-. Además, es también la fecha que se toma como referencia en punto a los plazos temporales que determinan la aplicación obligatoria de las disposiciones subsidiarias¹²⁷². Es significativo, en todo caso que, a partir de la reforma de la Directiva CEU en 2009, el apartado c del artículo 5.2 establece una nueva competencia de la comisión negociadora relativa a informar a la dirección central, a las direcciones

¹²⁷² Ya se dijo que se aplicarán las disposiciones subsidiarias: 1.- si han transcurrido más de 6 meses desde la fecha de inicio de las negociaciones y la dirección central rechaza la apertura de las negociaciones; y 2.- si han transcurrido más de 3 años desde dicha fecha y las partes no alcanzan un acuerdo.

locales y también a las organizaciones europeas y trabajadores y de empleadores, no sólo sobre la composición de la comisión negociadora sino también sobre el inicio de las negociaciones. Habrá que entender que, entre la información que se transmite, se encuentra el dato relativo a la fecha concreta, exacta, de inicio de las negociaciones.

En cuanto a la forma y contenido del escrito de solicitud de inicio de las negociaciones sería conveniente que contuviera: 1.- la legitimación que ostentan los sujetos solicitantes; 2.- la fecha de inicio de las negociaciones; y 3.- las materias objeto de negociación y el ámbito de la misma, entre otros aspectos, por ejemplo, si se pretende o no constituir un Comité de empresa europeo¹²⁷³. La realización del escrito exige a su vez tareas previas de comunicación e interlocución entre trabajadores o representantes a nivel nacional y transnacional. Estas tareas previas deben ser facilitadas por las direcciones empresariales, pues no deben ponerse trabas al acceso a la información y, además, las direcciones empresariales deben soportar sus costes, en virtud de la nueva obligación general prevista en el artículo 4.4 de la Directiva CEU 2009¹²⁷⁴.

3.1.4.- Constitución y composición de la comisión negociadora y convocatoria de primera reunión con la dirección central.- La Directiva CEU recoge dos tipos de indicaciones con respecto a la constitución y composición de la comisión negociadora. Por un lado, se remite con carácter general a las legislaciones nacionales y, en este sentido, obliga a las normas nacionales de transposición a determinar la forma de elegir o designar a los miembros que

¹²⁷³ ALBIOL MONTESINOS, I., "El comité de empresa...", cit., p. 52, señala que lógicamente, no significa que ello sea posteriormente inamovible.

¹²⁷⁴ Art. 4.4 Directiva CEU 2009: "Toda dirección de una empresa, incluida en el grupo de empresas de dimensión comunitaria, así como la dirección central o la que se presume dirección central en el sentido del apartado 2, párrafo segundo, de la empresa o del grupo de dimensión comunitaria, serán responsables de la obtención y transmisión a las partes interesadas en la aplicación de la presente Directiva de la información indispensable para la apertura de las negociaciones contempladas en el artículo 5, en particular la información relativa a la estructura de la empresa o del grupo y su plantilla. Esta obligación se referirá señaladamente a la información relativa al número de trabajadores contemplados en el artículo 2 apartado 1, letras a) y c)".

hayan de ser elegidos o designados en su territorio (art. 5.2 a primer párrafo)¹²⁷⁵. Como ya se dijo, estas disposiciones tendrán carácter exclusivamente nacional. La Directiva a su vez indica que ha de asegurarse que se produce dicha elección o designación, aun cuando no existan representantes de los trabajadores por motivos ajenos a su voluntad (art. 5.2.a segundo y tercer párrafo)¹²⁷⁶. Por otro lado, la Directiva señala determinados criterios correctores de alcance transnacional, es decir, criterios comunes que deben acoger todas las normas internas de ejecución de la Directiva. Estos criterios correctores, en punto a la composición de la comisión negociadora, son los siguientes: el nuevo artículo 5.2.b¹²⁷⁷ ya no establece un número mínimo y máximo de miembros¹²⁷⁸ sino que establece que en dicha composición ha de respetarse un criterio de proporcionalidad entre los miembros elegidos o designados y el número total de empleados en cada Estado miembro; ello de modo que exista un miembro por cada Estado miembro -criterio geográfico-, que además debe representar al 10 por 100 del total de trabajadores de la empresa o grupo, o una fracción de dicho porcentaje.

¹²⁷⁵ Art. 5.2.a, primer párrafo, Directiva CEU 2009: “Con este fin (mejora de la información y consulta), se constituirá una comisión negociadora con arreglo a las siguientes directrices: a) Los Estados miembros determinarán la forma de elegir o designar a los miembros de la comisión negociadora que hayan de ser elegidos o designados en su territorio”.

¹²⁷⁶ Art. 5.2.a, segundo y tercer párrafo, Directiva CEU 2009: “Los Estados miembros deberán prever que los trabajadores de las empresas y/o establecimientos en los que no existan representantes de los trabajadores por motivos ajenos a su voluntad tengan derecho a elegir o designar miembros de la comisión negociadora. El párrafo segundo se entenderá sin perjuicio de las legislaciones y/o prácticas nacionales que fijen límites mínimos de plantilla para la creación de un órgano de representación de los trabajadores”.

¹²⁷⁷ Art. 5.2.b Directiva CEU 2009: “Los miembros de la comisión negociadora serán elegidos o designados en proporción al número de trabajadores empleados por cada Estado miembro por la empresa o el grupo de dimensión comunitaria, de manera que para cada Estado miembro exista un miembro por cada grupo de trabajadores empleados en ese Estado miembro que represente el 10% del número de trabajadores empleados en el conjunto de los Estados miembros, o una fracción de dicho porcentaje”.

¹²⁷⁸ En este sentido el artículo 5.2.b de la derogada Directiva CEU 1994 fijaba un número mínimo de 3 y un máximo de 17 que coincidía con 14 Estados miembros, todos menos Reino Unido, y además Noruega, Islandia y Liechtenstein. Dichas cifras se fueron acomodando con ocasión de la inclusión del Reino Unido al acervo social comunitario en 1997 y a partir del acceso de nuevos países a la Unión Europea.

En cuanto a la válida constitución de la comisión negociadora, la Directiva CEU omite referencias expresas a dicha constitución, aunque sí se pronuncia sobre:

1.- La obligación de la comisión negociadora de informar a la dirección central sobre su composición (art. 5.2.c)¹²⁷⁹, incluyéndose como novedad que se informará también a las organizaciones europeas de trabajadores y de empleadores¹²⁸⁰.

2.- La celebración de una reunión entre la comisión negociadora y la dirección central (art. 5.4 primer párrafo), de la que deben quedar informadas las direcciones centrales. Los gastos de esta reunión correrán a cargo de la dirección central que estará obligada a financiar al menos a un experto (art. 5.6). No se pronuncia la norma sobre el plazo temporal que ha de mediar desde el inicio de las negociaciones hasta la convocatoria de una reunión entre la comisión negociadora y la dirección central y ello puede plantear diversas situaciones, según la iniciativa comercial provenga del lado empresarial o social, como se verá a continuación.

3.- La reunión de la comisión negociadora previa a la reunión citada en el número 2 y sin presencia de la dirección central (art. 5.4 segundo párrafo)¹²⁸¹. Seguramente en esta primera reunión previa se procederá a la constitución formal de la comisión negociadora. Hubiera sido deseable que la Directiva se hubiera pronunciado expresamente al respecto.

¹²⁷⁹ Art. 5.2.c Directiva CEU 2009: *“Se informará a la dirección central y a las direcciones locales, así como a las organizaciones europeas de trabajadores y de empleadores competentes de la composición de la comisión negociadora y del inicio de las negociaciones”*.

¹²⁸⁰ Como se verá (*Infra, cap. 4º, apartado II.3.1.5*), la Directiva CEU 2009 incluye, también como novedad (art. 5.4 tercer párrafo), que *“representantes de las organizaciones de trabajadores competentes y reconocidas a nivel comunitario”*, estén presentes en las reuniones de la comisión negociadora con la dirección central, con voz pero sin voto. En todo caso, con respecto a la obligación de la comisión negociadora de informar sobre su composición, hubiera sido deseable, además, que se hubiera incluido la obligación de comunicar dicha composición a todos los trabajadores y/o sus representantes empleados en las empresas y grupos de dimensión comunitaria.

¹²⁸¹ Art. 5.4, segundo párrafo, Directiva CEU 2009: *“Antes y después de cada reunión con la dirección central, la comisión negociadora podrá reunirse, con los medios necesarios para su comunicación, sin que estén presentes los representantes de la dirección central”*. Novedad con respecto a la derogada Directiva CEU 1994.

En cuanto a los plazos temporales para la constitución de la comisión negociadora y la convocatoria de una reunión entre ésta y la dirección central, el *iter* negocial, y la determinación de dichos plazos, puede ser distinto dependiendo de si la iniciativa negocial procede del banco social o del empresarial. Así, si son los trabajadores o sus representantes quienes solicitan el inicio de la negociación, a ellos corresponderá establecer el plazo a cuyo término tendrán que comunicar su composición a la dirección central, incluyendo en el mismo el tiempo relativo a la celebración de una reunión con anterioridad a la convocada por y con la dirección central. La Dirección central tendrá que respetar dicho plazo, sin que pueda imponerles uno anterior, y sin poder convocar una primera reunión de negociación hasta que le sea comunicada la composición de la comisión negociadora. Únicamente por el transcurso del plazo de 6 meses sin comunicación de la composición de la comisión negociadora, será de aplicación el segundo mecanismo o creación del Comité de empresa europeo *ex lege*. Se puede afirmar, en este sentido, que existe un plazo máximo de 6 meses desde que se solicita el inicio de la negociación por los trabajadores o sus representantes hasta la convocatoria de la primera reunión de negociación¹²⁸², o constitución del verdadero órgano negociador pues, transcurrido dicho plazo, no habrá necesidad de constituir una comisión negociadora ya que se procederá directamente a la creación del mencionado Comité de empresa europeo *ex lege*.

Si, por el contrario, es la dirección central la que solicita el inicio de las negociaciones, al menos hasta que la comisión negociadora comunique su composición a la dirección central, ésta no podrá convocar una primera reunión de negociación. Ahora bien, ¿podría aplicarse aquí el plazo de 6 meses y establecer que, en caso de que la iniciativa negocial proceda de la dirección central, si la comisión negociadora no comunica su composición a la dirección central se aplican las disposiciones subsidiarias? La respuesta ha de ser necesariamente negativa, es decir, no juega a favor de la dirección empresarial, principalmente porque, si se procede a la creación del Comité de empresa europeo *ex lege* directamente, se está limitando el derecho a la negociación del

¹²⁸² ALBIOL MONTESINOS, I., "El Comité de empresa...", cit., p. 52.

banco social, interesado seguramente en reivindicar un acuerdo por encima del mínimo legal marcado por las reglas relativas a la creación del Comité *ex lege*. De ahí que ha de considerarse que no existe un plazo máximo para la convocatoria de la primera reunión formal entre la comisión negociadora y la dirección central, en el supuesto en que la iniciativa negocial es empresarial y no haya sido posible formar una determinada comisión negociadora. En este caso, habría que entrar a valorar las razones que han impedido que la comisión negociadora se constituya como tal, y la adecuación o no de otorgar un plazo temporal razonable a tal efecto, con la posibilidad subsidiaria de aplicar el segundo mecanismo, o creación Comité de empresa europeo *ex lege*, en caso contrario¹²⁸³. Posiblemente el no constituir la comisión negociadora podría ser una opción estratégica para los trabajadores o sus representantes si consideran que en la negociación no van a conseguir, como mínimo, lo previsto según la aplicación de las disposiciones subsidiarias.

En cuanto a la composición de la comisión negociadora, la Directiva no obliga a que los miembros de la misma deban ser representantes de los trabajadores elegidos o designados con anterioridad al inicio del procedimiento de negociación¹²⁸⁴, afirmación que bien podría deducirse de lo dispuesto en el artículo 10.3, segundo párrafo, de la Directiva¹²⁸⁵. Cuestión distinta y discutible

¹²⁸³ CABEZA PEREIRO, J., "La constitución del comité de empresa...", cit., pp. 37-38, opta por remitir la cuestión al prudente criterio judicial.

¹²⁸⁴ RIESCO ROCHE, R., Informe Resumen..", cit., documento de trabajo nº 14, p. 23. El propio grupo de expertos encargado de interpretar la Directiva y facilitar el proceso de incorporación se manifestó en los términos siguientes: "La libertad de los Estados miembros es total en esta materia. Los Estados miembros pueden atribuir la cualidad de representantes de los trabajadores a los efectos de la Directiva a las organizaciones sindicales europeas o nacionales, a los delegados sindicales, a los miembros de comités de centro a los miembros del comité de empresa, a los miembros del comité de grupo, a representantes elegidos *ad hoc* o a cualquier otra forma e representación".

¹²⁸⁵ El artículo 10.3, segundo párrafo, de la Directiva CEU 2009 referente a la protección de los miembros de la comisión negociadora y del Comité de empresa europeo, establece que "los miembros de dichos órganos gozarán de la misma protección y de garantías similares a las previstas para los representantes de los trabajadores en la legislación nacional... así como al pago de su salario en el caso de los miembros pertenecientes a la plantilla de la empresa de dimensión comunitaria o del grupo de empresas de dimensión comunitaria durante el período de ausencia necesario para el ejercicio de sus funciones". De una interpretación a contrario de lo dispuesto en esta disposición -es decir, supuestos en los que los miembros de la comisión negociadora o del Comité de empresa europeo no pertenezcan a la plantilla de la empresa-, puede deducirse que la Directiva no obliga a que los miembros de la comisión negociadora sean necesariamente ni representantes ya elegidos en el momento de su constitución, ni personas que trabajan habitualmente en la empresa. Ello porque en la disposición mencionada se distingue

es la relativa a si podrían formar o no parte de la comisión negociadora, en calidad de miembros, personas que no sean empleados de la empresa¹²⁸⁶.

3.1.5.- Funcionamiento de la comisión negociadora y estatuto jurídico de sus miembros.- Interesa el análisis de los siguientes aspectos: 1.- gastos de funcionamiento de la comisión negociadora incluida la financiación de un experto (apartado A); 2.- presencia de expertos y otros en la comisión negociadora (apartado B); 3.- estatuto jurídico de los miembros de la comisión negociadora (apartado C); y 4.- toma de decisiones en el seno de la comisión negociadora (apartado D).

A.- Gastos de funcionamiento de la Comisión negociadora, incluido la financiación de un experto.- Ya se dijo que el “*adecuado*” funcionamiento de la comisión negociadora va a venir determinado por el grado de aceptación de la obligación de la dirección central relativa a sufragar los gastos de funcionamiento de la misma (art. 5.6 primer párrafo)¹²⁸⁷. No queda claro si dichos gastos deben abarcar sólo los que se originen en las reuniones entre la dirección negociadora y la dirección central, o si también deben abarcar los que se originen en las reuniones previas y posteriores, sin presencia de la dirección central (art. 5.4 segundo párrafo)¹²⁸⁸. El artículo 5.6 menciona los “*gastos relativos a las negociaciones*” con la intención de limitar la financiación de los gastos exclusivamente a los originados en “*reuniones de negociación*” (art. 5.3), es decir, entre la comisión negociadora y la dirección central y no en las reuniones

entre los miembros de la comisión negociadora que son a su vez miembros de la plantilla -con derecho a un crédito horario para ejercicio de sus funciones representativas-, y aquellos que no son miembros de la plantilla de la empresa o centro.

¹²⁸⁶ A favor de dicha consideración: BERCUSSON, B., *European Labour Law*, 1º ed., cit., p. 267 y CRUZ VILLALÓN, J., “La información y consulta...”, cit., p. 27. Con más precauciones CABEZA PERERO, J., “La constitución del comité de empresa...”, cit., p. 34.

¹²⁸⁷ Art. 5.6, primer párrafo, Directiva CEU 2009: “*Los gastos relativos a las negociaciones contempladas en los apartados 3 (reunión de negociación comisión negociadora y dirección central) y 4 (primera reunión entre la dirección central y la comisión negociadora pero también en el párrafo siguiente, reuniones previas y posteriores sin presencia de la dirección central), correrán a cargo de la dirección central, de manera que la comisión negociadora pueda cumplir su misión adecuadamente*”.

¹²⁸⁸ Como novedad, el artículo 5.4, segundo párrafo, prevé que “*antes y después de cada reunión con la dirección central, la comisión negociadora podrá reunirse, con los medios necesarios para su comunicación, sin que éste presente la dirección central*”.

sin la presencia de ésta (art. 5.4). Desde luego la reforma de 2009, que precisamente introduce como novedad las menciones a las reuniones previas y posteriores sin presencia empresarial, debería haber aclarado si los gastos que ha de financiar la dirección central alcanzan o no a estas reuniones. Seguramente ha de entenderse que la dirección central sí debe asumir los gastos de las reuniones de la comisión negociadora, previas y posteriores a las que ésta celebre con la dirección central, es decir, gastos relativos a los traslados de los miembros de la comisión negociadora, o posibilitar y asumir el coste de video-conferencias, así como gastos de traducción que se necesiten, en su caso, para que los miembros de la comisión puedan comunicarse entre sí. Ello en virtud de la obligación empresarial general, prevista en el artículo 4.1, relativa a *“establecer las condiciones y los medios necesarios”* para la constitución de un Comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta. Además, el citado artículo 5.6, primer párrafo, se remite al artículo 5.4 sin especificar que no haya de afectar a su párrafo segundo.

La Directiva aboga porque la dirección central asuma los gastos de financiación de al menos un experto (art. 5.6 segundo párrafo)¹²⁸⁹, a salvo de que los Estados miembros quieran ampliar el número de expertos a financiar por las direcciones centrales. De nuevo la reforma de 2009 no aclara a qué tipo de reuniones se refiere dicha obligación por lo que, siguiendo el argumento anterior, habría que entender que se refiere tanto a las reuniones entre la dirección central y la comisión negociadora, como a las reuniones previas y posteriores a esas, sin la presencia de la dirección central. Tampoco queda claro si al experto financiado por la dirección central, elegido por la comisión negociadora sin que la dirección central pueda poner trabas, lo ha de contratar la comisión negociadora o la propia dirección central que está obligada a asumir su coste.

B.- Presencia de expertos y otros en la comisión negociadora.- En cuanto a la presencia de personas en la comisión negociadora que no sean

¹²⁸⁹ Art. 5.6, segundo párrafo, Directiva CEU 2009: *“Respetando este principio (que la comisión negociadora pueda cumplir su misión adecuadamente), los Estados miembros podrán fijar las normas relativas a la financiación del funcionamiento de la comisión negociadora pudiendo en particular, limitar la financiación a un solo experto”*.

propriadamente miembros de la misma, la Directiva (art. 5.4 tercer párrafo)¹²⁹⁰ prevé la posibilidad de que asistan expertos, elegidos por la comisión negociadora -al menos uno de ellos financiado por la dirección central como se acaba de mencionar-, con carácter consultivo, es decir, con voz pero sin voto. Como novedad, la reforma de 2009 ha establecido que entre dichos expertos pueden figurar *“representantes de organizaciones de trabajadores competentes y reconocidas a nivel comunitario”*. Esta disposición, dirigida a permitir que la comisión negociadora pueda imponer presencia sindical en las reuniones con la dirección central, plantea diversos interrogantes: el primero, relativo al alcance del calificativo *“competentes y reconocidas a nivel comunitario”*; el segundo, relativo a si la dirección central podría o no vetar a determinados expertos; y el tercero, referente a si la obligación de financiar a un solo experto lo es del experto elegido por la dirección central o por la comisión negociadora; ha de entenderse cómo ya se ha dicho que dicho experto debe ser elegido por la comisión negociadora.

Por lo demás, aunque nada se dispone en la Directiva, ha de considerarse que sería interesante que participaran en las reuniones de la comisión negociadora con o sin la dirección central, personas, sean o no representantes de los trabajadores, en representación de trabajadores empleados en centros, establecimientos o empresas situadas fuera de territorio comunitario. Por indicación del grupo de expertos encargados de asesorar en las labores de transposición de la derogada Directiva CEU 1994, esta cuestión debe determinarse por los Estados miembros¹²⁹¹.

¹²⁹⁰ Art. 5.4 tercer párrafo Directiva CEU: *“Para las negociaciones, la comisión negociadora podrá pedir que la asistan en su tarea expertos de su elección, entre los que podrán figurar representantes de organizaciones de trabajadores competentes y reconocidas a nivel comunitario. Estos expertos y estos representantes de las organizaciones de trabajadores podrán asistir, con carácter consultivo, a las reuniones de negociación a solicitud de la comisión negociadora”*.

¹²⁹¹ RIESCO ROCHE, R., Informe resumen..”, cit., documento de trabajo nº 14: “Los Estados miembros podrán admitir la posibilidad de que los representantes de terceros países participen en los trabajos de la comisión negociadora sin que por ello se reconozca la facultad de dichos representantes de influir de forma decisiva en las decisiones adoptadas en el seno de la comisión negociadora -por ejemplo, concediéndoles simplemente la posibilidad de participar en calidad de observadores o sin derecho a voto-”.

C.- Estatuto jurídico de los miembros de la comisión negociadora.-

El artículo 10.3, primer párrafo, de la Directiva¹²⁹², que es una disposición de alcance nacional por indicación del grupo de expertos, establece que los miembros de la comisión negociadora disfrutará de una protección y garantías “*similares a las previstas para los representantes de los trabajadores en la legislación nacional o las prácticas vigentes en el país de empleo*”. En particular, según el segundo párrafo de este artículo 10.3¹²⁹³, se ha de garantizar su presencia y participación en dichas reuniones “*de la comisión negociadora*” -no se especifica en qué tipo de reuniones, con o sin la dirección central-, así como el pago de su salario “*en el caso de que sean trabajadores de la empresa o grupo*”; es decir, a contrario, como ya se dijo, se está reconociendo aquí la posibilidad de que sean miembros de pleno derecho de la comisión negociadora, no asesores o expertos de la misma, personas que no trabajen en la empresa o en el grupo de empresas de dimensión comunitaria.

En cuanto a las garantías y facilidades a otorgar a los miembros de la comisión negociadora, y por extensión también a los miembros del Comité de empresa europeo y representantes en los procedimientos alternativos de información y consulta¹²⁹⁴, la norma respeta el principio de subsidiariedad,

¹²⁹² Art. 10.3, primer párrafo, Directiva CEU 2009: “*Los miembros de la Comisión negociadora, los miembros del comité de empresa europeo y los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco del procedimiento a que se refiere el artículo 6 apartado 3 (procedimiento alternativo de información y consulta), gozarán en el ejercicio de sus funciones, de una protección y garantías similares a las previstas para los representantes de los trabajadores en la legislación nacional o las prácticas vigentes en el país de empleo*”.

¹²⁹³ Art. 10.3, segundo párrafo, Directiva CEU 2009: “*Esto se refiere, en particular, a la participación en las reuniones de la comisión negociadora, del comité de empresa europeo o en cualquier otra reunión realizada en el marco del acuerdo a que se refiere el artículo 6 apartado 3 (procedimiento alternativo de información y consulta), así como al pago de su salario en el caso de los miembros pertenecientes a la plantilla de la empresa de dimensión comunitaria o del grupo de empresas de dimensión comunitaria durante el periodo de ausencia necesario para el ejercicio de sus funciones*”.

¹²⁹⁴ Indica RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “Información y consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: el modelo estándar..”, cit., p. 6. que el establecimiento del mandato de equiparación de trato, “responde a una lógica aceptable, la de asegurar la protección que cada país ha considerado necesaria para los representantes internos de los trabajadores. Desde la perspectiva comunitaria se entiende que ese nivel de protección será suficiente”. En sentido similar, el grupo de expertos de la Comisión señalaba lo siguiente: “sobre la protección que ha de ofrecerse, la Directiva sólo impone una condición: la protección debe ser similar a la prevista para los representantes de los trabajadores a nivel nacional”. RIESCO ROCHE, R., Informe Resumen...”, cit., documento de trabajo nº 14.

remitiendo la regulación de las mismas a lo ya previsto en las legislaciones o prácticas nacionales. Si bien se configura un derecho a un crédito horario o derecho a horas laborales retribuidas, no se especifica su duración, ni tampoco cómo ha de llevarse a cabo la utilización de dichas horas. Es llamativo, además, que en el punto 34 del Preámbulo de la Directiva se especifique que los representantes “no deben ser objeto de ninguna discriminación por causa del ejercicio legítimo de su actividad y deben de tener una protección adecuada en materia de despido y otras sanciones”. Y sin embargo, nada se dispone en el texto articulado de la Directiva sobre la obligatoriedad de que las normas o prácticas nacionales prevean mecanismos de control del ejercicio de poderes empresariales sobre los representantes de los trabajadores que tengan por objeto impedir actuaciones empresariales ilícitas o discriminatorias -despidos, sanciones, traslados etc.-¹²⁹⁵. Por lo demás, esta disposición de la Directiva relativa al crédito horario es una disposición de alcance nacional, por indicación del grupo de expertos, y ello significa que su ámbito de aplicación se limita al territorio de un Estado miembro en cuestión. Significa también que no se exige uniformidad en este punto entre las diversas normas de transposición, a las que no se les exige ninguna actividad adicional más allá de una remisión general a lo ya dispuesto en la legislación o prácticas nacionales¹²⁹⁶. Ahora bien, se puede producir la paradoja de que un determinado representante de los trabajadores goce de protección distinta en el plano nacional y en el plano comunitario, según esté situada la dirección central en un Estado miembro u otro, pues ya se dijo (*Supra*, cap. 4º, apartado II.3.1.1) que la ley aplicable al procedimiento de negociación será aquella del Estado miembro donde se ubique dicha dirección central.

¹²⁹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “Información y consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: el modelo estándar”... cit., p. 6.

¹²⁹⁶ ALBIOL MONTESINOS, I., “El Comité de empresa...”, cit., p. 54. La remisión a lo ya previsto en el país de empleo de cada representante, “puede implicar que dado que en los diversos Estados miembros el sistema de garantías no se contempla con la misma amplitud, existen representantes de los trabajadores en los términos de la Directiva a los que les serán aplicables unas de contenido diverso a las que se aplican a otros. La diversidad de regímenes según la legislación del Estado miembro que emplee a cada representante podría así incidir en una materia –la del número y retribución del crédito de horas laborables- sobre la que resultaría deseable la mayor uniformidad dado que todos los representantes de los trabajadores lo son por pertenecer a empresas o grupos de dimensión comunitaria”.

Como novedad con respecto a la norma de 1994, por último, se prevé en el artículo 10.4¹²⁹⁷ que “cuando sea necesario en un entorno internacional”, los miembros de la comisión negociadora y también los del Comité de empresa europeo recibirán “*formación sin pérdida de salario*”. No se establece en este punto ninguna precisión en torno a si se ha de justificar o no y cómo justificar la necesidad de formación, ni sobre el alcance y contenido de esta nueva obligación empresarial.

D.- Toma de decisiones en la comisión negociadora.- La Directiva CEU es bastante escueta en punto a la toma de decisiones en la comisión negociadora pues únicamente prevé: 1.- voto cualificado de dos tercios de los miembros de la comisión negociadora cuando se decida no negociar con la dirección central o suspender las negociaciones en curso (art. 5.5 primer párrafo)¹²⁹⁸, y 2.- voto mayoritario de los miembros de la comisión negociadora cuando se trate de decisiones relativas a la celebración de un acuerdo sobre la constitución de un Comité de empresa europeo o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta (art. 6.5)¹²⁹⁹. El propio funcionamiento interno de la comisión negociadora requeriría de mayores precisiones, por ejemplo, si el voto ha de ser secreto o no. Evidentemente, numerosos aspectos de dicho funcionamiento deben quedar determinados, preferentemente mediante un reglamento interno, entre éstos: la elección de presidente, de secretario, de tesorero y de miembros suplentes. A su vez, habrán de decidirse en el seno de la comisión negociadora, los siguientes aspectos: si se va a contar con la presencia de expertos, así como quiénes deben ser y cómo contratarlos; si se va a contar con representantes de trabajadores empleados en territorio extra-comunitario; si se va a exigir o no un banco de negociación

¹²⁹⁷ Art. 10.4 Directiva CEU: “*Cuando sea necesario para el ejercicio de su función representativa en un entorno internacional, los miembros de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo recibirán formación sin pérdida de salario*”.

¹²⁹⁸ Art. 5.5, primer párrafo, Directiva CEU 2009: “*La comisión negociadora podrá decidir, por mayoría de dos tercios como mínimo de los votos, no iniciar negociaciones con arreglo al apartado 4 -para la celebración de un acuerdo- o anular las negociaciones en curso*”

¹²⁹⁹ Art. 6.5 Directiva CEU 2009: “*A efectos de la celebración de los acuerdos a que se refieren los apartados 2 -acuerdo sobre la forma de llevar a cabo de a información y consulta- y 3 -procedimiento alternativo de información y consulta-, la comisión negociadora se pronunciará por mayoría de sus miembros*”.

empresarial estable; cuál va a ser la forma de comunicación interna de la comisión negociadora: periodicidad, medio de comunicación, idioma, intercambio de direcciones de e-mail¹³⁰⁰, etc.. De suma importancia, por último, es que se designe un domicilio de la comisión negociadora a efectos de determinar el reparto competencial judicial y, como señala la doctrina, con la presunción de que será el mismo domicilio de la dirección central de la empresa o grupo de dimensión comunitaria¹³⁰¹.

3.1.6.- Desarrollo y contenido del procedimiento.- La Directiva CEU aporta pocas pautas en punto al desarrollo y contenido del procedimiento negociador. Como se ha dicho, la constitución de la comisión negociadora o banco social de la negociación puede bien coincidir simultáneamente en el tiempo con el inicio de las negociaciones, o bien llevarse a cabo de forma independiente, antes o después del inicio del mismo. Las negociaciones siguen necesariamente unos pasos: 1.- inicio de la misma bien por la dirección central a iniciativa propia, bien por 100 trabajadores o por sus representantes; y 2.- constitución de la comisión negociadora y su composición de acuerdo con las disposiciones de los Estados miembros. El paso siguiente es la convocatoria de una reunión entre la comisión negociadora y la dirección central, convocada por ésta a partir de una reunión previa, sin presencia de la dirección central, celebrada por la comisión negociadora -novedad de 2009-. Así, la Directiva (art. 5.4 primer párrafo)¹³⁰², sin mayores precisiones¹³⁰³, obliga a la dirección central a convocar una reunión con la comisión negociadora una vez constituida ésta.

¹³⁰⁰ Según Informaba “El País” de 9 de abril de 2000, con el encabezamiento “la primera protesta virtu@l”, la Federación de banca de CCOO va a plantear ante la Dirección General de Trabajo la declaración de conflicto colectivo contra BBVA para que reconozca su derecho a utilizar el correo electrónico para la comunicación del sindicato con sus afiliados y el resto de los trabajadores. Fuentes de BBVA afirman que Internet se puede utilizar porque es un sistema abierto. Sin embargo, según consta en la demanda de CCOO “se ha programado el servidor para que rechace los correos electrónicos con el remite del sindicato” y sus mensajes rebotan.

¹³⁰¹ CASAS BAAMONDE, M. E., “Subsidiariedad y flexibilidad...”, cit., p. 8.

¹³⁰² Art. 5.4, primer párrafo, Directiva CEU 2009: “Para la celebración de un acuerdo de conformidad con el artículo 6 -contenido del acuerdo-, la dirección central convocará una reunión con la comisión negociadora. Informará de ello a las direcciones locales”.

¹³⁰³ Entre éstas, sería conveniente adoptar las siguientes: 1.- fecha, lugar y duración prevista de la reunión; y 2.- orden del día de esta primera reunión que podría incluir: acto de constitución del órgano negociador; nombramiento de presidente, secretario y asesores o expertos; adopción de acuerdo sobre la presencia y/o pertenencia al órgano negociador de

No queda establecido claramente el plazo máximo de esta convocatoria, aunque con toda seguridad, como señala algún autor, lo lógico es que dicho plazo deba quedar comprendido dentro del plazo de seis meses desde la solicitud de inicio de las negociaciones -fecha de recepción del escrito por la contraparte negociadora-¹³⁰⁴, es decir, en un plazo máximo de 6 meses debe procederse tanto a la constitución de la comisión negociadora como a la convocatoria de una reunión previa, sin la presencia de la dirección central, y la posterior convocatoria formal de reunión de negociación entre la dirección central y la comisión negociadora. Si es la comisión negociadora la que se niega a acudir a la reunión de negociación, lo puede hacer por mayoría de dos tercios (art. 5.5 primer párrafo)¹³⁰⁵, no ha lugar a la aplicación de las disposiciones subsidiarias y, además, no se puede solicitar un nuevo inicio de las negociaciones hasta transcurridos dos años (art. 5.5 segundo¹³⁰⁶ y tercer párrafo¹³⁰⁷). Si es la dirección central la que se niega o abandona las negociaciones¹³⁰⁸, el transcurso

representantes de los trabajadores de Estados no miembros; elaboración y aprobación de reglamento interno de funcionamiento; y elaboración y aprobación de calendario o plan de negociación; discusión y aprobación del presupuesto asignado a la negociación· incluyéndose las reuniones previas y posteriores de la comisión negociadora, sin presencia de la dirección central).

¹³⁰⁴ ALBIOL MONTESINOS, I., "El comité de empresa europeo..", cit., p. 52.

¹³⁰⁵ Art. 5.5, primer párrafo, Directiva CEU 2009: "*La comisión negociadora podrá decidir, por mayoría de dos tercios como mínimo de los votos, no iniciar negociaciones con arreglo al apartado 4 -para la celebración de un acuerdo- o anular las negociaciones en curso*"

¹³⁰⁶ Art. 5.5, segundo párrafo, Directiva CEU 2009: "*Tal decisión -la de la comisión negociadora de no iniciar o suspender negociaciones- pondrá fin al procedimiento para la celebración del acuerdo a que se refiere el artículo 6 -acuerdo sobre la forma de llevar a cabo la información y la consulta a los trabajadores-. Cuando se haya tomado dicha decisión no será aplicables las disposiciones del Anexo I*".

¹³⁰⁷ Art. 5.5, tercer párrafo, Directiva CEU 2009: "*Deberá transcurrir un plazo mínimo de dos años desde la citada decisión hasta que pueda presentarse una nueva petición para convocar a la comisión negociadora, excepto si las partes interesadas acuerdan un plazo más corto*".

¹³⁰⁸ La Ley 10/2011, art. 7.2, prevé expresamente supuestos en los que se admite que la dirección central se oponga al inicio de las negociaciones. Son los siguientes: 1.- no inclusión de la empresa o grupo en el ámbito de aplicación de la Directiva; 2.- ausencia o falta de legitimación de los sujetos solicitantes y/o de los sujetos negociadores; 3.- concurrencia de la solicitud de inicio de las negociaciones de la parte social con un acuerdo vigente; y 4.- oposición de la comisión negociadora a la negociación. Como señala CABEZA PEREIRO, J., "La constitución del comité...", cit., pp. 30-31 podrían plantearse problemas en los supuestos en los que, por ejemplo, en un grupo de empresas de dimensión comunitaria se encuentra una empresa de dimensión comunitaria con acuerdo vigente -y un CEU-, y no en el grupo, y viceversa, en cuyo caso pudiera suceder que se produjese una negativa a negociar en ese ámbito por haber acuerdo en el otro.

del tiempo, tres años, da lugar a la aplicación de las disposiciones subsidiarias¹³⁰⁹.

Ya se dijo (*Supra*, cap. 4º, apartado II.1), que la normativa participativa se reconoce un deber de negociar “*con espíritu de cooperación*” que en la Directiva CEU se exige, en virtud del artículo 6.1¹³¹⁰, a las partes negociadoras, la comisión negociadora y la dirección central de la empresa o grupo de dimensión comunitaria. La Directiva debería haber sido más precisa en este punto, pues “*espíritu de colaboración*” no significa lo mismo en los diversos ordenamientos internos; de la misma forma que varía la concepción de la buena fe negocial en los diversos países con sistemas más o menos exigentes en la formulación de este deber jurídico y en las consecuencias de su incumplimiento. En cuanto a la Directiva CEU, entiende la doctrina, que existe una obligación implícita de negociar con vista a la constitución de un Comité de empresa europeo, es decir, que ambas partes deben negociar con intención de crear dicho Comité, pues la Directiva muestra una preferencia por esta institución¹³¹¹. Incluso se llega a afirmar que si las partes optan por el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta en lugar de constituir un Comité de empresa europeo, se ha de justificar dicha decisión¹³¹². Queda claro que ha de negociarse “*con espíritu de colaboración*”, y que ello es asimilable al concepto tradicionalmente identificado como negociar de buena fe (*Supra*, cap. 4º, apartado II.1.3). Lo difícil es detectar cuando se produce una conducta de mala fe, cómo sancionarla y cuáles deben ser las consecuencias de dichas

¹³⁰⁹ Según el artículo 7.1, tercer párrafo, de la Directiva CEU 2009, cuando transcurra un plazo de tres años a partir de la solicitud de inicio de las negociaciones y no se haya alcanzado un acuerdo, se aplicarán las disposiciones subsidiarias previstas en el Anexo de la norma, a salvo de que la comisión negociadora haya optado -por mayoría cualificada de dos tercios- anular las negociaciones en curso.

¹³¹⁰ Art. 6.1 Directiva CEU 2009: “*La dirección central y la comisión negociadora deberán negociar con espíritu de cooperación para llegar a un acuerdo sobre la forma de llevar a cabo la información y consulta a los trabajadores mencionados en el artículo 1, apartado 1 -trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria-*”.

¹³¹¹ ALBIOL MONTESINOS, I., “El comité de empresa...”, cit., p. 49; BERCUSSON, B., *European Labour Law*, 1º ed...., cit., p. 281.

¹³¹² BERCUSSON, B., *European Labour Law*, 1º ed., cit., p. 281. Considera este autor que el hecho de que se diga “en lugar de” presupone que la creación de un CEU debe al menos haber sido considerada anteriormente.

actuaciones: ¿deberían dar lugar a sanciones administrativas o judiciales, a la anulación de las actuaciones y/o directamente a la aplicación de las disposiciones subsidiarias¹³¹³? Como han mencionado algunos autores¹³¹⁴, en el plano de las empresas y grupos de dimensión comunitaria, existe una evidente desigualdad entre uno y otro sujeto negociador, entre la comisión negociadora y la dirección central, ya que mientras que la representación de los trabajadores es de composición multinacional y ha de atender a intereses nacionales divergentes, por la parte empresarial la legitimación negocial corresponde exclusivamente a una única dirección central, que es además la responsable directa de sufragar la mayor parte de los gastos que se originen con ocasión de la negociación y, en cualquier caso, los de mayor coste. En atención a dicha desigualdad podría plantearse si sería viable o no, incluso lícito o no, modular la exigencia del “*espíritu de colaboración*” en función del sujeto negociador, la dirección central o la comisión negociadora la que infringiera dicho deber de negociación con espíritu de colaboración.

3.1.7.- Conclusión de la negociación con acuerdo.- En las Directivas participativas en general, y en la Directiva CEU en particular, no se configura un deber de llegar a un acuerdo, pudiéndose optar por anular o suspender las negociaciones en curso con diferentes consecuencias según sea el banco social o el empresarial el que decide abandonar o suspender negociaciones, o si se hace de común acuerdo. La Directiva CEU muestra, sin embargo, una preferencia porque se llegue a un acuerdo, que queda patente en que se sanciona al banco social que suspende negociaciones con la imposibilidad de solicitar su inicio por un período de dos años, salvo que se pacte uno inferior, según el artículo 5.5, tercer párrafo. Además, ya se ha dicho que la norma

¹³¹³ Con respecto a nuestro sistema jurídico, analiza CABEZA PEREIRO, J., “La constitución del comité...”, cit., pp. 42-43, la disposición prevista en el artículo 15.2 de la Ley 10/1997, no modificada por la Ley 10/2011, relativa a que serán de aplicación las disposiciones subsidiarias transcurrido un plazo de 6 meses desde el inicio de las negociaciones cuando la dirección central “*se comporte en ellas con manifiesta mala fe y así se declare por sentencia judicial firme*”, absolutamente novedosa en el derecho español. Por primera vez se sanciona directa y expresamente el incumplimiento del deber de negociar de buena fe. Las consecuencias que pueden derivarse de esta técnica jurídica son de gran interés.. (..) con toda probabilidad va a consolidarse una doctrina judicial sólida, hasta ahora inexistente. La aplicación de este artículo sin embargo no está exenta de importantes problemas.

¹³¹⁴ SÁEZ LARA, C. y DURÁN LÓPEZ, F., *El papel de la participación...*, cit., p. 79

muestra también una preferencia porque se constituya un Comité de empresa europeo en lugar de uno o varios procedimientos de información y consulta. La preferencia del legislador por la institución de dicho Comité como fórmula más idónea para mejorar el ejercicio de la información y consulta se desprende de la letra y de la sistemática de la Directiva, del contenido del artículo 2.1 h¹³¹⁵, del orden de aparición en el texto de los distintos mecanismos -también en el Preámbulo aparece mencionado primero el Comité de empresa europeo- y, a su vez, del hecho de que en el artículo 6 relativo al contenido mínimo del acuerdo, se alude en casi todos los supuestos al citado Comité¹³¹⁶.

Las partes negociadoras son libres para acordar bien la constitución de un Comité de empresa europeo, bien el establecimiento de uno o varios procedimientos alternativos de información y consulta; o incluso ambas cosas. Lo importante es que la existencia de un Comité de empresa europeo, o de uno o varios procedimientos de información y consulta, tiene como consecuencia que no sean de aplicación obligatoria las disposiciones subsidiarias. En este sentido, las disposiciones subsidiarias funcionan como parámetros de regulación¹³¹⁷, pudiéndose acudir a estas disposiciones como contenido negocial, pues seguramente interese a la comisión negociadora no conformarse con establecer un procedimiento de información y consulta por debajo de los mínimos garantizados por el anexo¹³¹⁸.

La Directiva CEU impone en todo caso que el acuerdo de negociación tenga un determinado contenido mínimo. A primera vista, por lo dispuesto en el artículo 6.2, dedicado principalmente al Comité de empresa europeo, y el 6.3, dedicado a los procedimientos de información y consulta, da la impresión de que el contenido del acuerdo debiera ser diferente según se acordara la constitución de un procedimiento alternativo de información y consulta o el establecimiento

¹³¹⁵ Artículo 2 dedicado a definiciones. Se define el Comité de empresa europeo pero no el procedimiento alternativo de información y consulta.

¹³¹⁶ FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., *La participación de los trabajadores...*, cit., p. 179.

¹³¹⁷ ALBIOL MONTESINOS, I., "El comité de empresa...", cit., p. 53. CABEZA PEREIRO, J., "La constitución del comité...", cit., p. 45.

¹³¹⁸ DE MIGUEL LORENZO, A., "La aplicación de los derechos...", cit., p. 797.

de un Comité de empresa europeo. Se ha de considerar, sin embargo, que se trata de un único contenido mínimo que debe dar cobertura bien al establecimiento de un Comité o de uno o varios procedimientos de información y consulta, bien a la opción de acordar que se apliquen en todo o en parte lo dispuesto en las disposiciones subsidiarias relativas mayoritariamente al Comité de empresa europeo *ex lege*. En todo caso, según se dispone en el artículo 6.2 de la Directiva CEU 2009, que ha modificado en parte la redacción originaria de 1994, el acuerdo de negociación debe contener:

1.- El ámbito de aplicación del acuerdo, es decir, las empresas o establecimientos afectados por el acuerdo. En virtud de lo dispuesto en el artículo 1.6 de la norma, salvo que por acuerdo se prevea un ámbito de aplicación más amplio, los poderes y las competencias de los comités de empresa europeos y el alcance de los procedimientos alternativos de información y consulta, se referirán, en el caso de una empresa de dimensión comunitaria, a todos los establecimientos situados en los Estados miembros y, en el caso de los grupos de empresas de dimensión comunitaria, a todas las empresas del grupo situadas en los Estados miembros. Si bien, para el caso de grupos de empresas que comprendan su vez a una empresa de dimensión comunitaria, el Comité de empresa europeo, salvo pacto en contrario, se establecerá a nivel de grupo; es decir, a contrario, con acuerdo es posible que el Comité de empresa europeo se establezca a nivel de empresa y no de grupo.

2.- La fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración, las modalidades conforme a las que puede ser modificado o denunciado, así como los casos en los que deba ser renegociado y el procedimiento para dicha re-negociación¹³¹⁹. Como ya se dijo (*Supra, cap. 4º, apartado II.3*), en virtud de lo dispuesto en el nuevo artículo 14 titulado acuerdo vigentes, la norma no impone renegociar los acuerdos en vigor con anterioridad a la fecha tope de transposición de la Directiva CEU 2009; es decir alcanzados antes del 5 de junio de 2011, con la excepción de que se hubieran producido “*modificaciones significativas en la*

¹³¹⁹ Se introducen como novedad las menciones a la modificación del acuerdo, su denuncia así como a los casos de re-negociación, en consonancia con la nueva disposición artículo 13 relativa a adaptación.

estructura de la empresa o del grupo o se produzcan conflictos entre disposiciones de varios acuerdos que exijan su re-negociación” (art. 14 Directiva CEU 2009). Que no se obligue a renegociar los acuerdos en vigor ha de considerarse como una importantísima vía de escape en el cumplimiento de la normativa comunitaria.

3.- Si se trata de constituir un Comité de empresa europeo: a.- se ha de establecer su composición¹³²⁰, el número de miembros, su distribución, que debe ser equilibrada,¹³²¹ y la duración de su mandato; b.- las atribuciones y el procedimiento de información y consulta al Comité de empresa europeo¹³²², así como las modalidades de articulación entre éste y los órganos nacionales¹³²³; c.- el lugar, la frecuencia y la duración de las reuniones del Comité de empresa europeo¹³²⁴ y, en su caso, la composición, las modalidades de designación, las atribuciones y las modalidades de reunión del comité restringido que pudiera constituirse dentro de éste; y d.- los recursos financieros y materiales que se

¹³²⁰ Es muy llamativo que una cuestión de primordial importancia como lo es la composición del Comité de empresa europeo se deje a la comisión negociadora y a la dirección central, con total libertad que queda constatada con la entradilla *“sin perjuicio de la autonomía de las partes”*. La ausencia de criterios sobre la composición llama la atención y contrasta con las previsiones específicas que si se establecen para la composición de la comisión negociadora. Seguramente, en la práctica la comisión negociadora intentará que la composición del Comité de empresa europeo sea ella misma.

¹³²¹ Como novedad, la Directiva CEU 2009 añade que la distribución se hará *“de modo que pueda tenerse en cuenta, dentro de lo posible, la necesidad de una representación equilibrada de los trabajadores por actividades, categorías y sexos”*.

¹³²² CRUZ VILLALÓN, J., *“La información y consulta..”* cit., p. 28, en el caso de que se opte por la creación de un Comité de empresa europeo, el acuerdo constitutivo del mismo no estará sometido a ninguna prescripción mínima, ni de carácter orgánico, ni por lo que se refiere a las competencias que habría de asumir. En sentido similar, ALBIOL MONTESINOS, I., *“El comité de empresa...”*, cit., p. 53.

¹³²³ Que se pueda pactar la forma de distribuir el contenido de los derechos de información y consultar entre en nivel nacional y el transnacional es una novedad de la Directiva CEU 2009. Sin embargo, el artículo 6.2.c se remite al artículo 1.3 de la Directiva donde se dice expresamente que las competencias del Comité de empresa europeo, y el alcance del procedimiento de información y consulta *“se limitarán a cuestiones transnacionales”*. Habría que aclarar si la articulación es o no disponible para las partes negociadoras o si debe prevalecer lo dispuesto en el mencionado artículo 1.3 de la Directiva.

¹³²⁴ Según BERCUSSON, B., *European Labour Law*, 1º ed.,...cit., p. 293, no parece posible fijar de antemano cuanto tiempo va a durar una reunión. El objetivo de la Directiva es *“la mejora de la información y consulta”*, el objetivo no es la reunión en sí sino que se establezca *“el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo”*. El objetivo es el intercambio de opiniones, el debate de propuestas y contrapropuestas que puede llevar varios días y puede suponer el tener que reunirse en varias ocasiones.

asignaran al Comité de empresa europeo, sobre los que no se establece ninguna pauta¹³²⁵.

4.- Si se opta por el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta: *“el acuerdo deberá prever las modalidades con arreglo a las cuales tendrán derecho a reunirse para cambiar impresiones acerca de la información que les sea comunicada¹³²⁶”* (art. 6.3 segundo párrafo); y *“esta información se referirá en particular, a cuestiones transnacionales que puedan afectar considerablemente a los intereses de los trabajadores”* (art. 6.3 tercer párrafo).

Con respecto a la eficacia jurídica del acuerdo alcanzado, son las normas nacionales de transposición las que deben otorgar dicha eficacia¹³²⁷. Por su dimensión comunitaria, señalaba el grupo de expertos de la Comisión¹³²⁸, se trata de acuerdo de género nuevo, que tiene vocación de aplicarse no sólo a las partes firmantes sino también al conjunto de grupos de empresas y a todos sus trabajadores. Constituyen convenios colectivos pero con peculiaridades¹³²⁹, principalmente, que un acuerdo declarado válido según la ley nacional del

¹³²⁵ BERCUSSON, B., *European Labour Law*, 1º ed., ...cit., p. 295, hay que tener en cuenta que la misión de la comisión negociadora es solamente llegar a un acuerdo. Sin embargo, el Comité de empresa europeo es un órgano que perdurara en el tiempo, que va a requerir de una secretaria permanente con personal y medios para su funcionamiento.

¹³²⁶ Argumenta BERCUSSON, B., *European Labour Law*, 1º ed.,...cit., p. 281, que *“reunirse para intercambiar impresiones acerca de la información que les sea comunicada”* no se adecua a la definición de consulta prevista en la Directiva CEU. Además da la impresión de que se trata de Intercambiar impresiones entre ellos y no entre los representantes y la dirección empresarial. Considera este autor que negociar un procedimiento alternativo de información y consulta ofrece ventajas al empresario puesto que no existen unas disposiciones subsidiarias con las que comparar los posibles acuerdos sobre estos procedimientos alternativos.

¹³²⁷ El artículo 13 de la Ley 10/2011 otorga eficacia jurídica general o *erga omnes* a los acuerdos celebrados bajo el amparo del artículo 6 de la Directiva. No está prevista esta eficacia *erga omnes* en el resto de las normas nacionales de transposición.

¹³²⁸ RIESCO ROCHE, R., Informe resumen...”, cit., documento de trabajo nº 18.

¹³²⁹ Según el grupo de expertos: “las partes que los negocian no son las partes que las leyes nacionales designan como titulares de este derecho y por tanto tales acuerdos no pueden pretender recibir la calificación de convenios colectivos según los derechos nacionales, ni tampoco tener efectos que dicha calificación extraña”... (..) “las leyes nacionales deberán reconocer el carácter vinculante de los acuerdos que se alcancen en virtud de los artículos 6 y 13 (acuerdo voluntarios pre-Directiva), cualesquiera que sean los Estados miembros en los que se hayan firmado”.

Estado miembro donde radique la dirección central, deberá ser considerado igualmente válido por los ordenamientos jurídicos de otros Estados. Se considera indispensable, en este sentido, asegurar que los acuerdos firmados en un Estado no puedan ser puestos en entredicho en otro distinto.

3.2.- El procedimiento de negociación en la Directiva SE 2001.- La Directiva SE 2001 comparte con la Directiva CEU 2009 el original diseño heredado de la derogada Directiva CEU 1994, apoyado principalmente en la articulación de planos y disposiciones de ámbitos nacional y transnacional. Este diseño, a su vez, privilegia la autonomía colectiva o acuerdo entre las partes, entre los órganos competentes de las sociedades participantes y la comisión negociadora¹³³⁰, como instrumento regulador de la implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea y prevé también la aplicación de unas disposiciones subsidiarias, denominadas disposiciones de referencia, en determinados supuestos que van más allá de la falta de acuerdo. Recuérdese que las disposiciones de referencia se aplicarán según lo dispuesto en el artículo 7:

1.- Cuando las partes negociadoras, la comisión negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes, así lo decidan.

2.- Cuando no se haya alcanzado ningún acuerdo, denominado acuerdo de implicación, en el plazo de 6 meses o de un año si las partes han decidido prorrogarlo, y se den dos condiciones: a.- que la parte empresarial esté de acuerdo en aplicar las disposiciones de referencia; y b.- que la comisión negociadora o banco social de la negociación no haya decidido acogerse a las disposiciones sobre información y consulta ya vigentes en los Estados miembros en que la Sociedad anónima europea tenga trabajadores (*Supra*, cap. 4^o,

¹³³⁰ Como se verá (*Infra*, cap. 4^o, apartado II.3.2.3), las partes negociadoras serán: 1.- la comisión negociadora del lado social constituida conforme a lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Directiva -disposición de alcance nacional- que distingue en dicha composición el modo de constitución de la Sociedad anónima europea, principalmente si es por fusión, y asegurando que se respete una proporción entre el número de miembros en la Comisión negociadora y el número de trabajadores empleados en cada Estado miembro por las sociedades participantes y las filiales y los establecimientos afectados y 2.- por el lado empresarial, la Directiva menciona reiteradamente a "los órganos competentes de las sociedades participantes, sin entrar en mayores detalles y dejando libertad a la Sociedad anónima europea para delegar como quiera su representación ante el banco social de la negociación.

*apartado 1.2.3.4)*¹³³¹. Sólo ante el cumplimiento de estas dos condiciones serán de aplicación las disposiciones de referencia.

En cuanto al procedimiento de negociación, interesa analizar las siguientes cuestiones: 1.- objeto del procedimiento y legislación aplicable (apartado 3.2.1); 2.- inicio del procedimiento de negociación (apartado 3.2.2); 3.- constitución y composición de la comisión negociadora (apartado 3.2.3); 4.- funcionamiento de la comisión negociadora (apartado 3.2.4); 5.- desarrollo y contenido del procedimiento (apartado 3.2.5); y 6.- conclusión de la negociación con acuerdo (apartado 3.2.6).

3.2.1.- Objeto del procedimiento y legislación aplicable.- El procedimiento de negociación sobre el sistema de implicación en una determinada Sociedad anónima europea adquiere máxima transcendencia, pues, si no se inicia dicho proceso, o al menos se constituye una comisión negociadora del banco social, no se puede constituir y registrar dicha Sociedad. Como ya se dijo (*Supra, cap. 3º, apartado II.4.4*), por indicación del artículo 12.2 del Reglamento SE, para que pueda inscribirse y registrarse una Sociedad anónima europea, actuaciones que se efectuarán en el registro del Estado miembro del domicilio social de la misma, bien ha de haberse celebrado con carácter previo un acuerdo de implicación según lo dispuesto en el artículo 4 de la Directiva, o bien se requiere que la comisión negociadora, lo que supone que ésta se haya constituido (*Infra, cap. 4º, apartado II.3.2.4*), haya decidido por mayoría de 2/3 aplicar disposiciones ya existentes relativas a los derechos de información y de consulta (art. 6.3 de la Directiva SE)¹³³².

¹³³¹ Como se dijo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Directiva SE 2001, si la Comisión negociadora decide -por mayoría de dos tercios de sus miembros que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de miembros que representen a trabajadores de al menos dos Estados miembros-, no iniciar las negociaciones o terminar las ya iniciadas y basarse en las disposiciones vigentes sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros donde la Sociedad anónima europea tenga trabajadores, esta decisión pone fin al procedimiento de negociación y no se aplicarán las disposiciones del Anexo.

¹³³² No es posible, como ya se dijo, esta decisión de la comisión negociadora, en Sociedades anónimas europeas constituidas por transformación cuando ya existieran con anterioridad derechos de participación interna en la empresa que vaya a transformarse en Sociedad anónima europea.

Así, el objeto del procedimiento de negociación es alcanzar un acuerdo sobre la forma de implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea, denominado por la norma como acuerdo de implicación. En este sentido, las partes pueden en teoría elegir entre tres modalidades de implicación que consisten en lo siguiente: 1ª modalidad, denominada **participación externa institucionalizada**, relativa a canalizar la implicación a través de un órgano de representación de los trabajadores; 2ª modalidad, denominada **participación externa no institucionalizada o informal**, que consiste en el establecimiento de cauces o procedimientos de información y consulta; y 3ª modalidad, denominada **participación interna**, que significa acoger la implicación mediante el establecimiento de derechos de participación interna; es decir, relativos al derecho a elegir, recomendar, designar u oponerse a la designación de determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad. Como ya se dijo las partes van a poder optar por una u otra modalidad, según su forma de constitución en Sociedad anónima europea y su situación participativa previa a dicha constitución; pero, en cualquier caso, las partes no pueden prescindir de dichas modalidades (*Supra, cap. 2º, apartado V.1.3*).

La legislación aplicable al procedimiento de negociación, por indicación expresa del artículo 6 de la Directiva, será *“la del Estado miembro en que la Sociedad anónima europea vaya a tener su sede registrada”*. En este sentido, los órganos de administración o de dirección de una sociedad interesados en constituir una Sociedad anónima europea van a tener libertad para fijar la sede social de la misma en el Estado miembro que deseen; es decir, en cierta manera van a poder elegir la legislación aplicable, no sólo al procedimiento de negociación, sino también a todo el proceso de constitución de dicha Sociedad. En este punto se aprecia una gran diferencia con respecto a lo dispuesto en la Directiva CEU, cuya legislación aplicable es la del Estado miembro dónde radique la dirección central de la empresa o de la empresa que ejerce el control en el supuesto de los grupos de empresa de dimensión comunitaria, previéndose a su vez que si ésta se encuentra fuera del territorio comunitario, se debe designar un representante en dicho territorio¹³³³.

¹³³³ Como se dijo (*Supra, cap. 3º, apartado II.4.2.2*), el artículo 2.5 del Reglamento SE prevé la posibilidad de que los Estados miembros autoricen a participar en el proceso de constitución de

3.2.2.- Inicio del procedimiento de negociación.- Dado que no se puede constituir una Sociedad anónima europea sin que al menos se haya constituido una comisión negociadora y ésta haya tomado una decisión sobre la implicación de los trabajadores en la misma, son las sociedades que pretenden constituir una Sociedad anónima europea las primeras interesadas en que se inicie el procedimiento de negociación¹³³⁴. Como ya se dijo (*Supra, cap. 4º, apartado II.1*), la Directiva SE define la iniciativa negocial empresarial como un verdadero deber y a los “*órganos de dirección y de administración interesados en la Sociedad anónima europea*”, obligados a elaborar el proyecto de constitución de la misma, como los únicos sujetos pasivos de la carga de iniciar el proceso de negociación¹³³⁵. Así, según el artículo 3.1 de la Directiva SE¹³³⁶, los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes interesadas en constituirse en Sociedad anónima europea iniciarán “*lo antes posible*¹³³⁷” las gestiones necesarias para entablar negociaciones, incluidas las informaciones relativas a la identidad de las sociedades y de los trabajadores

una Sociedad anónima europea a sociedades que no tengan su administración central en la Unión Europea, exigiéndoles en tal caso que la sociedad se hubiera constituido conforme al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tenga su domicilio social en ese mismo Estado y una vinculación efectiva y continúa con la economía de un Estado miembro.

¹³³⁴ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores...”, cit., p. 7; CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores..”, cit., p. 386-7: a diferencia de la Directiva 94/45, en la Directiva SE .. (...) la obligación de negociar el modelo de implicación de los trabajadores surge automáticamente con el proceso de constitución de la Sociedad anónima europea en el que se configura como un requisito *sine qua non*, soportado por las sociedades participantes y sus intereses en la constitución de la misma.

¹³³⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F., “El establecimiento de los derechos...”, cit., p. 2.

¹³³⁶ Art. 3.1 Directiva SE 2001: “*Cuando los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes establezcan el proyecto de constitución de una Sociedad anónima europea, 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 Sociedad anónima europea, 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 negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea*”.

¹³³⁷ La norma española de transposición de la Directiva SE, Ley 31/2006, ha fijado (art. 5) un plazo máximo de 45 días, a contar desde que se publica el proyecto de fusión o el de constitución de una sociedad holding o después de adoptado el proyecto de creación de una filial común o el de transformación en una Sociedad anónima europea, para que los órganos de dirección o de administración, lleven a acabo las gestiones necesarias para entablar negociaciones (...) incluida la comunicación de informaciones.

implicados. En este sentido, será esencial que junto a esta información relativa a la estructura societaria de las sociedades interesadas y la plantilla de trabajadores se informe también sobre la situación participativa de dichas sociedades, pues a la comisión negociadora que se constituirá en breve le interesa conocer si existen o no derechos adquiridos en materia participativa en las existentes estructuras societarias¹³³⁸.

Por lo demás, por indicación del mencionado artículo 3.1 de la Directiva SE, la información *ab initio* se trasladará por las sociedades interesadas a los representantes de los trabajadores de dichas sociedades interesadas¹³³⁹. Ello con el objeto de que estos representantes se pongan en marcha hacia la constitución de una comisión negociadora, teniendo un conocimiento previo lo más extenso posible sobre todo lo que concierne a las sociedades interesadas en constituirse en Sociedad anónima europea. Como ya se dijo (*Supra, cap. 4º, apartado II.3.1.3*), en el caso de la Directiva CEU 2009, dicho traslado de información previa, tenía por objeto que la propia representación laboral existente comprobara si la empresa o grupo para el que trabajan podía ser considerada o no de dimensión comunitaria y, en caso afirmativo, exigir que se respete lo dispuesto en la normativa, es decir, que se le permita solicitar el inicio de las negociaciones y/o proceder a la válida constitución de la comisión negociadora. Las diferencias son notables. En el caso de la Directiva SE, ni se prevé una solicitud de inicio del lado social, ni interesa saber en principio el número de trabajadores empleados en las sociedades. Únicamente interesará este dato, y cómo computar a los trabajadores, a la hora de constituir una comisión negociadora, pero no a efectos de determinar si una determinada

¹³³⁸ En este sentido, el art. 5 tercer párrafo de la Ley 31/2006. “*cuando en las sociedades participantes se aplique algún sistema de participación de los trabajadores en sus órganos de administración o de control, las informaciones a las que se refiere el párrafo anterior deberán especificar las características de tales sistemas, el número de trabajadores cubiertos por dichos sistemas, así como la proporción que estos representan respecto del total de los trabajadores de la sociedades participantes*”.

¹³³⁹ Señala VALDÉS DAL-RÉ, F., “El establecimiento de los derechos...”, cit., p. 2, que la norma no identifica a los sujetos receptores de esta información, silencio éste que habrá de ser colmado por las legislaciones nacionales (..) el verdadero problema para cada ordenamiento interno residirá en decidir el nivel apropiado que ha de tener el órgano de representación receptor. Aun cuando el interrogante admite plurales respuestas, la solución probablemente más acorde para la consecución del efecto útil de la Directiva -constitución de la comisión negociadora- es descentralizar el flujo informativo hacia las representaciones instaladas en todas y cada una de las sociedades filiales y establecimientos.

entidad empresarial está afectada o no por la normativa participativa comunitaria. Así, en la Directiva SE, les va a interesar a las sociedades participantes que el proceso de negociación se inicie lo antes posible y que la constitución de la comisión negociadora sea rápida y sea válida, en mayor medida que a las direcciones empresariales de las empresas o grupos de dimensión comunitaria con respecto a la comisión negociadora que ha de constituirse para la negociación sobre la creación de un Comité de empresa europeo o el establecimiento alternativo de procedimientos de información y consulta.

3.2.3.- Constitución y composición de la Comisión negociadora.- La obligación de constituir una comisión negociadora surge de forma paralela a la obligación de los órganos competentes de las sociedades interesadas en constituir una Sociedad anónima europea, de transmitir datos e informaciones necesarias sobre dichas sociedades. En virtud de lo dispuesto en el artículo 3.2¹³⁴⁰, “*a tal fin*” se constituirá una comisión negociadora, por lo que habrá que entender que ésta ha de ser la destinataria natural de dichas informaciones, estando los órganos competentes de las sociedades interesados obligados también a “*realizar todas las gestiones necesarias*” (art. 3.1) para que pueda procederse a dicha constitución.

En cuanto a la composición de la comisión negociadora, la Directiva (art. 3.2) establece algunos criterios indicativos, remitiendo a las normas nacionales de transposición la forma de elegir y designar a los miembros que formarán parte de la misma. Así, como ocurría en la Directiva CEU, mientras la constitución, la composición y distribución de miembros en la comisión negociadora son normas de alcance transnacional, o núcleo duro de aplicación a la Sociedad anónima europea en función de la legislación del Estado miembro donde se domicilie la misma¹³⁴¹, la forma de elección y de designación de dichos miembros son

¹³⁴⁰ Art. 3.2 Directiva SE 2001: “*A tal fin (ser sujeto receptor de las informaciones), se constituirá una comisión negociadora representativa de los trabajadores de las sociedades participantes y sus filiales o establecimientos interesados, con arreglo a las disposiciones siguientes*”.

¹³⁴¹ Ya se dijo (*Supra*, cap. 3º, apartado II.4.5), que el Reglamento SE opta por el criterio de sede efectiva, al no permitir que la administración central y el domicilio social de la Sociedad anónima europea se encuentren en Estados miembros diferentes. Además, los Estados miembros en su norma nacional de transposición, pueden imponer a las Sociedades anónimas europeas registradas en su territorio la obligación de situar la administración central y el domicilio en el mismo lugar.

disposiciones accesorias, de alcance nacional, cuya aplicación dependerá del lugar concreto de la sede de las filiales o establecimientos afectados con independencia del lugar de registro de la Sociedad anónima europea. La Directiva SE establece determinados criterios indicativos, que son los siguientes:

Primero.- Por indicación del artículo 3.2.a, con respecto a la composición de la comisión negociadora se ha de observar un criterio de proporcionalidad representativa respecto del número de trabajadores empleados en cada Estado miembro: en cada Estado miembro se reservará un puesto en la comisión negociadora *“por cada 10 por 100 o fracción del total de trabajadores empleados por las sociedades participantes y las filiales y establecimientos afectados en el conjunto de los Estado miembros”*. La referencia a la fracción es la forma de asegurar que haya al menos un miembro de la comisión negociadora por Estado miembro donde la Sociedad anónima europea tenga trabajadores, aunque el porcentaje de trabajadores ocupados en ese Estado miembro sea inferior al mencionado 10 por 100¹³⁴². Nada se dispone sobre cómo computar el número de trabajadores, por lo que habrá que remitirse en este punto a lo que dispongan las normas nacionales de transposición de la Directiva SE¹³⁴³.

¹³⁴² CASAS BAAMONDE, M. E., “La implicación de los trabajadores...”, cit., p. 392 y p. 396. Señala esta autora que la exigencia del principio de representatividad es tan relevante que comporta la necesidad de que las disposiciones de transposición de los Estado miembros, que han de determinar la forma de elegir o de designar los miembros de la comisión negociadora correspondientes a su territorio, vinculen el mandato del representante en dicha comisión con el mantenimiento de su mandato de representante nacional o, en su caso, con el de las condiciones de lección o del acuerdo base de su designación.. (). en definitiva las ideas normativas que inspiran la regulación de la comisión negociadora son su representatividad y también su estabilidad a lo largo de su corta existencia -un año máximo-, si bien aquella -la representatividad-, que se alza como principio matriz de dicha regulación, obligará a sacrificar ésta cuando los cambios en los representados alteren la distribución geográfica de sus puestos, o en los casos en que la representatividad de sus miembros resulte afectada por la modificaciones habidas en el mandato representativo nacional (se cita Grupo de expertos SE, Document de Travail nº 16, rev. 1, de 2 de diciembre de 2002, pp. 26-27).

¹³⁴³ En este sentido, la norma española, Ley 31/2006, prevé en su artículo 21.1 que el cómputo sobre el número de trabajadores empleados *“se hará tomando inconsideración la totalidad de los trabajadores empleados por dichas sociedades, empresas y centros de trabajo, incluidos los trabajadores con contratos temporales o de duración determinada y a tiempo parcial, en el momento en que se refiera el cálculo en cuestión”*. Ello no obstante (art. 21.2), *“el cómputo del número de trabajadores efectuado para la constitución de la comisión negociadora se considerará vigente durante todo el tiempo de funcionamiento de dicha comisión y hasta la conclusión del acuerdo... o finalización sin acuerdo..”*

Segundo.- La norma prevé que se puedan elegir o designar miembros adicionales a los anteriores para garantizar que, en el caso de la Sociedad anónima europea constituida por fusión, se pueda incluir al menos un representante por cada sociedad que vaya a desaparecer por fusionarse con otra al constituirse la Sociedad anónima europea *“que vaya a dejar de existir como entidad jurídica diferenciada”*¹³⁴⁴. Se prevé así la incorporación de miembros adicionales a la comisión negociadora pero con dos limitaciones (art. 3. 2.a): 1.- el número de miembros adicionales en la comisión negociadora no puede ser superior al 20 por 100 de los miembros designados conforme al punto anterior u ordinarios; y 2.- la asignación de miembros adicionales no puede dar lugar a una doble representación. Según el grupo de expertos para la transposición de la Directiva SE¹³⁴⁵, *“aunque la Directiva no lo diga expresamente, la finalidad de esta singular regla de representación directa de los trabajadores en las sociedades fusionadas o absorbidas que se extingan, es proteger especialmente los sistemas o prácticas de participación interna existentes en esas sociedades que desaparecerán a través de su fusión o absorción en la nueva Sociedad anónima europea”*¹³⁴⁶.

Tercero.- En cuanto a la determinación de la forma de elegir o designar a los representantes en la comisión negociadora, ya se ha dicho que se

¹³⁴⁴ Art. 3.2.a Directiva SE 2001: *“Que en el caso de las Sociedades anónimas europeas constituidas mediante fusión, se incorporen otros miembros adicionales en representación de cada Estado miembro en la medida necesaria para garantizar que la comisión negociadora incluye al menos un miembro representante de cada una de las sociedades participantes que están registradas y emplean trabajadores en dicho Estado miembro y que vaya, según el proyecto, a dejar de existir como entidad jurídica diferenciada tras la inscripción de la Sociedad anónima europea siempre que: el número de estos miembros adicionales no sea superior al 20% del número de miembros designados de conformidad con el inciso i; y la composición de la comisión negociadora no dé lugar a una doble representación de los trabajadores en cuestión. Si el número de estas sociedades excede del número de puestos adicionales disponibles con arreglo al primer inciso, estos puestos adicionales se asignarán a sociedades de distintos Estados por número decreciente del número de trabajadores que emplee”*.

¹³⁴⁵ CASAS BAAMONDE, M. E., *“La implicación de los trabajadores...”*, cit., p. 393.

¹³⁴⁶ Sin embargo, como continuaba diciendo el grupo de expertos: *“esa específica protección reforzada es meramente ilusoria, ya que los miembros adicionales, a la vista de la prohibición de la doble representación de los trabajadores en dichas empresas 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 a su favor, en la medida en que cada deliberación -de la comisión negociadora- exigirá el voto favorable de miembros que representen a igual mayoría de trabajadores”*.

encomienda esta cuestión a las normas nacionales de transposición de la Directiva SE (art. 3.2.b)¹³⁴⁷. En dicha remisión se deben tener en cuenta tres indicaciones:

1.- Que se intente que figure al menos un representante por Estado miembro, pero sin que ello suponga un aumento del número total de miembros.

2.- Se permite que formen parte de la comisión negociadora representantes sindicales que no sean trabajadores¹³⁴⁸. Es llamativa en este punto la diferencia que existe con respecto a la Directiva CEU 2009; en ésta se establece, como novedad de 2009, que pueden asistir a las reuniones de la comisión negociadora, en calidad de expertos, con voz pero sin voto, *“representantes de organizaciones de trabajadores competentes y reconocidas a nivel comunitaria”* y, además, no quedaba claro si podían o no formar parte de dicha comisión personas que no trabajen en la empresa. En la Directiva SE se permite que formen parte de la comisión negociadora, como miembros de pleno derecho, representantes sindicales que no sean trabajadores de la empresa. Ahora bien, la Directiva SE faculta a los Estados miembros a tomar la decisión de permitir dicha presencia cualificada en el seno de las comisiones negociadoras¹³⁴⁹; decisión que afectará a todo establecimiento o sede ubicada

¹³⁴⁷ Art. 3.2.b Directiva SE 2001: *“Los Estados miembros determinarán la forma de elegir o designar los miembros de la comisión negociadora que hayan de ser elegidos o designados en su territorio. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para lograr que, en la medida de lo posible, entre dichos miembros figure al menos un representante de cada una de las sociedades participantes que emplee a trabajadores en el Estado miembro afectado. Estas medidas no deberán suponer un aumento del número total de miembros”*.

¹³⁴⁸ Art.3.2.b, segundo párrafo, Directiva SE 2001: *“Los Estados miembros podrán prever que entre dichos representantes figuren representantes sindicales, sean o no trabajadores de una empresa participante o de una filial o establecimiento interesado”*.

¹³⁴⁹ La norma española de transposición de la Directiva, Ley 31/2006, prevé la designación de representantes sindicales que no sean trabajadores para formar parte de la comisión negociadora, exigiéndose que sea *“miembro de una organización sindical más representativa en el nivel estatal o representativa en el ámbito de las sociedades participantes”* (art. 29.2). Se les permite formar parte de la comisión negociadora, aunque no sean trabajadores de la Sociedad anónima europea, pero no se les permite formar parte del *“órgano de representación”*, sujeto de derechos de información, consulta o con derecho a elegir o designar miembros en los órganos societarios, en cuya composición se exige que la persona sea trabajador de la Sociedad anónima europea. Si los representantes sindicales forman parte de la comisión negociadora, por indicación del artículo 29.5 de la Ley 31/2006, dicho representante *“tendrá la representatividad que le atribuya el acta de designación; en caso de no constar, se presumirá que todos los trabajadores empleados en España por las sociedades participantes están representados en la comisión negociadora a través de dicho representante sindical”*.

en su territorio nacional, con independencia de la situación geográfica del domicilio social de la Sociedad anónima europea, produciendo de nuevo el dilema de la existencia de diferentes tratamientos a los representantes de los trabajadores según su Estado miembro de origen, pues en una misma comisión negociadora podría permitirse un representante, no trabajador y delegado sindical, de un determinado Estado miembro pero vetarse la de otro similar si la norma de transposición de su Estado miembro de origen no contempla dicha posibilidad.

3.- Si no existen representantes por motivos ajenos a su voluntad, que se asegure que los trabajadores, directamente, puedan elegir o designar miembros en la comisión negociadora.

3.2.4.- Funcionamiento de la comisión negociadora.- La comisión negociadora es competente para adoptar importantes decisiones, por lo que interesa atender al proceso de la toma de decisiones en el seno de la misma. Así, como regla general, la comisión negociadora tomará sus decisiones por mayoría absoluta de sus miembros, *“siempre que dicha mayoría represente igualmente a una mayoría absoluta de los trabajadores”* (art. 3.4 primer párrafo). Cada miembro de la comisión negociadora dispone de un voto pero el sistema de la Directiva hace obligado conocer el número de trabajadores representados por cada uno de estos votos para determinar su influencia y su poder de negociación¹³⁵⁰. Junto a esta regla general existen otras especiales para determinados tipos de decisiones que exigen que el acuerdo de la comisión negociadora sea adoptado por una mayoría cualificada o reforzada, que consiste, según el artículo 3.6 segundo párrafo¹³⁵¹, en obtener el voto afirmativo de dos tercios de los miembros que representen al menos a dos tercios de los

¹³⁵⁰ CASAS BAAMONDE, M., E., “La implicación de los trabajadores ...”, cit., p. 399, lo que no siempre será sencillo. Señala esta autora que la representatividad real de cada representante en la comisión negociadora debe quedar identificada para asegurar la válida adopción de los acuerdos.

¹³⁵¹ Art. 3.6, segundo párrafo, Directiva SE 2001: *“La mayoría necesaria para decidir que no se inicien o que se terminen unas negociaciones será la de 2/3 de miembros que representen al menos a 2/3 de los trabajadores, incluidos los votos de miembros que representen a trabajadores de al menos dos Estados miembros”*.

trabajadores, incluidos los votos de miembros que representen a trabajadores de al menos dos Estados miembros.

Se requiere el voto cualificado o reforzado de los miembros de la comisión negociadora en dos supuestos:

1.- Cuando se decida no responder a la solicitud de los órganos competentes de las sociedades participantes relativa al inicio de las negociaciones, o si se han iniciado, suspenderlas sin acuerdo. Ahora bien, en virtud del principio antes-después, en el caso de una Sociedad anónima europea que vaya a constituirse por transformación, cuando existan derechos de participación interna en la empresa que vaya a transformarse, no será posible que la comisión negociadora decida, ni con la mayoría reforzada, acogerse a un sistema basado exclusivamente en disposiciones de información y consulta ya existentes y descartar los derechos de participación interna (art. 3.6 último párrafo) ¹³⁵².

2.- Cuando se pretenda reducir en el acuerdo de implicación los derechos de participación interna existentes. Como ya se dijo (*Supra*, cap. 4º, apartado 1.5.3.2), se exige también el voto cualificado o reforzado de la comisión negociadora, en el supuesto de constitución de la Sociedad anónima europea distinto al de transformación de sociedad anónima; es decir, por fusión o mediante creación de sociedad anónima europea *holding* o de filial común. Si las sociedades participantes en dicha constitución disfrutaran de determinados derechos de participación interna, se permite que éstos se reduzcan o incluso se eliminen mediante el voto cualificado o reforzado de la comisión negociadora

¹³⁵² Art. 3.6 Directiva SE 2001: “*La comisión negociadora podrá decidir, por la mayoría prevista más adelante, no iniciar negociaciones o terminar las negociaciones ya iniciadas y basarse en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la Sociedad anónima europea tenga trabajadores. Dicha decisión pondrá fin al procedimiento destinado a la adopción del acuerdo previsto en el artículo 4. Cuando se haya tomado dicha decisión, no se aplicará ninguna de las disposiciones del anexo. La mayoría necesaria para decidir que no se inicien o que se terminen unas negociaciones será la de 2/3 de miembros que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de miembros que representen a trabajadores de al menos dos Estados miembros. En el caso de una Sociedad anónima europea constituida mediante transformación, no será aplicable lo dispuesto en el presente apartado cuando exista participación en la empresa que vaya a transformarse*”.

(art. 3.4)¹³⁵³. Si bien la Directiva marca lo que considera un nivel relevante de participación interna que debe mantenerse. En este sentido, se considera que dicho nivel es relevante, y por lo tanto para poder reducirlo se requiere el voto reforzado, en los siguientes supuestos:

- En el caso de una Sociedad anónima europea constituida mediante fusión, si la participación interna afecta al menos al 25 por 100 del número total de trabajadores de las sociedades participantes, que, como ya se dijo, han de ser al menos dos sociedades anónimas; o

- En el caso de una Sociedad anónima europea constituida mediante creación de una sociedad *holding* o de una filial, si la participación interna afecta al menos al 50 por 100 del número total de trabajadores de las sociedades participantes.

Por debajo de esos porcentajes la reducción podría acordarse con el voto ordinario de la comisión negociadora; la reducción por encima de los mismos requiere la mayoría reforzada o cualificada de la comisión negociadora. Señala la doctrina que este método de comparación cuantitativa que opera sobre la proporción de miembros de los órganos societarios antes, en las sociedades participantes y, después, en la Sociedad anónima europea no ofrece solución y respuesta a todas las posibles variaciones que pudieran producirse¹³⁵⁴.

¹³⁵³ Art. 3.4 Directiva SE 2001: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6, la comisión negociadora decidirá por mayoría absoluta de sus miembros, siempre que dicha mayoría represente igualmente a una mayoría absoluta de los trabajadores. Cada miembro dispondrá de un voto. No obstante, cuando el resultado de las negociaciones pueda determinar una reducción de los derechos de participación, la mayoría necesaria para tomar tal acuerdo será la de dos tercios de los miembros de la comisión negociadora, que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de los miembros que representen a trabajadores contratados en, al menos, dos Estados miembros. En el caso de una Sociedad anónima europea constituida mediante fusión, si la participación afecta al menos al 25 % del número total de trabajadores de las sociedades participantes o en el caso de una Sociedad anónima europea constituida mediante la creación de una sociedad *holding* o de una filial, si la participación afecta al menos al 50 % del número total de trabajadores de las sociedades participantes. Se entenderá por reducción de los derechos de participación una proporción de miembros de los órganos de la Sociedad anónima europea, en el sentido de la letra k del artículo 2 (elección o designación de miembros en los órganos societarios o designación u oposición de parte o de todos los miembros de los citados órgano), inferior a la proporción más alta existente en las sociedades participantes”.

¹³⁵⁴ CASAS BAAMONDE, M., E., “La implicación de los trabajadores...”, cit., p. 401-2. Por ejemplo, ante cambios en un sistema de participación de elección o de designación de los representantes de los trabajadores en los órganos societarios por otro de recomendación o veto a la designación de los miembros de dichos órganos, o entre un sistema de participación, sea de elección o de designación, sea de recomendación o de veto, en órganos de dirección o en

3.2.4.- Desarrollo y contenido del procedimiento.- Las partes en la negociación, la comisión negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes, están obligadas a negociar *“con espíritu de colaboración”* (art. 4.1), con la intención de fijar mediante acuerdo escrito las disposiciones sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea (art. 3.3 primer párrafo)¹³⁵⁵. Por lo demás, aunque no lo dice expresamente la Directiva SE, habrá que suponer que, una vez constituida la comisión negociadora, serán los órganos competentes de las sociedades participantes los que la convoquen a una primera reunión de negociación. El artículo 3.3 segundo párrafo¹³⁵⁶ de la Directiva prevé que dichos órganos competentes informen a la comisión negociadora sobre el proyecto y sobre el desarrollo del proceso real de constitución de la Sociedad anónima europea, hasta la inscripción de la misma.

En términos similares a lo dispuesto en la Directiva CEU, los gastos de funcionamiento de la comisión negociadora, y en general los gastos que supongan las reuniones de negociación, correrán a cargo de las sociedades participantes, dejando libertad a los Estados miembros en este punto para fijar las reglas relativas a la financiación del funcionamiento de la comisión negociadora (art. 3.7)¹³⁵⁷. De igual forma, está prevista la presencia de expertos, elegidos por la Comisión negociadora, que pueden asistirle en las reuniones de negociación con voz pero sin voto. En cuanto a la financiación de dichos

órganos de control o 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 generales ex artículo 39.2 del Reglamento. Será problemático y delicado efectuar la comparación entre sistemas diferentes y resolver en cada caso si se produce o no una reducción de los derechos de participación, especialmente si los negociadores discrepan sobre su valoración.

¹³⁵⁵ Art. 3.3, primer párrafo, Directiva SE: *“Corresponderá a la comisión negociadora y a los órganos competentes de las sociedades participantes fijar, mediante acuerdo escrito, las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea”*.

¹³⁵⁶ Art. 3.3, segundo párrafo, Directiva SE: *“A tal fin, el órgano competente de las sociedades participantes informará a la comisión negociadora del proyecto y del desarrollo del proceso real de constitución de la Sociedad anónima europea hasta la inscripción de la misma”*.

¹³⁵⁷ Art. 3.7 Directiva SE: *“Los gastos de funcionamiento de la comisión negociadora y, en general, de las negociaciones correrán a cargo de las sociedades participantes de manera que la comisión negociadora pueda cumplir su misión adecuadamente. Respetando estos principios, los Estados miembros podrán fijar las normas relativas a la financiación del funcionamiento de la comisión negociadora. En particular, podrán limitar la financiación a un solo experto”*.

expertos, la Directiva obliga a los Estados miembros a que al menos uno de los expertos sea financiado por las sociedades participantes en la constitución de la Sociedad anónima europea. Es llamativo que se permite que entre éstos expertos figuren “*representantes de las organizaciones sindicales pertinentes a nivel europeo*”, con la intención de “*promover la coherencia a nivel europeo*”¹³⁵⁸ (art. 3.5). En el caso de la Directiva CEU 2009, como novedad, se exige que sean “*representantes de organizaciones de trabajadores competentes y reconocidas a nivel comunitario* (art. 5.4 tercer párrafo)”. Así, la Directiva SE 2001 fue la primera norma en dar paso a la presencia sindical¹³⁵⁹, si bien en la Directiva de 2009 se produce un cierto retroceso al exigirse que provengan de organizaciones “*competentes y reconocidas*”. Por lo demás, la Directiva SE permite presencia sindical en la comisión negociadora, como miembros de pleno de derecho, aunque no sean trabajadores de las sociedades participantes, mientras que, en la Directiva CEU 2009 por el contrario se veta la presencia de representantes no trabajadores de la empresa.

En cuanto a la duración de las negociaciones, la Directiva prevé (art. 5.1)¹³⁶⁰ que éstas podrán proseguir durante 6 meses, a contar desde la fecha de constitución de la comisión negociadora. Obviamente no es necesario agotar dicho plazo de 6 meses y, a su vez, las partes podrían prorrogarlo de común acuerdo más allá de los seis meses y hasta un máximo de un año desde la constitución de la comisión negociadora (art. 5.2)¹³⁶¹.

¹³⁵⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F., “El establecimiento de los derechos...”, cit., p. 8, los expertos están llamados a cumplir tareas relevantes como la garantía de la consecución del efecto útil querido por la Directiva, el respeto a la diversidad de culturas europeas en materia de implicación de los trabajadores o, en fin, la evitación en el acuerdo cláusulas que contradigan o se separen del acervo comunitario, señaladamente del que se establece en la propia Directiva.

¹³⁵⁹ FERNÁNDEZ DO CAMPO, B., *La participación...*, cit., p. 194; GARRIDO PÉREZ, E., “Las modalidades de implicación de los trabajadores en la sociedad europea”, *Revista de Derecho Social* nº 17, 2002, p. 112.

¹³⁶⁰ Art. 5.1 Directiva SE 2001: “*Las negociaciones se iniciarán tan pronto como se haya constituido la comisión negociadora y podrán proseguir durante los seis meses siguientes*”.

¹³⁶¹ Art. 5.2 Directiva SE 2001: “*Las partes podrán decidir de común acuerdo prolongar las negociaciones más allá del periodo contemplado en el apartado 1, hasta un máximo de un año, a contar desde la constitución de la comisión negociadora*”.

3.2.5.- Conclusión de la negociación con acuerdo.- Las partes en la negociación, la comisión negociadora y los órganos competentes de las sociedades participantes, gozan en principio de amplia libertad o autonomía respecto de las modalidades de implicación que han de prevalecer en la Sociedad anónima europea, con la excepción de la obligación de respetar las reglas previstas que, en atención al principio antes-después, condicionan o coartan dicha autonomía, en especial, en las Sociedades anónimas europeas constituidas por transformación y, a su vez, en sociedades anónimas europeas constituídas de otro modo con respecto a los derechos de participación interna ya existentes. En concreto, como ya se dijo (*Supra*, cap. 4^o, apartado 1.5.3.2), como límite general más significativo a la autonomía colectiva, lo dispuesto con respecto a las Sociedades anónimas europeas constituidas por transformación (art. 4.4): el acuerdo de implicación debería respetar un nivel de implicación al menos equivalente al que ya existía en la sociedad que vayan a transformarse en Sociedad anónima europea¹³⁶².

Teniendo presente lo anterior, las partes pueden en teoría elegir entre las tres modalidades de implicación anteriormente presentadas, o elegir una o varias de ellas: 1.- canalizar la implicación a través de un “*órgano de representación*” de los trabajadores, denominada **participación externa institucionalizada**; 2.- mediante el establecimiento de cauces o procedimientos de información y consulta, denominada **participación externa no institucionalizada o informal**; y 3.- acoger la implicación mediante el establecimiento de derechos de **participación interna**. Así, en los tres supuestos mencionados, el acuerdo de implicación que se alcance, deberá contener por indicación del artículo 4.2 una

¹³⁶² Por la remisión que se efectúa a lo dispuesto en el artículo 13.3.a, que establece que la presente Directiva no afectará a los derechos de información y consulta previstos en las normativas nacionales “*distintos de los derechos de participación -participación interna-*”, hay que matizar que se obliga a respetar a lo dispuesto en materia de derechos de información y de consulta, que no podrá modificarse ni por acuerdo de la comisión negociadora, pero no con respecto a los derechos de participación interna, que se podrán modificar en determinados y supuestos y condiciones, como se verá a continuación. El objeto del artículo 4.4 en todo caso, hace referencia a que una Sociedad anónima europea fruto de transformación se pueda domiciliar en un Estado miembro, distinto del de la sociedad anónima de origen, que contemple derechos de participación interna en su regulación normativa interna pero sin obligarle a incorporar dichos derechos de participación interna si no venía contemplándolos con anterioridad a su transformación en Sociedad anónima europea.

serie de previsiones¹³⁶³ que son las siguientes: 1.- el ámbito de aplicación del acuerdo, que ha de suponerse, pues nada dice la norma, que habrá de afectar al conjunto de la Sociedad anónima europea¹³⁶⁴; y 2.- la fecha de entrada en vigor, su duración y los casos en los que el acuerdo deberá renegociarse y el procedimiento para su renegociación. Estas últimas cuestiones son muy relevantes y deberían quedar determinadas en las propias normas nacionales de transposición¹³⁶⁵ y recogidas en el propio acuerdo de implicación. Debe quedar claro bajo qué condiciones o supuestos se puede o debe re-abrir una negociación, y si el acuerdo en vigor hay que denunciarlo y/o pierde vigencia por el transcurso del tiempo

En punto al análisis del contenido concreto del acuerdo de implicación, interesa hacer una distinción en función de la modalidad de implicación que se acoja en una determinada Sociedad anónima europea, en los términos siguientes: 1.- participación externa institucionalizada en el órgano de representación laboral (apartado A); 2.- participación informal o no institucionalizada o disposiciones sobre información y consulta (apartado B); y

¹³⁶³ Que no han de considerarse contenido mínimo ya que se puede prescindir de algunas previsiones o incorporar otros elementos. En este sentido, CASAS BAAMONDE, M. E., "La implicación de los trabajadores...", cit., pp. 405-6; VALDÉS DAL-RÉ, F., "El establecimiento de los derechos...", cit., pp. 10-11: más que un contenido mínimo del acuerdo, la finalidad del artículo 4.2 es ofrecer un modelo tipo del acuerdo, que las normas estatales y los sujetos negociadores deben respetar.

¹³⁶⁴ VALDÉS DAL RÉ, F., "El establecimiento de los derechos...", cit., p. 9. "Tampoco, a mi juicio, pueden las partes establecer regímenes de implicación diferenciados o particulares. Y no sólo por cuanto a ello se opondrían muy sólidas razones operativas, que haría sencillamente inviable la tentativa de una instrumentación no uniforme de los derechos de implicación en la Sociedad anónima europea. La diversidad de modalidades, sea cual fuere el elemento de diferenciación, resulta incompatible con la naturaleza transnacional de la Sociedad anónima europea, con su condición de tipo societario propio".

¹³⁶⁵ En este sentido, la norma española, Ley 31/2006, establece en su artículo 13 una serie de normas supletorias, que se aplicarán en defecto de pacto en contrario contenido en el acuerdo de implicación. Así, 1.- el acuerdo se presumirá de vigencia indefinida; 2.- se podrá denunciar con un antelación mínima de seis meses, dentro de un periodo de 4 años en caso de que la vigencia sea indefinida; 3.- si vencido el plazo, no hubiera mediado denuncia, se entenderá prorrogado por un periodo igual al de su vigencia inicial; 4.- denunciado y vencido, se entenderá en vigor hasta que se alcance un nuevo acuerdo o se proceda a la aplicación de las disposiciones subsidiarias; 5.- si existe órgano de representación de los trabajadores, éste será la comisión negociadora para adoptar el nuevo acuerdo; si no existe, pues se optó por un procedimiento alternativo de información y consulta, se deberá constituir una comisión negociadora.

3.- participación interna o reconocimiento de derechos de participación/cogestión (apartado C).

A.- Participación externa institucionalizada en el órgano de representación laboral.- Las partes negociadoras, por indicación del artículo 4.2.b, deberían establecer la composición, el número de miembros y la distribución de los puestos en el “*órgano de representación laboral*”. Se prevé además que dicho órgano sea el interlocutor del órgano competente en la Sociedad anónima europea en punto a los derechos de información y consulta que pudieran reconocérsele. A su vez, el artículo 4.2.d establece que se establezca la frecuencia de las reuniones del órgano de representación, así como los recursos materiales y financieros que se le asignen. Como parámetros de regulación, las partes en la negociación pueden tomar como referencia las disposiciones previstas en el Anexo de la Directiva (*Supra, cap. 4º, apartados I.2.3.5 y I.4.3.3*).

B.- Participación externa informal o no institucionalizada o disposiciones sobre información y consulta.- Con respecto a la posibilidad de pactar un procedimiento de información y consulta alternativo a la creación de un órgano de representación laboral, el artículo 4.2.f prevé que se establezcan las “*modalidades de aplicación*” de tales procedimientos. Pocas precisiones contiene la Directiva con respecto a estos procedimientos alternativos, lo que da a entender, como señala la doctrina, que la norma muestra una preferencia porque la participación externa se institucionalice mediante la creación de un órgano representativo *ad hoc*¹³⁶⁶. Además, en caso de aplicación de las disposiciones de referencia (art. 7.2), ya se dijo que se ha de crear necesariamente un órgano de representación laboral, que incluso va a tener competencia para renegociar un acuerdo de implicación (Anexo Parte 1.g)¹³⁶⁷.

¹³⁶⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F., “El establecimiento de los derechos...”, cit., p. 9.

¹³⁶⁷ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La implicación de los trabajadores...”, cit., p. 9. Conforme a la Directiva (Anexo Parte 1.g) transcurridos 4 años desde la constitución del órgano de representación, éste deliberará sobre si deben entablarse negociaciones a tal efecto o si deben mantenerse vigentes las disposiciones de referencia. A diferencia, pues, del momento inicial, en que la decisión de no iniciar negociaciones conlleva el que no se apliquen las disposiciones de referencia, ahora la decisión de no entablar negociaciones no tiene esa consecuencia.

C.- Participación interna o reconocimiento de derechos de participación interna.- Si deciden establecer “*normas de participación*”, en el acuerdo de implicación, por indicación del artículo 4.2.g de la Directiva¹³⁶⁸, las partes deben establecer los aspectos sustanciales de dichas normas de participación interna, incluyéndose: el número de miembros de los órganos societarios que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a su designación, los procedimientos a seguir, así como los derechos de la representación laboral en dichos órganos¹³⁶⁹. Así, las partes son libres para bien atribuir derechos de participación interna al órgano de representación laboral, configurándolo, además de como órgano de información y consulta, también como instancia de elección o de designación de miembros laborales en los órganos societarios o como instancias de recomendación o de veto a la designación de parte o de todos los miembros de los órganos societarios. Las posibilidades son múltiples, dando cabida a diferentes modalidades según la estructura dual o monista que acoja una determinada Sociedad anónima europea -previstas en sus Estatutos en atención a la legislación del Estado miembro donde se domicilie la misma-, y pueden abarcan tanto sistemas de cogestión simple, como cogestión paritaria u otros sistemas, por ejemplo, un tercio accionistas, un tercio representantes de los trabajadores y un último tercio cooptados, es decir, elegidos por ambos. Si bien, habrá que estar a lo dispuesto en el Reglamento SE y especialmente en las normas de transposición del mismo, así como en los propios Estatutos de la Sociedad anónima europea, adoptados a su amparo, para atender a determinados aspectos. Entre éstos: la duración del mandato que no ha de exceder de 6 años (art. 46 del Reglamento SE); el deber

¹³⁶⁸ Art. 4.2.g Directiva SE 2001: “*En caso de que, durante las negociaciones, las partes decidan establecer normas de participación -el acuerdo de implicación deberá contener-, los aspectos sustanciales de dichas normas, “incluido en su caso, el número de miembros del órgano de administración o de control de la Sociedad anónima europea, que los trabajadores tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a su designación, los procedimientos a seguir por los trabajadores para elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de tales miembros, así como sus derechos”.*”

¹³⁶⁹ La única referencia en la norma con respecto a los derechos y obligaciones de los miembros de los órganos societarios en representación de los trabajadores, la encontramos en las disposiciones subsidiarias de la Directiva. (Parte 3.b, cuarto párrafo) que prevé que “*serán miembros de pleno derecho, con los mismos derechos y obligaciones que los miembros que representen a los accionistas, incluido el derecho de voto*”. Nada obsta, a salvo del respeto al principio antes-después, a establecer un tratamiento diferente.

de confidencialidad (art. 49 del Reglamento SE); y reglas sobre el quórum y la toma de decisiones en los órganos societarios (art. 50 del Reglamento SE).

Respecto del régimen de la participación interna negociada, como ya se señaló (*Supra*, cap. 4º, apartado 1.5.3.2), es muy importante que quede clara la situación participativa previa de las sociedades que pretenden constituirse en Sociedad anónima europea, incluyéndose el número concreto de puestos reservados a la representación laboral en los órganos societarios. Así, según lo dispuesto en el artículo 3.6 último párrafo de la Directiva¹³⁷⁰, en la Sociedad anónima europea constituida por transformación, en la que existiera ya, antes de transformarse, algún tipo de sistema de participación interna o cogestión, no será posible, ni por decisión de la comisión negociadora, mantener únicamente disposiciones sobre información y consulta y desechar las normas ya existentes en materia de derechos de participación interna. Con respecto al resto de modos de constitución de una Sociedad anónima europea que no sea por transformación, si en las sociedades participantes en dicha constitución se disfrutaran de determinados derechos de participación interna, la norma permite su supresión y obliga a que la misma, que puede ser total o parcial se haga mediante acuerdo cualificado o reforzado de la comisión negociadora, si se trata de un supuesto de reducción de un determinado nivel relevante de participación interna, establecido por la norma en los términos siguientes: a.- en el caso de una Sociedad anónima europea constituida mediante fusión, si la participación afecta al menos al 25 por 100 del número total de trabajadores de las sociedades participantes -que han de ser al menos dos sociedades anónimas-; y b.- en el caso de una Sociedad anónima europea constituida mediante creación de una

¹³⁷⁰ Art. 3.6 Directiva SE 2001: “La comisión negociadora podrá decidir, por la mayoría prevista más adelante, no iniciar negociaciones o terminar las negociaciones ya iniciadas y basarse en las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la Sociedad anónima europea tenga trabajadores. Dicha decisión pondrá fin al procedimiento destinado a la adopción del acuerdo previsto en el artículo 4. Cuando se haya tomado dicha decisión, no se aplicará ninguna de las disposiciones del anexo. La mayoría necesaria para decidir que no se inicien o que se terminen unas negociaciones será la de 2/3 de miembros que representen al menos a dos tercios de los trabajadores, incluidos los votos de miembros que representen a trabajadores de al menos dos Estados miembros. En el caso de una Sociedad anónima europea constituida mediante transformación, no será aplicable lo dispuesto en el presente apartado cuando exista participación en la empresa que vaya a transformarse”.

sociedad *holding* o de una filial, si la participación afecta al menos al 50 por 100 del número total de trabajadores de las sociedades participantes.

III.- TUTELA DE LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS

1.- Remisión general a las normativas internas.- Las tres normas participativas objeto de estudio, Directiva marco 2002, Directiva CEU 2009 y Directiva SE 2001, disponen con carácter general que es competencia de los Estados miembros determinar en sus respectivas normas nacionales de transposición los mecanismos adecuados para garantizar el cumplimiento de la normativa. Dicha remisión general responde a la existencia de una gran variedad de sistemas de protección y tutela de los derechos laborales en los Estados miembros y, también, a la ausencia de un marco común en el plano comunitario, que sigue siendo una materia objeto de debate. Como señala BERCUSSON, debido a que las tradiciones jurídicas están muy arraigadas en los Estados miembros, los mecanismos para exigir el cumplimiento de la normativa laboral europea (*enforcement mechanisms*) no pueden ser un producto autónomo. Existen numerosas diferencias entre los tres mecanismos existentes: tutela administrativa, judicial y mecanismos de relaciones laborales. En cada sistema nacional estos mecanismos interactúan de forma distinta y se solapan de forma diferente¹³⁷¹.

Las Directivas participativas, la Directiva marco 2002 (art. 8.1)¹³⁷², la Directiva CEU 2009 (art. 11.2)¹³⁷³, y de la Directiva SE 2001 (art. 12.2)¹³⁷⁴,

¹³⁷¹ BERCUSSON, B., *European Labour Law*, 2º ed.,...cit., p. 403.

¹³⁷² Art. 8.1 Directiva marco 2002: “Los Estados miembros establecerán las medidas adecuadas en caso de incumplimiento de la presente Directiva por parte del empresario o de los representantes de los trabajadores. En particular, garantizarán que existan procedimientos administrativos o judiciales adecuados para hacer respetar las obligaciones derivadas de la presente Directiva”.

¹³⁷³ Art. 11.2 Directiva CEU 2009: “Los Estados miembros preverán medidas adecuadas en caso de incumplimiento de la presente Directiva, y en particular, velarán por la existencia de procedimientos administrativos o judiciales adecuados que permitan la ejecución de las obligaciones derivadas de la presente Directiva”.

¹³⁷⁴ Art. 12.2 Directiva SE 2001: “Los Estados miembros preverán medidas adecuadas para el caso de incumplimiento de la presente Directiva; en particular, velarán por la existencia de

establecen que es competencia de los Estados miembros “establecer las medidas adecuadas” para atender al incumplimiento de las obligaciones previstas en la normativa, tanto “por parte del empresario o de los trabajadores” social. Entre estas medidas, los Estados miembros han de garantizar “en particular” que existan “procedimientos administrativos o judiciales” adecuados. Únicamente la Directiva marco 2002 alude expresamente, en su artículo 8.2¹³⁷⁵, a la necesidad de que se establezca un régimen sancionador adecuado, en el que las sanciones deben ser “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, características mencionadas en la jurisprudencia del TJUE, en especial en las sentencias de 8 de junio de 1994 (Asuntos 382/92 y C 383/92)¹³⁷⁶, y que también fueron acogidas por el grupo de expertos de la Comisión que aconsejaba sobre la transposición a los ordenamientos internos de la derogada Directiva CEU de 1994.

Por lo demás, junto a la obligación general de los legisladores internos relativa al establecimiento de mecanismos de protección o tutela para asegurar el cumplimiento de las obligaciones empresariales y laborales que derivan de la normativa comunitaria, éstas normas se detienen, muy someramente, en la necesidad de que se establezcan medidas adecuadas en favor de los

procedimientos administrativos o judiciales adecuados que permitan la ejecución de las obligaciones derivadas de la presente Directiva”.

¹³⁷⁵ Art. 8.2 Directiva marco 2002: “Los Estados miembros establecerán las sanciones adecuadas aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva por el empresario o los representantes de los trabajadores. Estas sanciones deberán ser efectivas, proporcionales y disuasorias”.

¹³⁷⁶ Estos conocidos Asuntos se produjeron como consecuencia de sendos recursos interpuestos por la Comisión contra Reino Unido e Irlanda del norte por incumplimiento de las obligaciones de transposición de las entonces vigentes Directivas clásicas de 1975 y 1977. Entre los motivos del recurso figuraba la denuncia de la Comisión de la insuficiencia de las sanciones previstas en la norma inglesa, en la medida en que ésta establecía únicamente una indemnización por daños y perjuicios a los trabajadores cuando no se hubieran respetado las obligaciones de información y consulta. El TJCE declaró la insuficiencia de la sanción puesto que claramente no presentaba un carácter disuasorio y añadió que “cuando una Directiva no prevé sanciones específicas en caso de infracción de sus disposiciones o se remite en este punto a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, los Estados miembros, aunque conservan una facultad discrecional en cuanto a la elección de las sanciones, deben velar porque las infracciones de la normativa comunitaria sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo (considerando 55 de la STJCE de 8 de junio de 1994, Asunto C-382/92)”. HUERTAS BARTOLOMÉ, T., “Nuevas normas sobre diálogo social europeo...”, cit., pp. 137-8.

representantes de los trabajadores sometidos al deber de secreto y/o afectados por la dispensa empresarial en punto a la transmisión de informaciones muy sensibles. Como se dijo (*Supra, cap. 4º, apartado 1.3.4*), la Directiva marco 2002 (art. 6.3)¹³⁷⁷, la Directiva CEU 2009 (art. 11.3)¹³⁷⁸, y la Directiva SE 2001 (art. 8.4)¹³⁷⁹, establecen que los Estados miembros “preverán” mecanismos específicos, reconocidos a los representantes de los trabajadores, al objeto de asegurar su tutela efectiva en punto a una ilegítima imposición de límites a sus derechos de información. En los artículos citados se posibilita que los “recursos” puedan incluir “dispositivos de protección” del carácter confidencial de la información de que se trate, dando a entender que lo que interesa al legislador comunitario es que, de llegar a articularse mecanismos para asegurar la efectividad de los derechos participativos, al objeto de asegurar que no se imponen límites arbitrarios al ejercicio del derecho de información. Y, si tales asuntos llegaran a una fase procesal o de recurso, que se asegure que en dicho trámite no se lesione el carácter confidencial de la información empresarial. Es llamativa esta previsión por cuanto que, muy probablemente, lo que se va a sustanciar en dichos procesos será precisamente si dicha información es o no confidencial. Hubiera sido preferible, desde luego, que se hubieran establecido pautas concretas sobre el alcance y contenido del deber de secreto impuesto a los representantes de los trabajadores con respecto a las informaciones transmitidas que hubieran sido calificadas, discrecionalmente por la empresa,

¹³⁷⁷ Art. 6.3 Directiva marco 2002: “Sin perjuicio de los procedimientos nacionales existentes, los Estados miembros preverán recursos administrativos o judiciales en caso de que el empresario exija confidencialidad o no facilite información con arreglo a lo dispuesto en los apartados 1 y 2. Podrán establecer además procedimientos destinados a salvaguardar la confidencialidad de la información en cuestión”.

¹³⁷⁸ Art. 11.3 Directiva CEU 2009: “Los Estados miembros, al proceder a la aplicación del artículo 8, preverán las vías de recurso administrativo o judicial a las que podrán recurrir los representantes de los trabajadores cuando la dirección central exija confidencialidad o no facilite información conforme a lo previsto en el referido artículo 8. Estos procedimientos podrán incluir salvaguardias destinadas a mantener el carácter confidencial de la información de que se trate”.

¹³⁷⁹ Art. 8.4 Directiva SE 2001: “Los Estados miembros, al proceder a la aplicación de los apartados 1, 2 y 3, preverán los recursos administrativos o judiciales que puedan interponer los representantes de los trabajadores cuando el órgano de control o de administración de la Sociedad anónima europea o de una sociedad participante exija confidencialidad o no facilite información. Estos recursos podrán incluir dispositivos de protección del carácter confidencial de la información de que se trate”.

como confidenciales, aclarando, por ejemplo, los sujetos sobre los que recae¹³⁸⁰. Sobre todo, hubiera sido deseable que las Directivas estudiadas hubieran determinado con mayor claridad, no sólo el fundamento o justificación del derecho al secreto total sobre determinadas informaciones -o dispensa en la obligación empresarial de dar o transmitir las-, sino también cómo deben determinarse los “*criterios objetivos*” que menciona la normativa para justificar la mencionada dispensa empresarial. Como ya se dijo (*Supra*, cap. 4º, apartado 1.5.2.1), la interpretación sobre qué tipo de datos o informaciones pueden o no, por su transmisión a los representantes laborales, causar “*graves daños al funcionamiento*” de las empresas o “*perjudicarles*”, plantea numerosos e importantes interrogantes.

Es en esta materia, la protección de la información empresarial versus la libre circulación de la misma, donde se observa, con mayor intensidad, que, a causa de determinadas presiones políticas, principalmente de asociaciones patronales europeas y de determinados Estados europeos, se ha ido ampliando la protección de dichas informaciones o datos considerados confidenciales. El derecho de los sujetos empresariales a mantener en secreto lo que discrecionalmente pueden considerar confidencial -o lo que objetivamente pueden considerar que les perjudica-, se ha hecho con el paso del tiempo cada vez más contundente. Ello en un doble sentido: por un lado, en cuanto a la intensidad del deber de secreto impuesto a los representantes de los trabajadores, y por otro lado, en cuanto a los mecanismos de control de la clasificación de la información empresarial como confidencial o secreta. Con respecto al deber de secreto impuesto a los representantes de los trabajadores, éste ha pasado a ser concebido en el ámbito comunitario desde un simple deber de discreción, definido por ejemplo en la propuesta de Directiva Vredeling

¹³⁸⁰ Como se dijo (*Supra*, cap. 4º, apartado 1.5.1.2), en la Directiva marco 2002 la información confidencial puede transmitirse a los representantes de los trabajadores y a los expertos que les asistan y, a salvo de lo que disponga a contrario la norma nacional de transposición, esta información confidencial no puede transmitirse “*ni a los trabajadores, ni a terceros*”. Por el contrario, en las Directivas CEU 2009 y SE 2001, la información confidencial puede transmitirse a representantes de los trabajadores y también a los expertos pero se prevé en las normas citada que la información no puede transmitirse a terceros. Se omite el término trabajadores por lo que no queda claro si es posible, a contrario, transmitir la información confidencial a los trabajadores, o si los trabajadores son o no los terceros -en la relación jurídica entre el empleador y los representantes- a los que está vetada la transmisión de dicha información confidencial.

Richard de 1980 (*Supra, cap. 2º, apartado III.2.2*)¹³⁸¹, hasta configurarse en las vigentes Directivas participativas como un auténtico derecho empresarial al secreto de sus informaciones. Con respecto a los mecanismos de control frente a las actuaciones empresariales dirigidas a clasificar una determinada información como confidencial o secreta, parece constatable el hecho de que el legislador comunitario, obligado a superar posiciones enfrentadas, ha ido otorgando menor importancia a estos mecanismos de control. Las primeras propuestas normativas en materia participativa, en concreto la del Reglamento sobre la SE de 1970, regulaba un procedimiento arbitral obligatorio para la resolución de disputas¹³⁸², entre éstas las relativas al alcance del deber de sigilo. Posteriormente, la propuesta de Reglamento de SE de 1975, mantuvo el recurso al arbitraje y estableció a su vez que *“el CEU podía dirigirse a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se encuentre la dirección de la Sociedad anónima europea, al objeto de resolver discrepancias en torno a la calificación de secreta de una determinada información”* (art. 114). El recurso al procedimiento arbitral se mantuvo hasta la propuesta de Directiva CEU de 1991, desapareciendo en las versiones posteriores de esta Directiva.

2.- Retos pendientes.- La actual regulación comunitaria de los derechos participativos ha puesto de manifiesto la necesidad de adecuar los sistemas

¹³⁸¹ En la propuesta Vredeling-Richards de 1980, el deber de discreción se definía como el deber de los representantes a *“tener cuenta los intereses de la empresa si divulgan información a terceros”*. No se contemplaba en esta propuesta el concepto de la información confidencial como tal, si no que por el contrario, toda información debía ser susceptible de ser transmitida a los representantes de los trabajadores, existiendo un deber de ser consecuentes o discretos al hacer uso de la misma. En la propuesta modificada de 1983, se inicia la tendencia hacia la calificación de la información en términos de secreto o de confidencialidad. Así en esta propuesta normativa de 1983 se permite expresamente *“ocultar información calificada como secreta”* entendiendo por ésta *“toda información que pueda producir grave perjuicio para los intereses de la empresa o hacer fracasar sus proyectos”*.

¹³⁸² Disputas que pudieran surgir entre el Comité de empresa europeo y la dirección de la Sociedad anónima europea (art. 128) y entre el Comité de empresa europeo y los órganos representativos existentes en cada establecimiento nacional que integra la Sociedad anónima europea (art. 129). A su vez, el artículo 136 relativo a la resolución de disputas entre el Comité de empresa europeo de grupo y la dirección de la Sociedad anónima europea, entre el Comité de empresa europeo de grupo y los diferentes Comités de empresa europeos y/o entre el Comité de empresa europeo de grupo y los órganos representativos de ámbito nacional. Los miembros del órgano arbitral serán elegidos a partes iguales por el Comité de empresa europeo y por la dirección de la Sociedad anónima europea, y por el Comité de empresa europeo y los órganos de representación de ámbito nacional. Estaría presidido por un tercero imparcial (art. 128.2) y sus decisiones tendrían carácter vinculante para las partes (art. 128.4).

jurisdiccionales internos y sus regímenes de infracciones y sanciones administrativas. Las dos opciones o mecanismos que prevén las Directivas participativas para tutelar el cumplimiento de las obligaciones se refieren a la tutela administrativa y a la judicial. La normativa comunitaria no realiza referencia alguna a procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, denominados mecanismos de las relaciones laborales, lo que es llamativo, pues este tipo de mecanismos de arbitraje, conciliación y mediación entre los interlocutores sociales, con o sin la presencia de sujetos imparciales, se encuentra previsto en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y son práctica habitual en muchos de ellos¹³⁸³.

Con respecto al régimen de infracciones y sanciones, las vigentes Directivas participativas nada disponen en torno a la tipificación de las infracciones, ni en cuanto al contenido y alcance de las sanciones, a salvo de que éstas deben ser, por indicación del artículo 8.2 de la Directiva marco 2002, *“efectivas, proporcionadas y disuasorias”*. Dada la amplia variedad de sistemas y regímenes en los distintos Estados miembros, hubiera sido deseable que las Directivas hubieran establecido mayores pautas encaminadas a una homogeneización del régimen sancionador en el ámbito comunitario. Precisamente la adopción de la Directiva marco 2002 venía a evitar que se reprodujeran sucesos como el del cierre de la planta de Renault-Vilvoorde, conflicto originado principalmente porque la legislación francesa, en cumplimiento de la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos, no establecía iguales sanciones de nulidad que el convenio colectivo belga de transposición de la misma Directiva. Es desde luego criticable, en este sentido, que por indicación del Consejo -posición común aprobada en 23 de julio de 2001-, se eliminara, en contra del Dictamen del Parlamento Europeo a la propuesta de la Comisión en primera lectura, el precepto sancionador más interesante de la propuesta de Directiva marco de 1998, antecedente de la vigente Directiva marco sobre información y consulta aprobada en 2002. En concreto, el artículo

¹³⁸³ BERCUSSON, B., *European Labour Law*, 2^o ed., cit., p. 406. Cuanto más cercano esté el mecanismo de tutela, del legislador o creador del derecho a proteger, más efectivo ha de considerarse ese mecanismo. Así, las reglas o mecanismos que puedan alcanzarse mediante la negociación colectiva, más cercanas a aquellos obligados a cumplirlas, gozan de mayor nivel de efectividad.

7.3 de la propuesta de 1998¹³⁸⁴ preveía la no producción de efectos jurídicos -es decir, la nulidad- de las medidas empresariales que afectaran a la organización del trabajo o a los contratos de trabajo, en tanto en cuanto el empleador no hubiera cumplido sus obligaciones informativas y/o consultivas y, como consecuencia, la tipificación expresa como infracción grave tanto de la ausencia de información como de la retención de la misma y/o la expedición de informaciones inexactas, relativas a estas materias, es decir, decisiones que pueden provocar cambios en la organización del trabajo y en los contratos de trabajo¹³⁸⁵.

En cuanto a la adecuación de los sistemas jurisdiccionales internos, la adopción de la derogada Directiva CEU 1994, vino a suponer una importante novedad con respecto a la obligación de los Estados miembros de asegurar el cumplimiento, de ejecutar, las obligaciones previstas en la Directiva, con independencia de que el sujeto o los sujetos responsables, laborales o empresariales, estuvieran o no situados en su territorio nacional. En este sentido, tanto la Directiva CEU 2009 (art. 11.1)¹³⁸⁶ como a la Directiva SE 2001 (art. 12.1)¹³⁸⁷ prevén que se pueda responsabilizar a una dirección central, en el

¹³⁸⁴ Art. 7.3 de la propuesta de Directiva marco de 1998: *“Los Estados miembros preverán que, en caso de infracción grave por parte del empleador de las obligaciones de información y consulta sobre las decisiones contempladas en artículo 4.1.c (decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo), que tuvieran consecuencias directas e inmediatas en términos de modificación sustancial o de ruptura de los contratos o de las relaciones de trabajo, dichas decisiones no producirán efectos jurídicos en los contratos o en las relaciones de trabajo de los trabajadores afectados. La no producción de efectos jurídicos subsistirá en tanto en cuanto el empleador no haya cumplido sus obligaciones o, si ello resultara imposible, si no se ha establecido una reparación adecuada según las modalidades y los procedimientos que han de establecer los Estados miembros”.*

¹³⁸⁵ Art 7.3 de la propuesta de Directiva marco de 1998 *in fine*: *“(..) se considerará infracción grave, según lo dispuesto en los párrafos anteriores: a) la ausencia total de información y/o consulta de los representantes de los trabajadores antes de la toma de decisión o del anuncio público de ésta, o bien b) la retención de informaciones importantes o la expedición de informaciones inexactas que tengan como resultado hacer inefectivo el ejercicio del derecho a la información y a la consulta”.*

¹³⁸⁶ Art. 11.1 Directiva CEU 2009: *“1.- Cada Estado miembro velará por que la dirección de los establecimientos de una empresa de dimensión comunitaria y la dirección de las empresas pertenecientes a un grupo de empresas de dimensión establecidos 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”.*

¹³⁸⁷ Art. 12.1 Directiva SE 2001: *“1.- Cada Estado miembro velará por que la dirección de los establecimientos de una Sociedad anónima europea y los órganos de control o administración de sus filiales y de las sociedades participantes establecidos en su territorio y los representantes*

supuesto de la Directiva CEU, o a una dirección empresarial o a un órgano competente de la Sociedad anónima europea en la Directiva SE, y a sus trabajadores o a los representantes de los mismos, se encuentren o no situados en su territorio nacional. Así, se obliga a la normativa nacional a tener un carácter transnacional, a tutelar la aplicación del derecho más allá de sus fronteras con la finalidad de ir configurando un nuevo espacio jurídico común comunitario¹³⁸⁸. Como se señaló (*Supra, cap. 1º, apartado V.4.2*), la evolución y problemática que plantea la protección multinivel de los derechos fundamentales -plano internacional, comunitario y nacional-, fruto del irregular proceso seguido en la construcción europea, no es suficiente para tutelar las situaciones que genera la globalización económica¹³⁸⁹. Es por ello que, presumiblemente, los mayores avances en punto a la tutela jurisdiccional de derechos sociales colectivos deben esperarse de los propios ordenamientos internos, y de la evolución futura del derecho internacional privado¹³⁹⁰.

de los trabajadores o, en su caso, los propios trabajadores, cumplan las obligaciones establecidas en la presente Directiva, independientemente de que la Sociedad anónima europea tenga registrada o no su sede social en su territorio”.

¹³⁸⁸ CASAS BAAMONDE, M. E., “Dimensión transnacional...”, cit., p. 2.

¹³⁸⁹ LEE, V. y VIVARELL, M., “Impacto social de la globalización en los países de desarrollo”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 125, 2006, pp. 187-206; SABIDO RODRÍGUEZ, M., “Algunas cuestiones que plantea en Derecho Internacional Privado la tutela de los trabajadores afectados por reestructuraciones de empresas”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2010, vol. 2, nº 1, pp. 233-260.

¹³⁹⁰ El Reglamento (CE) 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), ha sido sustituido por el Reglamento (CE) 1215/2012, que será aplicable a partir del 10 de enero de 2015, con la excepción de sus artículos 75 y 76, que serán de aplicación a partir del 10 de enero de 2014. Entre las medidas adoptadas en el nuevo Reglamento 1215/2012, destaca, en primer lugar, la supresión del *exequátur*, previo a la ejecución, de modo que las resoluciones ejecutivas dictadas en cualquiera de los Estados miembros tendrán automáticamente fuerza ejecutiva en los demás, sin necesidad de procedimiento especial alguno de reconocimiento, salvaguardándose en todo caso los derechos de defensa del ejecutado. Se pretende así facilitar en mayor medida la libre circulación de las resoluciones judiciales y mejorar el acceso a la justicia en virtud del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil, sin merma de las garantías de los justiciables. Asimismo, se adoptan otras medidas como la extensión de las normas de jurisdicción a asuntos cuyos demandados estén domiciliados en terceros países, en materia de consumidores y trabajadores, así como en los casos de competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y cuando exista cláusula de sumisión expresa. Finalmente, destaca el fortalecimiento de los acuerdos de elección del foro, dándose prioridad al tribunal designado en el acuerdo para decidir sobre su competencia, independientemente de si se le somete el asunto en primer o segundo lugar. Información de la página web de GARRIGUES.

Tres son seguramente los retos pendientes en el plano comunitario:

Primero.- Acceder a los sujetos empresariales responsables de las obligaciones participativas, en el sentido de poder sustanciar por la vía laboral una responsabilidad del administrador societario ante el incumplimiento de obligaciones de información. En este sentido, en línea con las mayores exigencias que se reclaman en punto a la transparencia informativa de las empresas y al buen gobierno corporativo, si las informaciones que interesan a los representantes de los trabajadores proceden necesariamente del máximo órgano de gestión y de administración de una sociedad es por ello que, salvo en los casos en los que se acojan derechos de participación interna, son los administradores societarios los últimos responsables, dentro de una cadena de mando empresarial, en la efectiva transmisión de las informaciones y del contenido de las mismas¹³⁹¹. Y no es lo mismo transmitir información sobre el índice de absentismo o sobre la introducción de un nuevo plan estratégico, que informaciones de carácter económico-financiero en las que se apoyan las más importantes decisiones que acompañan a planes de negocio con repercusiones directas en el volumen de empleo, reestructuraciones de plantilla, traslados y/o despidos.

Segundo.- Asegurar el acceso de las representaciones laborales y sindicales a los mecanismos judiciales de tutela y protección de los derechos

¹³⁹¹ En el marco de la “Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial en la Unión Europea: un plan para avanzar”, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 21.5.2003, COM (2003) 284 final, p. 19, el grupo de alto nivel formuló determinadas recomendaciones destinadas a aumentar la responsabilidad de los administradores: 1.- introducción de un derecho de investigación especial, en virtud del cual los accionistas que posean un determinado porcentaje del capital social tendrían derecho a solicitar a una autoridad judicial o administrativa que autorice una investigación especial sobre los asuntos de la sociedad; 2.- elaboración de una norma sobre la negligencia sancionable en virtud de la cual los administradores serían personalmente responsables de las consecuencias de la quiebra de una sociedad; 3.- imposición de la prohibición de ejercer el cargo de administrador en la Unión para sancionar la provisión de información engañosa, financiera o de otro tipo y de otras formas perjudiciales por parte de los administradores. La Comisión es favorable a estas sugerencias, que precisan un análisis más profundo antes de su aplicación. Tenía intención -en 2003- de presentar una propuesta de Directiva a medio plazo sobre este asunto. En la propuesta de Reglamento sobre la Sociedad privada europea de 2008, COM (2008) 396 final, se prevé sin embargo que la responsabilidad de los administradores societarios será competencia de las legislaciones internas (art. 31.4).

participativos. En concreto, es necesario que se garantice el acceso de los interlocutores sociales al TJUE, como solicitantes privilegiados¹³⁹².

Tercero.- Promover el desarrollo de mecanismos de tutela extrajudiciales o mecanismos de las relaciones laborales a nivel comunitario, que permita a los propios interlocutores sociales la resolución de sus disputas sobre la interpretación de sus acuerdos y sobre la aplicación de la normativa comunitaria¹³⁹³.

¹³⁹² JACOBS, A., "La Concertación social...", cit., pp. 374-9. El vigente art. 263 TFUE sobre el recurso de anulación, prevé que toda persona física o jurídica puede interponer este recurso pero exige que el acto en cuestión le afecte directa e individualmente. En este sentido, el acceso al TJUE se limita en gran medida a las Instituciones de la Unión y a los Estados miembros.

¹³⁹³ BERCUSSON, B., *European Labour Law*, 2º ed.,. cit., pp. 496-518. En 1991 este autor propuso el establecimiento de un Tribunal europeo especializado en derechos sociales fundamentales y derechos económicos. Posteriormente, apoyándose en HARLOW, C., "Towards a Theory of Access for the European Court of Justice" (1992), *Yearbook of European Law*, 213, defendía el establecimiento de una Sala social en el TJUE o bien una mayor institucionalización de un sistema de resolución extrajudicial de conflictos colectivos dirigido por y para los interlocutores sociales.

CONCLUSIONES.-

PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LA ACTUACIÓN COMUNITARIA EN MATERIA PARTICIPATIVA

1.- La participación de los trabajadores en la empresa: un debate comunitario aparentemente cerrado.- Con la adopción de las tres Directivas que se han analizado, la Directiva marco 2002, la Directiva CEU 2009 y la Directiva SE 2001, parece haberse satisfecho la necesidad de atender o de resolver el imperativo democrático en el ámbito comunitario, o necesidad de que los trabajadores participen de alguna manera en los procesos de la toma de decisiones en las empresas para las que trabajan¹³⁹⁴. A pesar de que en el propio articulado de las normas participativas está prevista su revisión en determinados plazos temporales, no parece que dichas revisiones vayan a conducir a una futura modificación de la normativa participativa actualmente en vigor. La impresión general es que el debate sobre la participación de los trabajadores en la empresa en el ámbito comunitario es un debate cerrado, finalizado.

La realidad de la situación económica actual está teniendo como consecuencia que los países de la zona euro dirijan su atención, prioritariamente, hacia la consecución de una mayor integración económica, buscándose una mayor coordinación de las políticas nacionales con el objeto de lograr una mayor integración bancaria y fiscal y el control europeo de las políticas monetarias. Sin embargo, a partir de las reformas operadas en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa, se produce la paradoja de la existencia de un proceso paralelo de reafirmación de los poderes de los Estados miembros frente al de las Instituciones comunitarias. Así, las modificaciones que se han introducido en el método comunitario¹³⁹⁵ y en el funcionamiento y competencias de las Instituciones comunitarias han afectado en gran medida a la capacidad de iniciativa legislativa de la Comisión Europea (*Supra*, cap. 1º, apartado IV.2). Señalan los observadores que se percibe, en este sentido, un importante euro-

¹³⁹⁴ El término imperativo democrático fue acuñado en 1975. "Employee participation and company structure", Boletín CEE, Suplemento 8/75, p. 9, citado por LORD WEDDERBURN, "Participación obrera, Negociación colectiva y sociedad europea", Revista de Treball nº 16, 1991, p. 58.

¹³⁹⁵ En el método comunitario impera un sistema de equilibrio institucional denominado *checks and balances* o controles mutuos. Sobre las características del mismo, GIL IBÁÑEZ, A., *La convención sobre el futuro de la Unión Europea. Horizonte 2004*, Instituto de Estudios Europeos, Universidad CEU-San Pablo, Madrid, julio, 2002. Según el Tribunal de Justicia comunitario, asunto C-70/88, Parlamento Europeo contra Consejo, 1990, Rec. I-2041 a I-2075, consid. 21-22, p. I2072: "cada Institución está obligada a ejercer sus poderes con el debido respeto a los poderes y competencias de otras áreas".

desencanto, euro-escepticismo o pesimismo acerca de la Unión Europea, sentimiento que se había hecho ya evidente en el pasado, por ejemplo, durante los debates que tuvieron lugar en el proceso de elaboración del fracasado Tratado Constitucional de 2004 y, posteriormente en mayor medida, durante las negociaciones que desembocaron en la adopción del vigente Tratado de Lisboa en 2007. Que el debate sobre la participación de los trabajadores en las empresa sea concebido como un debate cerrado, se apoya sin duda en las consecuencias que la reforma operada por el Tratado de Lisboa ha supuesto en el acervo social comunitario en general, y en la configuración de un estándar común europeo en materia social colectiva, en particular (*Supra, cap. 1º, apartado V.5*). Puede afirmarse que, en el momento actual, y en el ámbito de la Unión, a la vista del estudio de recientes documentos comunitarios se aprecia que no se pretende profundizar en materia participativa. Ello no obstante, interesa evaluar en profundidad, en las páginas que siguen, el progreso obtenido hasta la fecha, con especial atención a una posible revalorización de la modalidad de la participación interna, así como abordar las razones y los obstáculos o impedimentos que seguramente están condicionando un mayor avance en materia participativa en el ámbito comunitario. A partir de estas consideraciones, vistas las evaluaciones de la normativa actual realizadas hasta la fecha por la Comisión Europea y los expertos, se presentarán determinadas recomendaciones finales de cara a una deseable reapertura del necesario debate participativo en el ámbito comunitario.

2.- Progreso obtenido hasta la fecha en materia participativa en el ámbito comunitario.- La adopción de las Directivas participativas vigentes, a pesar de sus limitaciones y de la necesidad de promover la revisión de muchas de sus disposiciones, han contribuido tanto a afianzar y mejorar las regulaciones sociales internas en esta materia como a profundizar en el desarrollo, aun parcial, de una dimensión europea de las relaciones laborales. La adopción de la Directiva marco 2002 supuso la modificación de determinadas regulaciones internas sobre los derechos de información y de consulta de los trabajadores, principalmente en aquéllos Estados miembros con menor tradición en sistemas de representación institucionalizada, como Reino Unido e Irlanda, así como en los Estados de reciente incorporación a la Unión como los países del centro y este de Europa que presentaban, en el momento de su integración en la Unión

Europea, diferentes estructuras y prácticas empresariales y distintos desarrollos en sus sistemas políticos democráticos. Esta Directiva marco 2002 se constituye como referencia base en la medida que define conceptos básicos como el de “*empresa*”, “*centro de trabajo*”, “*trabajador*”, “*información*” y “*consulta*”, entre otros. Lo más positivo de la regulación de la Directiva marco 2002 lo constituye una relación de los distintos tipos de materias objeto de los derechos de información y consulta -situación económica, empleo y cambios en la organización del trabajo y en los contratos de trabajo-, haciéndose hincapié en que los derechos de información y consulta deben ejercitarse con carácter previo o preventivo, antes de que se produzcan los cambios que puedan afectar a los trabajadores. El derecho de consulta se despliega en una doble vertiente: 1.- la **consulta-preventiva** que da lugar a la emisión de un dictamen acerca de las informaciones que se transmitan a los representantes de los trabajadores sobre la situación económica y el empleo en la empresa; y 2.- la **consulta-negociación**, “*con el fin de llegar a un acuerdo*¹³⁹⁶”, sobre decisiones empresariales que pudieran provocar cambios sustanciales en la organización y en los contratos de trabajo, manteniendo en todo caso las prerrogativas empresariales sobre las mismas (*Supra, cap. 4º, apartado I.4.1.2*). Con todo, ya se ha señalado que los amplios márgenes de disponibilidad que otorga la norma, tanto a las partes sociales y empresariales, como a los legisladores internos, ha tenido como consecuencia que no pueda asegurarse un marco mínimo general de aplicación obligatoria. Se constata que la norma carece de regulaciones adecuadas, lo que permite dudar de su eficacia en aspectos tan sustanciales como los límites a los derechos de información y la tutela efectiva de los derechos participativos. No obstante, ha de considerarse que la adopción de la misma ha contribuido de forma positiva en las relaciones laborales a nivel de empresa; al menos ha concienciado a las partes social y empresarial y a los actores políticos sobre la importancia de limitar, o al menos controlar, el ejercicio de los poderes o potestades empresariales en favor de las representaciones laborales. Máxime a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y del reconocimiento de los derechos de información y consulta a los trabajadores como derechos fundamentales de la Unión Europea en el artículo 27 de la Carta

¹³⁹⁶ Art. 4.4.e Directiva Marco 2002.

de Derechos Fundamentales el que, a pesar de sus enormes limitaciones, ha dotado de actualidad a los derechos participativos, con la excepción del derecho a la participación interna (*Supra, cap. 3º, apartado I.1.3*).

No obstante lo anterior, no puede obviarse que la aprobación de la Directivas clásicas o de mercado interior de 1975 y 1977 relativas a la protección de los derechos de los trabajadores en los supuestos de despidos colectivos y de transmisión de empresas, y sus posteriores modificaciones e interpretaciones judiciales, provocaron un mayor impacto y suponen mejoras relevantes en las regulaciones de los Estados miembros, en comparación con la posterior adopción de la Directiva marco 2002. Obviamente la mayor trascendencia de las Directivas clásicas respondía, tanto al estado de consolidación del mercado interior, que requería de dichas intervenciones tempranas del legislador comunitario para asegurar la libre competencia entre las empresas europeas en el mismo, como también del paulatino proceso de desarrollo y consolidación del Derecho del Trabajo en los diferentes países de la Unión. Es apreciable que estas Directivas del mercado interior, que fueron fruto de la técnica de armonización plena de las legislaciones internas, contienen preceptos más precisos y reconocen derechos y obligaciones más concretos que la Directiva marco 2002, asegurando, sin duda, determinados niveles mínimos de referencia en mayor medida que esta Directiva marco aprobada en 2002.

Con respecto a la normativa participativa de ámbito transnacional, ya se comentó la desmedida expectación que causó la aprobación de la derogada Directiva sobre comités de empresa europeos de 1994 (*Supra, cap. 2º, apartado IV.4.*), considerada “uno de los logros de mayor alcance del derecho social comunitario¹³⁹⁷”. Dadas las diversas propuestas normativas que se sucedieron desde los años ochenta y que fueron rechazadas por los Estados miembros, su aprobación puede considerarse en sí misma un éxito. No deben olvidarse, sin embargo, algunas de sus características más problemáticas: su adopción a once Estados miembros, con exclusión del Reino Unido; la reducción general de los niveles de obligatoriedad y de exigencia con respecto a la parte empresarial en

¹³⁹⁷ SÁEZ LARA, C., “La Directiva sobre 94/45 sobre el Comité de empresa europeo y su transposición al derecho español”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 78 julio/agosto, 1996, p. 621.

comparación con las propuestas anteriores¹³⁹⁸; el famoso artículo 13 de la norma que permitía dotar de fuerza jurídica a los acuerdos celebrados con carácter voluntario con anterioridad a la entrada en vigor de la norma¹³⁹⁹, entre otros aspectos. Las modificaciones que se acogieron en la derogada Directiva CEU de 1994, con respecto a lo dispuesto en la anterior propuesta de 1991, tuvieron como finalidad, bien acoger determinadas reivindicaciones provenientes de organizaciones empresariales y/o de Estados miembros como el Reino Unido, relativas principalmente bien a reducir su ámbito de aplicación y a otorgar mayor protección a las informaciones empresariales, bien a otorgar un mayor protagonismo a una *sui generis* autonomía colectiva, frente al que se delega a la normativa nacional. En el plano comunitario, dada la ausencia de un estándar común europeo en materia social colectiva, las partes social y empresarial no se encuentran en un situación paritaria o de igualdad a la hora de ejercitar su potestad de autorregulación o autonomía colectiva (*Supra, cap. 1º, apartado V.5*). En la mayoría de los Estados miembros y en el plano del Derecho internacional, la parte social ha estado tradicionalmente respaldada por el reconocimiento de derechos laborales colectivos, como el derecho de libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva, y el derecho a adoptar medidas de conflicto, como la huelga. Por el contrario, en el ámbito comunitario se ha promovido un mayor protagonismo de la autonomía colectiva, sin reconocerse previamente dichos derechos, que son necesarios y fundamentales para asegurar la igualdad de las partes a la hora de negociar y a la hora de exigir el cumplimiento de las obligaciones que pudieran surgir de dicha negociación. El panorama futuro no es, desde luego, demasiado alentador. Por un lado, la reforma operada en la normativa de 1994 con la adopción de la Directiva CEU

¹³⁹⁸ Como recordaba RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M., "Información a los trabajadores a nivel transnacional comunitario: el modelo negocial", cit., p. 4: En el seno del Parlamento Europeo sólo contó con el voto en contra del grupo de LE PEN..(..) es una propuesta menos ambiciosa en sus objetivos y más limitada en sus contenidos que la propuesta sobre comités de empresa europeos anterior.

¹³⁹⁹ En virtud de lo dispuesto en el artículo 13, se podían dar por válidos o legitimar, cualquier acuerdo sobre participación de los trabajadores en la empresa suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la norma, denominados acuerdo pre-directiva, y también aquéllos suscritos hasta la fecha límite de transposición o incorporación de la Directiva en los ordenamientos internos, es decir, el 22 de septiembre de 1996. La legitimación de estos acuerdos exigía únicamente que el acuerdo fuera "*aplicable al conjunto de los trabajadores*" y que previera "*información y consulta transnacionales a los trabajadores*".

2009, si bien ha modificado algunos aspectos de la regulación, no ha resuelto, ni de lejos, los principales problemas de aplicación y de tutela de la derogada Directiva CEU 1994 (*Infra, conclusiones, apartado 5*). Por otro lado, tampoco las reformas introducidas en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa de 2007 han supuesto modificaciones con respecto a la situación anterior a dicha reforma: ni el reconocimiento de la consideración de los derechos sociales colectivos mencionados como Derechos Fundamentales en la Carta que ahora adquiere “*el mismo valor jurídico que los Tratados*” (*art. 6.1 TUE*), ni una futura adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derecho Humanos (*Supra, cap. 1º, apartado IV.4.2*) han contribuido a determinar los contenidos esenciales de estos derechos, ni a articular mayores o mejores mecanismos de protección o tutela de los mismos. Ahora bien, asumidas las grandes limitaciones de la reforma operada por el Tratado de Lisboa, y de la nueva regulación prevista en la Directiva CEU 2009, no han de despreciarse determinados aspectos positivos de estos procesos: la propia adopción de la Directiva CEU 1994 puso de manifiesto el hecho de que los procedimientos de información y consulta reconocidos en los niveles internos no eran ni suficientes ni adecuados para garantizar el ejercicio de estos derechos en empresas de ámbito transnacional. A su vez, la norma obligaba a los legisladores internos a enfrentarse al fenómeno de los grupos de empresa en el plano socio-laboral. Además, las laboriosas tareas de incorporación de la norma en los ordenamientos internos supuso de nuevo la toma en consideración, por todos los actores sociales, de la existencia y de la necesidad de atender a un nuevo nivel o ámbito de relación entre las partes sociales y empresariales, el ámbito comunitario, afectando a la relaciones de poder o dialéctica entre los actores y al papel que deseaban, o se les permitía, jugar en el diseño y configuración del sistema de relaciones laborales en el ámbito comunitario.

La regulación sobre la Sociedad anónima europea adoptada en 2001, después de 30 años de propuestas, estudios y debates, es sin duda uno de los mayores experimentos de ingeniería jurídica que se ha producido en el ámbito normativo de la Unión, desde luego el más significativo que se ha realizado en los planos de los derechos social y societario comunitarios y con la peculiaridad de que afecta a ambos planos de forma conjunta. La enorme complejidad que

presenta esta normativa, reconocida por la propia Comisión Europea¹⁴⁰⁰, tuvo como resultado que únicamente seis Estados miembros estuvieran en disposición de adaptar sus legislaciones internas a la nueva normativa en el plazo de transposición que exigía la norma, el 8 de octubre de 2004. Los sucesivos retrasos en la adopción de las normas internas significaron que la normativa sobre la Sociedad anónima europea no pudiera aplicarse hasta 2007. Desde entonces se han creado poco más de quinientas Sociedades anónimas europeas y de ellas cerca del 70 por 100 en la República Checa y en Alemania¹⁴⁰¹. Es muy significativo el hecho de que la mayoría de estas empresas lo han hecho como sociedades tenedoras de acciones, es decir, que no tienen empleados y por tanto las complicadísimas normas sobre la implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea carecen de aplicación. Algunos autores mercantilistas han señalado que el experimento de la Sociedad anónima europea puede considerarse un fracaso¹⁴⁰², principalmente, como ya se argumentó (*Supra*, cap. 2º, apartado V.2.3), porque la posterior adopción de la 10ª Directiva, Directiva 2005/56/CE sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, junto con la previsible adopción futura de la 14ª Directiva relativa al traslado transfronterizo del domicilio social¹⁴⁰³ y la no tan clara aprobación de un Estatuto futuro sobre la Sociedad privada europea, reducen de manera significativa las bondades predicadas de la normativa sobre la Sociedad anónima europea. Entre ellas: constituir filiales en otros Estados miembros y trasladar el domicilio social de uno a otro Estado miembro sin perder su

¹⁴⁰⁰ Comunicación de la Comisión sobre el re-examen de la Directiva 2001/86, de 30.9.2008, COM (2008) 591 final, p. 9.

¹⁴⁰¹ Puede verse un listado actualizado en la web workerparticipation.eu. Afirma la doctrina que determinadas empresas alemanas podrían haber utilizado la normativa sobre la Sociedad anónima europea para evadirse de la aplicación de las Leyes de cogestión existentes en dicho país. Por ejemplo, una empresa con menos de 500 trabajadores, en principio no sujeta a las normas de cogestión, podría reconvertirse en Sociedad anónima europea y evitar, posteriormente, al alcanzar un umbral superior a los 500 trabajadores, la aplicación de dichas normas alemanas. EIDENMÜLLER, H., ENGERT, A. y HORNUF, L., "The Societas Europea: Good news for European Firms", European Corporate Governance Institute (ECGI), University of Munich, Law working paper nº 127/2009, July 2009, p. 19.

¹⁴⁰² ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "El informe sobre la Sociedad Anónima Europea", 2 de febrero de 2011, publicado en la página web derechomercatiles.es.blogspot.com.

¹⁴⁰³ Sobre el estado de esta cuestión puede verse el texto presentado en 2012, A7-0008/2012 y la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012, con Recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la decimocuarta Directiva sobre el Derecho de sociedades referente al traslado transfronterizo del domicilio social de las empresas (2011/2046 INI).

personalidad jurídica, disfrutando plenamente de la libertad de establecimiento en el ámbito comunitario. Con todo, desde el punto de vista laboral, la adopción de una regulación de carácter transnacional que define y regula la participación interna de los trabajadores, a través de sus representantes, en los órganos internos de las sociedades, es decir, en los máximos órganos de control y de dirección de las sociedades, tiene un enorme significado, más allá de las propias limitaciones y dificultades que pueden predicarse del régimen jurídico concreto de la Sociedad anónima europea aprobado en 2001.

3.- La revalorización de la participación interna a la vista del modelo alemán de relaciones laborales.- La situación económica actual es el escenario perfecto para que se re-examinen las prioridades de la agenda comunitaria y para que se re-planteen los objetivos de política social. Es en este contexto donde deben recobrar actualidad los minuciosos debates y planteamientos que se fueron sucediendo en el ámbito comunitario y en los Estados miembros en torno al sistema o modelo de participación de los trabajadores que se desea promover en el ámbito de las empresas. Ha de valorarse, en este sentido, el experimento de la normativa sobre la Sociedad anónima europea y la regulación sobre la participación interna que en ella se contiene, cuyo origen, ya se dijo, se encontraba claramente en el sistema alemán de relaciones laborales (*Supra, cap. 2º, apartado II.3*).

Sin perjuicio de las mejoras puntuales que pudieran realizarse en las normas comunitarias participativas actualmente en vigor, que de hecho se han realizado por la Comisión durante los años 2000 y cuyas propuestas serán presentadas en el apartado correspondiente (*Infra, conclusiones, apartado 5*), ha de llamarse la atención sobre la necesidad de revalorizar la figura del representante de los trabajadores, en general, y la de su presencia en los órganos internos societarios, en particular. Máxime se requiere dicha revalorización en los tiempos actuales, en los que esta figura está sufriendo una campaña de desprestigio, principalmente en determinados Estados miembros donde las funciones políticas son en ocasiones confundidas con las funciones representativas, deslegitimando dicha presencia laboral en los órganos internos societarios; a la par que la situación económica y social que experimentan los

países del euro, y en especial los denominados PIGS¹⁴⁰⁴, está generando un rechazo, altamente llamativo por producirse precisamente y en mayor medida en estos países, hacia la institución de la representación colectiva en la empresa y hacia los derechos sociales colectivos de los representantes de los trabajadores. Para muchos, precisamente la situación económica negativa es la que justifica y legitima que se ajusten dichos derechos por el mayor coste que erróneamente se les atribuye. Las Instituciones comunitarias mientras tanto, miran hacia otro lado. ¿Qué ha ocurrido en estos cuarenta años, desde 1974 hasta 2014, con aquellos grandes objetivos prioritarios de política social comunitaria que unánimemente defendían los entonces grandes Estados de la Comunidad Económica Europea: 1.- “la realización del pleno empleo”; 2.- “la mejora de las condiciones de vida y de trabajo”; y 3.- “la creciente participación de los trabajadores en las empresas y de los actores sociales en las decisiones económicas y sociales de la Comunidad”¹⁴⁰⁵?

Así, en cuanto a una “creciente participación de los trabajadores en las empresas”, el régimen o modelo de referencia podría ser uno muy similar al diseñado a finales de la década de los años sesenta por el profesor SANDERS y otros¹⁴⁰⁶, cuyas notas principales se contenían en aquella primera propuesta de Reglamento sobre la Sociedad anónima europea de 1970 (*Supra*, cap. 2º, apartado III.1.1). A grandes problemas, grandes soluciones. Como se dijo, el contenido de esta propuesta normativa de 1970 era muy amplio, 284 artículos, y muy ambicioso. Fue rechazado seguramente por presentar un modelo

¹⁴⁰⁴ Portugal, Italy, Greece y Spain.

¹⁴⁰⁵ Objetivos previstos en el primer Programa de acción social de la Comunidad Económica Europea de 1974 (*Supra*, cap. 1º, apartado I.3). La decisión política que originó la elaboración de este Programa fue tomada en una reunión mantenida en París, en 1972, por los jefes de Estado y de gobierno de la entonces Comunidad Económica Europea. Precisamente en dicho año, 1972, se incorporan a la misma tres países, Dinamarca, Irlanda y Reino Unido, que vienen a sumar nueve junto a los originales seis miembros de la Comunidad Económica Europea - Benelux, Italia, Alemania y Francia-. En esta reunión de 1972 se afirmaba que “una acción vigorosa en el ámbito social reviste para nosotros de la misma importancia que la realización de la unión económica y monetaria”.

¹⁴⁰⁶ Sobre los proyectos sobre la regulación de la Sociedad anónima europea de SANDERS, P. de 1967 y LYON CAEN, A. de 1969, ESTEBAN VELASCO, G., *Participación de los trabajadores en la empresa...*, cit., pp. 73-4; MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA-DUEÑAS, A., *La Sociedad Europea...*, cit., pp. 9-23; DUPRAT, D. A., *La Societas Europaea: Origen y desarrollo del Estatuto de la Sociedad Anónima europea*, Platense, 2004.

excesivamente avanzado para aquel momento histórico en el que las regulaciones internas societarias eran muy dispares y apenas había comenzado el proceso de armonización del derecho societario en el ámbito comunitario¹⁴⁰⁷. Esta propuesta de 1970 presentaba un modelo de sociedad mercantil independiente de los derechos nacionales¹⁴⁰⁸ y regulaba de forma exhaustiva la constitución, la estructura, el funcionamiento o las reglas contables de esta sociedad. Además, la propuesta obligaba a la creación de nuevas instituciones comunitarias como un Registro Europeo de sociedades anónimas¹⁴⁰⁹. Las dos cuestiones más problemáticas que impidieron que el régimen de la Sociedad anónima europea viera la luz hasta el año 2001 fueron la regulación de la participación de los trabajadores en dicha Sociedad y el traslado transnacional de su domicilio social. Por lo demás, como ya vimos, otras propuestas normativas del ámbito social que intentaban regular algún tipo de derecho social colectivo eran sistemáticamente rechazadas por determinados Estados miembros y por las principales organizaciones empresariales, UNICE de ámbito europeo y la CBI británica (*Supra, cap. 2º, apartados III.3 y IV.3*). En especial, las propuestas de Directiva Vredeling y Vredeling Richards, pero también las iniciales propuestas de Directiva CEU de 1990 y 1991, generaban intensos miedos y temores frente a la existencia de plataformas internacionales de trabajadores reivindicativas y con capacidades negociales y también, y muy acusadamente, un terror excesivo frente a una posible pérdida del control empresarial sobre determinadas informaciones y datos tradicionalmente

¹⁴⁰⁷ La primera Directiva de armonización del Derecho de sociedades, la Directiva 68/151/CEE era de 9 de marzo de 1968 y tuvo por objeto coordinar para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el artículo 58 del Tratado de Roma para proteger los intereses de socios y de terceros.

¹⁴⁰⁸ Únicamente en aquellos aspectos no previstos en la propuesta de Reglamento sobre la SE, la Sociedad anónima europea habría de regirse por lo dispuesto en las respectivas normas nacionales. El artículo 7 de la citada propuesta no especificaba si había que acudir a la legislación del Estado miembro donde se encontrara domiciliada la Sociedad anónima europea o, por el contrario, a la legislación del Estado miembro donde estuviera situada el centro o establecimiento. El mencionado artículo 7, decía "*Matters which are not governed by this Statute shall be subject to the national law applicable in the circumstances*", es decir, que se aplicará la legislación nacional "*según las circunstancias*". Incluso la propuesta sobre la Sociedad anónima europea reformada en 1975 prohibía el reenvío general a los ordenamientos de los Estados miembros.

¹⁴⁰⁹ MARTÍNEZ–ECHEVARRÍA y GARCÍA-DUEÑAS, A., *La Sociedad Europea...*, cit., p. 17.

atribuidos en exclusiva al conocimiento de los órganos internos de las sociedades mercantiles.

El paso del tiempo, sin embargo, ha ido poniendo de manifiesto que son las grandes corporaciones empresariales internacionales las que dominan la información que transita por el mundo, por encima de la mayoría de los Estados soberanos, y sólo recientemente, quizás a partir de mediados de la década de los años 2000, se comienza a hacer patente la necesidad, y posteriormente urgencia, de promover una mayor transparencia informativa a todos los niveles. Así, es quizás a partir del año 2002, con los escándalos financieros y fraudes contables de los casos ENRON, ARTHUR ANDERSEN y WORLDCOM, cuando comienzan a adquirir importancia y actualidad las cuestiones relativas a la responsabilidad de los administradores societarios en relación con sus actuaciones y gestiones al frente de las sociedades mercantiles. En septiembre de 2002, la Unión Europea presentaba el famoso informe WINTER¹⁴¹⁰ sobre el funcionamiento de los Consejos de administración, sobre la actuación de los consejeros no ejecutivos o administradores y su remuneración, y sobre la responsabilidad de estos en la elaboración de la información financiera y sobre los comité de auditoria. Sin embargo, a la vista de este informe, la realidad era, y es, que desde la Unión no se promueve la imposición de un sistema o código único para los Estados miembros. Los expertos comunitarios parecen decantarse por la existencia de pautas comunes, pautas orientativas de tipo *soft law*, sin perjuicio de que promuevan la armonización de algunos aspectos puntuales.

Seguramente ante este panorama se hace necesario poner nuevamente en valor la filosofía que impregnaba la mencionada propuesta de Reglamento sobre la Sociedad anónima europea de 1970, que ha de considerarse altamente significativa y que debiera ser utilizada para reabrir un amplio debate sobre la participación de los trabajadores en la empresa en el ámbito comunitario. La regulación de la participación de los trabajadores que recoge la mencionada

¹⁴¹⁰ *Winter Report: Report of High level Group of Company Law expert on issues related to takeover bids*, Bruselas, 10 de enero de 2002, puede verse en la página web de la Comisión Europea.

propuesta de Reglamento de 1970 contiene muy interesantes consideraciones. Ya se dijo (*Supra*, cap. 2º, apartado III.1.3), que dicha propuesta normativa hubiera encajado sin grandes dificultades en un sistema de relaciones laborales como el alemán pero que no hubiera encontrado cabida en otros sistemas como el anglosajón, ni tampoco en otros con fuerte presencia y actuación reivindicativa sindical a nivel de planta, y/o con predominio de opciones sindicales dirigidas a alejar la presencia de representantes de los trabajadores de los órganos internos societarios. Lo más importante de la propuesta de Reglamento sobre la Sociedad anónima europea de 1970 es que se obligaba a abordar el fenómeno de la participación de los trabajadores desde una perspectiva completa o global, afectando de forma conjunta a ambas ramas de los derechos social y societario. Entre las muchas virtudes de esta propuesta de Reglamento de 1970¹⁴¹¹, se encontraba la obligación de establecer una estructura dualista de organización societaria, imponiendo la existencia de un órgano del tipo del Consejo de vigilancia o supervisión alemán que controlase la gestión de los órganos directivos de la sociedad. En materia participativa la propuesta de Reglamento de 1970, junto al original reconocimiento del derecho a la negociación colectiva reconocido a las representaciones sindicales en la empresa¹⁴¹², obligaba a su vez a establecer tanto la participación externa como la interna, en los términos siguientes:

La **participación externa** a los órganos societarios se hacía efectiva mediante la constitución de un Comité de empresa europeo, que significaba que hubiera un órgano de representación unitaria en cada centro de trabajo nacional con independencia del número de trabajadores empleados, pero también se proponía el establecimiento de un Comité de empresa europeo de grupo. En la

¹⁴¹¹ Otras virtudes del primer sistema participativo de ámbito comunitario de los años setenta eran: 1.- la regulación de los límites a los derechos de información y el tratamiento de la información confidencial; 2.- en cuanto a la tutela y protección de los derechos participativos, la resolución de disputas mediante el establecimiento obligatorio de procedimientos arbitrales, de composición paritaria, cuyas decisiones tendrían carácter vinculante sobre cualquier disputa que pudiera surgir entre las partes.

¹⁴¹² Como se dijo (*Supra*, cap. 2º, apartado III.1.1), se reconocía el derecho a la negociación colectiva de convenios colectivos de eficacia limitada; es decir, el derecho a la negociación colectiva exclusivamente a la representación sindical de cada establecimiento o centro de trabajo de la Sociedad anónima europea, con efecto limitado a los trabajadores que estuvieran afiliados al sindicato o sindicatos que fueran parte en la negociación.

propuesta de 1970 quedaban claramente delimitados los ámbitos de actuación de cada órgano y ambos contaban con amplios y concretos derechos de información, consulta y cuasi-codecisión, que afectaban a extensas materias¹⁴¹³, de tal forma que en aquellas materias objeto de cuasi codecisión, la adopción de acuerdos sin la aprobación del órgano de representación laboral, adolecía del vicio de nulidad. Se reconocía un auténtico derecho de negociación colectiva sobre estas materias, y un régimen de resolución de conflictos de concurrencia entre los distintos acuerdos que pudieran adoptarse¹⁴¹⁴; así como, un mecanismo de resolución arbitral de conflictos.

La participación interna significaba en esta propuesta de 1970 que, a partir de la obligación de establecer un sistema dualista de organización societaria, separación entre los Consejos de administración o dirección y de vigilancia o control, era ineludible la presencia de representación laboral en estos últimos. En concreto, en esta propuesta de Reglamento de 1970 se optaba por un determinado sistema de cogestión simple¹⁴¹⁵, susceptible de ampliación si así los contemplaran los Estatutos de cada sociedad, regulándose también la forma de elección de dichos representantes laborales¹⁴¹⁶. Finalmente, se reconocía a

¹⁴¹³ En cuanto al derecho de consulta se podía distinguir, en función de las materias afectadas, entre: 1.- aquellas objeto de mera consulta: los sistemas de evaluación de puestos de trabajo y la estructura de la retribución, y se especificaba que si el Comité de empresa europeo no emitía su parecer en un plazo de tiempo razonable, la Dirección podría llevar a cabo las decisiones adoptadas. Además, se establecía que la Dirección de la Sociedad anónima europea debía consultar al Comité de empresa europeo sobre cierre o traspasos de actividad o centros, modificaciones substanciales en la organización de la actividad y sobre el establecimiento o finalización de una cooperación a largo plazo con otras sociedades; 2.- Las materias sobre las que recaía el derecho de cuasi-codecisión eran las siguientes: a.- procedimientos relacionados con la contratación, promoción y/o despido de trabajadores; b.- implantación de formación profesional; c.- establecimiento de nuevos conceptos retributivos; d.- medidas relativas a seguridad e higiene en el trabajo; e.- introducción y gestión de *social facilities*; f.- fijación de la hora de entrada y salida del trabajo; y g.- fijación del período de disfrute de vacaciones.

¹⁴¹⁴ Lo dispuesto en el artículo 127.2 de la propuesta de Reglamento sobre la SE de 1970 da a entender que, en caso de concurrencia entre convenios, el convenio negociado por los órganos representativos de ámbito nacional, de ámbito inferior, no podrán afectar a lo dispuesto en convenios negociados por el Comité de empresa europeo, de ámbito superior a estos efectos.

¹⁴¹⁵ En concreto, un tercio de los miembros del Consejo de vigilancia serían elegidos por los trabajadores o sus representantes, y los dos tercios restantes por los representantes de los accionistas. Además se prevé que cuando el número de representantes de los trabajadores en el Consejo de vigilancia no excediera de 3, al menos uno de ellos debía ser persona no empleada de la Sociedad anónima europea, y cuando excediera de 4, al menos dos de ellos.

¹⁴¹⁶ Dicha elección se realizaría por los miembros de los órganos nacionales de representación ya existentes en cada establecimiento de la Sociedad anónima europea. Así, cada uno de estos miembros tendría un número de votos igual al número de empleados de su establecimiento

los representantes laborales miembros del Consejo de vigilancia los mismos derechos y obligaciones que los restantes miembros del Consejo de vigilancia y las mismas garantías para el ejercicio de sus funciones que a los miembros de los Comités de empresa europeos.

La idea de revalorizar la presencia de representantes laborales en los órganos internos de las sociedades mercantiles está siendo defendida por algunos analistas, que consideran la participación interna como una de las vías o caminos para salir de la crisis¹⁴¹⁷. En este sentido, venciendo barreras ideológicas que asimilaban la denominada co-determinación alemana con la colaboración de clases, se promueve la idea de que hay que aprovechar cualquier sacrificio o ajuste para reclamar mayor participación de los trabajadores en la gestión empresarial y mayor transparencia informativa. Se habla en este sentido de una segunda democratización pendiente, cuyos planteamientos se asemejan a los tradicionales relativos a la autogestión obrera y organización cooperativa: “si la empresa actual debe ser más flexible para poder competir, debe abordarse también el modelo de propiedad y de gestión para optimizar la integración del trabajo y capital en un reparto consensuado del riesgo empresarial. Si se socializan las pérdidas y los riesgos, es imprescindible implantar mecanismos de consenso interno para compartir las decisiones... no queda más remedio que los trabajadores empiecen a comportarse –empecemos a comportarnos- como si *las empresas fueran nuestras*”¹⁴¹⁸. Es imperativo que

dividido por el número de miembros del órgano representativo al que pertenece. Se confeccionaría una lista de candidatos, incluyéndose candidatos de diferentes Estados en función del número de empleados en cada uno de ellos y se elegiría la lista que obtuviera el voto mayoritario en la primera vuelta; en la segunda vuelta, sólo se votaría a las dos listas que hubieran obtenido el mayor número de votos en la primera vuelta.

¹⁴¹⁷ En este sentido, por ejemplo, las Recomendaciones que presenta el Informe sobre “El Estado de la UE 2012: el fracaso de la austeridad”, elaborado por la Fundación Alternativas, con la presencia de dos miembros de la Fundación Friedrich-Ebert-Stiftung, 2013, que puede verse en la página web de la Fundación alternativas. En concreto, en el punto 12 de dichas Recomendaciones, relativo a la elaboración de un nuevo “Pacto social europeo” se menciona el establecimiento de garantías que refuercen tanto la negociación colectiva como la cogestión. p. 207.

¹⁴¹⁸ MURO BENAYAS, I., “La participación de los trabajadores en las empresas ¿por qué no hablamos de ello?”, en *Economistas ante la crisis: No es economía, es ideología*, Deusto, 2012.

los trabajadores se impliquen en los procesos de toma de decisiones en la empresa con la perspectiva de ser co titulares de la misma.

Son muchos los que miran hacía el sistema alemán, representativo de la participación interna y paradigma de la Democracia social en Europa, como solución a los problemas económicos que atraviesa la zona euro. Ha de tenerse presente, sin embargo, que el éxito de Alemania no se apoya exclusivamente en dicho sistema de participación interna, sino que se corresponde en mayor medida con el funcionamiento global del sistema de relaciones laborales y con otras variables más complejas. Así, el éxito que se le supone a Alemania suele medirse en términos de contención del conflicto social, de promoción de la paz social, a la par que se considera que las empresas alemanas son líderes en competitividad y de ahí que lo sea Alemania como país exportador. Sin entrar en demasiado detalle, sí es conveniente señalar que para muchos la economía alemana no es el ejemplo a seguir, llegando a afirmar, en este sentido, que su éxito como exportador se debe a una situación de dominio sobre su propia clase trabajadora, pues ni el Estado alemán ni los empresarios han permitido un aumento de los salarios paralelo al crecimiento de su productividad, pero también de una situación de dominio sobre otros países periféricos que no pueden, por utilizar una moneda común, alcanzar ni de lejos el nivel de competitividad de las empresas alemanas¹⁴¹⁹. En cualquier caso, sin perjuicio de que un análisis sobre la economía alemana desbordaría el objeto de estas conclusiones, muchos analistas socio-laborales europeos miran hacía el sistema alemán, a sus bajos porcentajes de desempleo y a su alto nivel de formación y cualificación profesional a todos los niveles, como el ejemplo a seguir. Junto a ello, en el plano de las relaciones entre capital y trabajo, se aprecia que existe un alto grado de consenso, dando la impresión, real o no, de que su sistema político en comparación con el de sus vecinos europeos ha alcanzado un mayor grado de desarrollo. Hoy por hoy, da la sensación de que los alemanes son los que disfrutan de mayor bienestar social en Europa: menos horas de trabajo, más vacaciones y más salario; ello sin perjuicio de que el actual gobierno alemán está incidiendo en la necesidad de que se trabajen más horas y se reduzcan los

¹⁴¹⁹ NAVARRO, V., "La economía alemana no es el ejemplo", 17 de julio de 2012, publicado en la página web vnavarro.org.

salarios. Entre los beneficios del sistema alemán de relaciones laborales se señala la protección frente al despido, la regulación de las condiciones laborales reales a través de los convenios colectivos y el régimen o sistema de cogestión, a nivel de empresa, entre el empresario y el comité de empresa¹⁴²⁰. Para la doctrina alemana, el denominado sistema de cogestión en sentido estricto opera en dos planos: por un lado, a través de los comité de empresa o modalidad de participación externa y, por otro lado, mediante la presencia de representantes de los trabajadores en las Juntas u órganos de vigilancia o modalidad de participación interna, ampliamente analizado (*Supra*, cap. 2º, apartado II.3). En cuanto al sistema de participación externa, ha de resaltarse de nuevo el importante papel que realizan los comités de empresa que disfrutan de auténticos derecho de cuasi-decisión. El comité de empresa actúa para todos los trabajadores y puede iniciar y concluir acuerdos de empresa en cuestiones fundamentales como el salario y la jornada. A pesar de que no está exenta la conflictividad, pero sí está descartado el recurso a la huelga, da la sensación de que a nivel de empresa se debaten con regularidad los problemas actuales, intentando llegar a soluciones a través del diálogo y la discusión¹⁴²¹. Junto a ello, ya se dijo que el sistema alemán de negociación colectiva reconoce legitimidad a los sindicatos, externos a la empresa, para negociar convenios colectivos, principalmente sectoriales de ámbito regional. Si bien los ámbitos de competencia entre la ley y el convenio no están siempre perfectamente delimitados¹⁴²²; prevalece lo que se denomina descentralización controlada,

¹⁴²⁰ ZACHERT, U., "La estructura de las relaciones laborales en Alemania", Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña núm. 11, 2007, pp. 1029-1040.

¹⁴²¹ ZACHERT, U., "La estructura de las relaciones laborales...", cit., p. 1039. El medio para resolver un conflicto no es la huelga, sino un órgano de conciliación y arbitraje (*Einigungsstelle*), una especie de mesa redonda, la cual –con una composición paritaria y un presidente neutral– resuelve el conflicto. Estos son los derechos de cogestión en sentido estricto.

¹⁴²² En muchos casos las estipulaciones del convenio han sentado las bases de normativas legales generales. En la actualidad se observa la siguiente distribución: los ámbitos de seguridad social -enfermedad, jubilación, incapacidad laboral, desempleo- se regulan generalmente mediante leyes, los estándares básicos de las relaciones laborales y las condiciones de trabajo se fijan mayoritariamente por ley -plazos de despido, horario laboral, vacaciones, seguridad e higiene-, pero en casi todas las áreas de estas normativas existen normas establecidas mediante convenios que suelen mejorar las condiciones mínimas. Las condiciones laborales y salariales más inmediatas las regula exclusivamente la negociación colectiva. Información de la página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social; Documento sobre la Negociación colectiva en Alemania.

pues los convenios regionales contienen unas cláusulas de apertura o de excepción, convenidas entre los sindicatos y las asociaciones empresariales, limitando la primacía del convenio, para que los comité de empresa puedan, junto al empresario, fijar reglas más específicas que se correspondan con las diferentes necesidades de cada empresa¹⁴²³. En este sentido, afirma la doctrina, el modelo alemán funciona porque se ha sabido articular y distribuir competencias y responsabilidades entre la representación institucionalizada en el comité de empresa, por un lado, y la representación sindical, por otro¹⁴²⁴. El éxito, se dice, descansa en el hecho de que está ensamblado el sistema de participación externa vía el comité de empresa con el sistema de convenios, y esta unión hace un sistema completo pero a su vez flexible: los convenios regionales y los acuerdos internos de la empresa se acoplan el uno al otro y las fronteras entre ambos sistemas no son rígidas¹⁴²⁵. El convenio regional parece ofrecer una base segura sobre la que la representación laboral puede negociar a nivel de empresa, con la información que pueda obtener también de la presencia laboral en los órganos internos societarios ampliándose así, notablemente, las variantes, los matices y los contenidos materiales de las negociaciones. Se aprecia que los procesos de negociación, que tienen lugar en diferentes niveles -Comité de empresa, Junta u órgano de Vigilancia, Comisión negociadora de convenio colectivo-, altamente articulados, son concebidos como parte de un camino o proceso de aprendizaje para las partes, con la finalidad de que negociaciones futuras beneficien a ambas partes por igual;

¹⁴²³ ZACHERT, U., "La estructura de las relaciones laborales...", cit., p. 1037. En algunos casos se produce una descentralización contraria a las reglas del convenio colectivo, ya que algunos comité de empresa, a menudo bajo una fuerte presión, convienen reglas que difieren del convenio colectivo: por ejemplo una duración más larga del tiempo de trabajo fijado en el convenio, de 40 en lugar de 38 horas. Esto pone en duda la primacía del convenio colectivo sobre otras normas, como el convenio de empresa, o también, sobre el contrato individual de trabajo.

¹⁴²⁴ NAGEL, B., "La concertación social en la sociedad del siglo XXI: Dificultades y posibilidades", Jornadas 25 años de diálogo social: Balance y perspectivas de futuro, Toledo, 6 y 7 de febrero de 2003.

¹⁴²⁵ NAGEL, B., "La concertación social...", cit., puede ocurrir en este sentido, por ejemplo, que un convenio de empresa pueda resultar más económico para la misma que la aplicación del convenio regional; en este caso se ha de negociar a nivel de empresa si debe o no acogerse el convenio regional en su totalidad. Puede ocurrir en la práctica, además, que un mismo representante laboral forme parte del órgano societario y a su vez de la comisión negociadora del convenio de empresa. Lo importante es que a través de este sistema dual se estabiliza un diálogo constante entre las partes implicadas.

siempre y cuando exista un auténtico objetivo común, y siempre y cuando los beneficios que se obtengan al alcanzar dicho objetivo común se re-distribuyan por igual.

4.- Obstáculos, impedimentos y límites que condicionarían una reforma en profundidad del actual sistema participativo comunitario.- Aun asumiendo que podría ser deseable la recepción en el ámbito europeo del sistema alemán, por ser el más cercano y por haber alcanzado la economía alemana un mayor nivel de competitividad, el estado actual de la Unión Europea, la existencia de graves dificultades económicas y, sobre todo, el actual estado de confusión con respecto a qué trayectoria o caminos se deben tomar, se puede afirmar que es muy poco o nada probable la adopción en el futuro próximo de decisiones novedosas o incluso de decisiones en materias relativas a los derechos sociales colectivos y/o que supongan mayores cesiones de soberanía nacional o que afecten a cuestiones delicadas y, en cualquier caso, es muy poco probable, como ya se dijo, que se pretenda modificar el actual sistema participativo comunitario.

Como se ha argumentado a lo largo de este trabajo, siguiendo principalmente a autores británicos, las disparidades nacionales en punto al sistema de relaciones laborales resultan de la distribución del poder o de las relaciones de poder existentes entre los actores sociales en un determinado país y periodo temporal (*Supra, cap. 2º, apartado III.3*). Así, son los ámbitos y la estructura de la negociación colectiva junto con la centralización o descentralización del movimiento sindical y/o su fuerza sindical, los factores que mejor explicaban que existieran concepciones tan distintas sobre cómo articular la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas en los distintos países europeos. En los extremos se situaba Alemania, por un lado, con gran centralización de la negociación colectiva y unidad del movimiento sindical tras la segunda Guerra mundial como factores determinantes de la aceptación de los sistemas de participación interna, frente al Reino Unido, en el otro extremo, en el que la descentralización de la negociación junto con la existencia de poderosas organizaciones de trabajadores a nivel local y por oficios resultó en un fuerte rechazo a la introducción de mecanismos de participación más allá del propio centro de trabajo. Posteriormente, políticas públicas y disposiciones

legales fueron re-dimensionando el alcance de los mecanismos participativos en los distintos países, apreciándose por la doctrina, como nota común, que los momentos de innovación en materia participativa iban coincidiendo en el tiempo con los periodos de mayor conflictividad industrial. En paralelo, en el ámbito comunitario, la Comisión Europea iba suavizando sus propuestas a medida que encontraba fuertes resistencias, entre determinados Estados miembros y poderosas asociaciones empresariales, que imposibilitaban que propuestas normativas comunitarias que incidían en materia de derechos sociales colectivos obtuvieran el voto unánime favorable del Consejo requerido para su aprobación. Es a finales de los años ochenta y principios de los noventa cuando se aprecia un importante cambio de enfoque en materia participativa en el ámbito de la Unión: se busca una participación negociada, voluntaria, suave o de *soft law*, que promueva la colaboración de los trabajadores pero que no afecte a la distribución de poder en la empresa; que los trabajadores puedan ser informados y consultados sobre las cuestiones que les afectan, y para que se faciliten los procesos de cambios, pero que la empresa siga reteniendo el poder de decisión y el control sobre la información. No parece que a fecha de hoy esta concepción haya cambiado, ni tampoco se aprecian signos evidentes de evolución.

Como es sabido, la Comisión Europea es la Institución comunitaria que posee el poder o competencia de propuesta normativa (art. 17.2 TUE) y la que ha de decidir sobre la oportunidad de una actuación en una materia determinada, dentro del peculiar sistema de atribución de competencias que rige en la Unión. En el ejercicio de su derecho de iniciativa, la Comisión viene apoyada por las Instituciones comunitarias y por los Estados miembros representados en las mismas, así como por determinados comités informales o grupos de expertos de tipo consultivo¹⁴²⁶. En la letra del Derecho originario, tanto el Consejo (art. 241

¹⁴²⁶ Estos grupos o comité se expertos no deben confundirse con los Comités de Comitología, compuestos por representantes de los Estados miembros y que han de ser consultados por la Comisión antes de ejecutar la legislación comunitaria. Con posterioridad al Tratado de Lisboa, se han dictado nuevas normas sobre las competencias de ejecución de la Comisión. En concreto, el nuevo Reglamento 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011, (DOUE de 28.2.2011, L55, pp. 13-18), deroga la Decisión -sobre Comitología- 1999/468/CE y establece nuevas normas, al objeto de mayor simplicidad, eficacia y transparencia, sobre el control por parte de los Estados miembros -representados en Comités- del ejercicio de las competencias de ejecución por Comisión.

TFUE)¹⁴²⁷ como el Parlamento Europeo (art. 225 TFUE)¹⁴²⁸ pueden pedir a la Comisión que presente o tome iniciativas para legislar¹⁴²⁹. A partir de las reformas introducidas en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa, además, se abre la vía de la iniciativa popular¹⁴³⁰ y, a su vez, se amplía la posibilidad de que los actos legislativos puedan ser adoptados, no sólo a propuesta de la Comisión, sino también, en los casos específicos previstos en los Tratados, “a iniciativa de un grupo de Estados miembros, o del Parlamento Europeo, por recomendación del Banco central Europeo, o a petición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, o del Banco Europeo de Inversiones” (art. 289.4 TFUE).

Pues bien, en la práctica, las decisiones de actuación comunitaria, así como la decisión de actuar por una u otra vía, son decisiones políticas, fruto de intensas negociaciones, en las que cada vez tienen mayor peso los principales Estados miembros o poder intergubernamental frente al de las Instituciones comunitarias o poder comunitario. En este sentido, a pesar de que se considera

¹⁴²⁷ Art. 241 TFUE: “El Consejo, por mayoría simple, podrá pedir a la Comisión que proceda a efectuar todo los estudios que él considere oportunos para la consecución de los objetivos comunes y que le someta la propuestas pertinentes. Si la Comisión no presenta propuesta alguna, comunicará las razones al Consejo”.

¹⁴²⁸ Art. 225 TFUE: “Por decisión de la mayoría de los miembros que lo componen, el Parlamento Europeo podrá solicitar a la Comisión que presente las propuestas oportunas sobre cualquier asunto que a juicio de aquél requiera la elaboración de un acto de la Unión para la aplicación de los Tratados. Si la Comisión no presenta propuesta alguna, comunicará las razones al Parlamento Europeo”.

¹⁴²⁹ Si la Comisión desatiende estas peticiones, estas Instituciones, que han de recibir las razones sobre el rechazo de sus peticiones, no pueden sustituir la iniciativa legislativa. Pueden en su caso utilizar instrumentos de control de la actuación de la Comisión, por ejemplo, las interpelaciones parlamentarias del artículo 230, segundo párrafo TFUE, “La Comisión contestará oralmente o por escrito a todas las preguntas que le sean formuladas por el Parlamento Europeo o por sus miembros”, o la moción de censura del art. 234 TFUE. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., “La iniciativa normativa en el procedimiento legislativo europeo a la luz del tratado de Lisboa”, Revista para el análisis del Derecho, INdret 3/2010, p. 11.

¹⁴³⁰ La iniciativa ciudadana europea está prevista en los artículos 11.4 del TUE y 24.1 del TFUE y su ejercicio está regulado en el Reglamento (UE) nº 211 /2011 del Consejo y del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2011 sobre la iniciativa ciudadana europea (DOUE L 65, 11.3.2011). La Iniciativa permitirá que un millón de ciudadanos de por lo menos la cuarta parte de los Estados miembros de la Unión se dirijan a la Comisión para que presente propuestas de actos legislativos en ámbitos de su competencia. Los organizadores de una iniciativa ciudadana, un comité de ciudadanos compuesto como mínimo por siete ciudadanos de la Unión que residan en siete Estados miembros diferentes, tendrán un año para recoger el apoyo necesario. El número de declaraciones de apoyo deberá ser certificado por las autoridades competentes de los Estados miembros. A partir de ese momento, la Comisión dispondrá de tres meses para examinar la iniciativa y tomar una decisión sobre cómo actuar.

por la doctrina que las reformas introducidas en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa han aportado cierta transparencia en las funciones de la Instituciones y en el sistema de producción de actos o actuaciones comunitarias, el sistema de producción normativa de la Unión sigue siendo excesivamente complejo¹⁴³¹. Es, en este contexto, en el que debe analizarse una futura revisión de la normativa participativa actualmente en vigor, planteando una hipotética modernización de la misma o su sustitución por otra más unitaria y efectiva.

Lo cierto es que poco o nada se habla sobre participación, ni interna ni externa, en recientes documentos comunitarios, ni de ámbito socio-laboral, ni de ámbito societario. En el ámbito social, por ejemplo, el Libro Verde de la Comisión de 2006 sobre “Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del Siglo XXI¹⁴³²”, se centra exclusivamente en la vertiente individual del Derecho del trabajo¹⁴³³. A su vez, en la nueva estrategia de la Comisión, Europa 2020¹⁴³⁴, que viene a renovar la Estrategia de Lisboa 2000, tampoco se menciona la participación de los trabajadores en la empresa. Únicamente en su página 20, de un total de 39 páginas, se hace una mención al desarrollo del dialogo social en todos los niveles en el marco de una iniciativa emblemática, así se

¹⁴³¹ MANGAS MARTÍN, A., “Algunos aspectos del derecho derivado en el Tratado de Lisboa: categorización de los actos, indeterminación de los tipos de actos, bases jurídicas y jerarquía”, Revista General de Derecho Europeo, nº 18, 2009. Esta distinción entre la función legislativa y la ejecutiva, aunque sin definir las, aporta transparencia a las funciones de las Instituciones y al sistema de actos. A su vez, el poder legislativo del Consejo y del Parlamento Europeo se podrá delegar en la Comisión para la adopción de actos delegados y de actos ejecutivos que serán aquellos fruto de la atribución del poder ejecutivo. Los tipos de actos -Reglamento, Directiva y Decisión- no varían, ni se van a denominar de forma diferente en función del procedimiento de adopción ordinario o especial, ni tampoco varían su denominación en función de la Institución o Instituciones que lo aprueben, a salvo de la nueva denominación actos delegados y actos ejecutivos. Es decir, pueden adoptarse Reglamentos, Directivas o Decisiones, mediante procedimientos puramente legislativos ordinario o especial, procedimientos no legislativos, que no se definen, y mediante delegación del poder legislativo o de atribución de ejecutivo.

¹⁴³² COM (2006) 708 final.

¹⁴³³ Este libro verde se centra en el modelo tradicional/clásico de relación laboral y desde enfoques ideológicos de partida bastante discutibles, menciona únicamente cuatro áreas de posibles acciones comunitarias: relaciones laborales triangulares, organización del tiempo de trabajo, movilidad de trabajadores y control de la aplicación de la legislación en el trabajo no declarado. VALDÉS DAL-RE, F., “El debate europeo sobre la armonización...”, cit. VALDÉS DAL-RE, F., “El debate de la flexiguridad en la Unión Europea (I) y (II), Relaciones Laborales nº 1, 2010, pp. 147-156 y pp. 157-166; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “La flexiguridad: una aproximación..”, cit.

¹⁴³⁴ COM (2010) 2020, Bruselas 3.3.2010

denomina¹⁴³⁵, titulada Agenda para nuevas cualificaciones y empleo. En concreto, se dice que la Comisión trabajará: 1.- *“con el fin de reforzar la capacidad de los interlocutores sociales y hacer un uso pleno del potencial de resolución de problemas que ofrece el diálogo social a todo los niveles -europeo, nacional, regional, sectorial y de empresa- y promover la cooperación reforzada entre las instancias del mercado de trabajo, como los servicios públicos de empleo de los Estados miembros”*; y 2.- *“con el fin de promover y controlar la aplicación efectiva de los resultados del diálogo social”*. En cualquier caso, en esta nueva Estrategia de la Comisión son todo grandes objetivos principales o prioritarios¹⁴³⁶, grandes ambiciones -*“fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial”*-, muchas propuestas, grandes palabras, muchos números y porcentajes pero, desgraciadamente, pocas o ninguna iniciativa

¹⁴³⁵ Esta Comunicación de la Comisión de 2010 *“propone siete iniciativas emblemáticas para catalizar los avances en cada tema prioritario”* (pp. 3-4). Son las siguientes: 1.- *“Unión para la innovación”*, con el fin de mejorar las condiciones generales y el acceso a la financiación para la investigación e innovación y garantizar que las ideas innovadoras se puedan convertir en productos y servicios que generen crecimiento y empleo. 2.- *“Juventud en movimiento”*, para mejorar los resultados de los sistemas educativos y facilitar al entrada de jóvenes en el mercado de trabajo. 3.- *“Una agenda digital para Europa”*, con el fin de acelerar el despliegue de Internet de alta velocidad y beneficiarse de un mercado único digital para las familias y empresas. 4.- *“Una Europa que utilice eficazmente los recursos”*, para ayudar a desligar crecimiento económico y utilización de recursos, apoyar el cambio hacia una economía con bajas emisiones de carbono, incrementar el uso de fuentes de energía renovables, modernizar nuestro sector del transporte y promover la eficacia energética. 5.- *“Una política industrial para la era de la mundialización”*, para mejorar el entorno empresarial, especialmente para la pequeña y mediana empresa, y apoyar el desarrollo de una base industrial fuerte y sostenible, capaz de convertir a nivel mundial. 6.- *“Agenda de nuevas cualificaciones y empleos”*, para modernizar los mercados laborales y potenciar la autonomía de las personas mediante el desarrollo de capacidades a lo largo de su vida con el fin de aumentar la participación laboral y de adecuar mejor la oferta y la demanda de trabajos, en particular mediante la movilidad laboral. 7.- *“Plataforma europea contra la pobreza”*, para garantizar la cohesión social y territorial de tal forma que los beneficios del crecimiento y del empleo sean ampliamente compartidos y las personas que sufren de pobreza y exclusión social puedan vivir dignamente y tomar parte activa en la sociedad.

¹⁴³⁶ La nueva Estrategia se basa en cinco objetivos principales o prioritarios: 1.- el 75 por 100 de la población entre 20 y 64 debería estar empleada; 2.- el 3 por 100 del PIB de la Unión Europea deberá ser invertido en I+D; 3.- debería alcanzarse el objetivo 20/20/20 en materia de clima y energía (incluido un incremento al 30 por 100 de la reducción de emisiones si se dan las condiciones para ello; 4.- el porcentaje de abandono escolar debería ser inferior al 10 por 100 y al menos 40 por 100 de la generación más joven debería tener estudios superiores completos; y 5.- el riesgo de pobreza debería amenazar a 20 millones de personas menos. Estos objetivos han de lograr un crecimiento *“inteligente”* (desarrollo de una economía basada en el crecimiento y la innovación); *“sostenible”* (promoción de una economía que utilice más eficazmente los recursos, que sea verde y más competitiva); *“e integrador”* (fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial).

legislativa concreta¹⁴³⁷. A día de hoy, a partir de la aprobación de un nuevo Reglamento (CE) 429/2011 sobre libre circulación de trabajadores¹⁴³⁸, la Comisión parece centrar su atención en materia socio-laboral, paradójicamente, en la mejora de la aplicación de los derechos de los trabajadores a la libre circulación, señalando incluso que la movilidad laboral en la Unión Europea beneficia a los trabajadores implicados¹⁴³⁹.

En cuanto al ámbito más específico del derecho societario, el más reciente Libro verde sobre el gobierno corporativo de la Unión Europea de 2011¹⁴⁴⁰, poco o nada se dice sobre la participación interna o presencia de los representantes de los trabajadores en los órganos societarios. De las veintisiete páginas que conforman este Libro verde se dedica únicamente una nota al pie¹⁴⁴¹ y un escueto párrafo de trece líneas a esta materia, pero habla básicamente de la participación de los empleados en el capital¹⁴⁴². Es muy significativo, a su vez, lo

¹⁴³⁷ Para una crítica sobre esta Comunicación de la Comisión puede verse MAGNUSSON, L., "After Lisbon. Social Europe at the crossroads?", European Trade Unions Institute (ETUI) Working paper núm. 2010.01, 29 pp., puede verse en la web del Instituto, etui.org.

¹⁴³⁸ DOUE L 141 de 27.5.2011, pp. 1-12. Como novedad puede verse también la Directiva 2011/98, de 13 de diciembre de 2011 por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro

¹⁴³⁹ Comunicado de Prensa de la Comisión Europea de 26 de abril de 2013, p. 3: "*La movilidad laboral en la Unión Europea no solamente beneficia a los trabajadores implicados, sino también a las economías de los Estados miembros. Beneficia a los países de acogida puesto que permite que las empresas cubran vacantes que, en otro caso, no se cubrirían -no existen datos que muestren que los trabajadores migrantes quitan puestos de trabajo a los trabajadores de los países de acogida-, con lo que producen productos y prestan servicios que, sin esa movilidad laboral, no podrían producirse ni prestarse. Asimismo beneficia a los países de origen de los inmigrantes debido a que permite que trabajadores que, en otro caso, tendrían menos posibilidades para trabajar, encuentren empleos que les permiten mantener financieramente a sus familias en sus lugares de origen y adquirir competencias y experiencia que no podrían poseer de otra manera. Posteriormente, cuando los trabajadores migrantes vuelven a su país de origen, se benefician de esa experiencia*".

¹⁴⁴⁰ COM (2011) 164 final 5.4.2011.

¹⁴⁴¹ Con ocasión de establecer cómo ha de ser la adecuada composición de los consejos, "*que deben ser seleccionados con arreglo a un amplio conjunto de criterio, a saber, el mérito, las cualificaciones profesionales, la experiencia, las cualidades personales, la independencia y la diversidad*", se realiza una nota al pie, nº 19, del siguiente tenor: "*cabe señalar que algunos Estados miembros prevén regímenes de participación de los empleados en los consejos*".

¹⁴⁴² Libro verde sobre el Gobierno corporativo, p. 20: "*El interés de los empleados en la sostenibilidad a largo plazo de la empresa para la que trabajan es un elemento que la normativa de gobierno corporativo debe tener en cuenta. La implicación de los empleados en los asuntos de una empresa puede adoptar la forma de información, consulta y participación en el consejo. Ahora bien, puede estar relacionada también con formas de participación financiera, en concreto,*

dispuesto en un reciente Informe sobre el futuro del Derecho societario europeo elaborado por un grupo de expertos en el marco del plan de Modernización del Derecho de sociedades¹⁴⁴³ y publicado por la Comisión el pasado 5 de abril de 2011¹⁴⁴⁴. Señalan los expertos en este Informe que no existe evidencia empírica en la que apoyar que las empresas que gozan de sistemas de participación interna tengan mejor o superior rendimiento o resultado (*performance*) y viceversa¹⁴⁴⁵. Y, en este sentido, recomiendan a la Comisión: 1.- que no imponga sistemas en Estados miembros que no lo han considerado o en los que se ha decidido no hacerlo; y 2.- que tampoco se solicite a los Estados miembros que limiten o supriman sus sistemas de participación interna, si bien que no se permita ni se promueva que determinados actores escapen de dichos sistemas. Afirman los expertos en este Informe que la Comisión debe permanecer neutral,

con la posibilidad de que los empleados se conviertan en accionistas. La participación de los empleados en el capital tiene una larga tradición en algunos países europeos. Estos planes se consideran ante todo un medio de aumentar el compromiso y la motivación de los trabajadores, incrementar la productividad y reducir la tensión social. Sin embargo, la participación de los empleados en el capital también entraña riesgos derivados de la falta de diversificación: si la empresa quiebra, los accionistas empleados pueden perder su empleo y sus ahorros. Sin embargo, los empleados como inversores pueden jugar un papel importante en el aumento de la proporción de accionistas con una orientación a largo plazo”.

¹⁴⁴³ Comunicación de la Comisión sobre Modernización del Derecho de sociedades y mejora de la Gobernanza empresarial en la Unión Europea - Un plan para avanzar, COM (2003) 284 final. Se estableció que, a mediados de 2012, la Comisión anunciaría iniciativas concretas sobre el gobierno corporativo y el derecho de sociedades. Se abrió un periodo de consultas, del 20 de febrero al 14 de mayo de 2012, destinado a todos los ciudadanos y organizaciones con el objetivo de someter a su consulta las recomendaciones del grupo de expertos de 2011. Los temas centrales que se sometieron a consulta fueron los siguientes: objetivos y ámbito de aplicación del derecho de sociedades europeo; marco Jurídico del derecho de sociedades europeo de fácil consulta; formas jurídicas de las sociedades en la Unión Europea: el caso específico del Estatuto de la Sociedad Privada Europea; traslado transfronterizo del domicilio social de una sociedad; fusiones y escisiones transfronterizas; grupos de sociedades; y régimen de capital.

¹⁴⁴⁴ A finales de 2010, la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión creó un grupo específico de reflexión integrado por expertos que elaboró un extenso, 79 pp., Informe sobre El futuro del derecho de sociedades europeo, publicado por la Comisión el 5 de abril de 2011, que puede consultarse en inglés en la página web de la Comisión Europea.

¹⁴⁴⁵ Con respecto al sistema de cogestión alemán, SMITH, S. C., economista de la Universidad George Washington en Washington D.C., EEUU, llegaba sin embargo a distinta conclusión, apoyando firmemente, al menos en la década de los noventa, la participación de los trabajadores en los procesos internos de tomas de decisiones en las empresas. Puede verse el trabajo “Derechos de participación, formación y eficiencia de los trabajadores: hipótesis y evidencia empírica para Alemania”, *Ekonomiaz*, Revista vasca de Economía, nº 33, 1995, ejemplar dedicado a la Economía de la participación, pp. 92-121. Más recientemente, Vid., GREIFNSTEIN, R., “Perspectivas de la cogestión empresarial en Alemania ¿Paralización injustificada de la obra política?”, Informe comisionado por la Fundación Friedrich Ebert Stiftung, nov. 2011, puede verse esta versión en castellano en la web de la Fundación, libray/fes.de.

siempre que no se produzcan discriminaciones en cuyo caso sí se requiere su actuación, como guardiana de los Tratados y por atentar contra las libertades del mercado. Si algunos Estados miembros desean mayor avance, éste puede alcanzarse mediante el recurso a las cooperaciones reforzadas (*Supra, cap. 1º, apartado IV.2.3*)¹⁴⁴⁶, y, si bien debe respetarse a aquellos Estados miembros que prefieran mantenerse al margen, éstos no deben impedir el avance de los otros.

A la vista de los documentos comunitarios, puede afirmarse que no parece probable que vayan a producirse mayores avances por vía legislativa en materia de participación interna en el ámbito comunitario. La realidad parece ser que a la Unión Europea, o mejor, a sus principales Estados miembros, sólo les interesaría actuar en esta materia en la medida en que existieran razones que lo justificaran para atender a determinados problemas de libre competencia entre las empresas (art. 116 TFUE¹⁴⁴⁷), es decir, en la medida en que las existentes normas participativas hubieran permitido alcanzar tales niveles máximos de protección a los trabajadores, que no es el caso, que supusieran una importante

¹⁴⁴⁶ La regulación sobre el mecanismo de cooperación reforzada está previsto actualmente en el artículo 20 TUE y en los artículos 326-334 TFUE. Art. 20 TUE: “1.- Los Estados miembros que deseen instaurar entre sí una cooperación reforzada en el marco de las competencias no exclusivas de la Unión podrán hacer uso de las instituciones de ésta y ejercer dichas competencias aplicando las disposiciones pertinentes de los Tratados, dentro de los límites y con arreglo a las modalidades contempladas en el presente artículo y en los artículos 326 a 334 del TFUE. La finalidad de las cooperaciones reforzadas será impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar su proceso de integración. Las cooperaciones reforzadas estarán abiertas permanentemente a todos los Estados miembros, de conformidad con el artículo 328 del TFUE; 2.- La decisión de autorizar una cooperación reforzada será adoptada por el Consejo como último recurso, cuando haya llegado a la conclusión de que los objetivos perseguidos por dicha cooperación no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto, y a condición de que participen en ella al menos nueve Estados miembros. El Consejo se pronunciará con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 329 TFUE; 3.- Todos los miembros del Consejo podrán participar en sus votaciones, pero únicamente participarán en la votación los miembros del Consejo que representen a los Estados miembros que participan en una cooperación reforzada. Las modalidades de la votación se establecen en el artículo 330 del TFUE; 4.- Los actos adoptados en el marco de una cooperación reforzada vincularán únicamente a los Estados miembros participantes. Dichos actos no se considerarán acervo que deban aceptar los Estados candidatos a la adhesión a la Unión”.

¹⁴⁴⁷ El artículo 116 TFUE prevé la actuación de la Comisión en caso de detectar distorsiones en la libre competencia entre empresas. Art. 116 TFUE: “En caso de que la Comisión compruebe que una divergencia entre las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros falsea las condiciones de competencia en el mercado interior y provoca, por tal motivo, una distorsión que deba eliminarse, procederá a celebrar consultas con los Estados miembros interesados. Si tales consultas no permitieran llegar a un acuerdo para suprimir dicha distorsión, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las directivas necesarias a este fin. Podrán adoptarse cualesquiera otras medidas apropiadas previstas en los Tratados”.

distorsión en el juego libre de las empresas que debiera eliminarse. Lamentablemente, el tema de la participación de los trabajadores en la empresa parece ser un tema cerrado. Incluso puede decirse que puesto que los derechos sociales colectivos siguen siendo considerados un importante coste social, alcanzados unos mínimos, reconocimiento de determinados derechos de información y consulta, es positiva la existencia de estándares participativos diferentes en cada Estado miembro. Este hecho se considera que no afecta verdaderamente a la libre competencia entre las empresas en el ámbito de la Unión Europea, sino que, por el contrario, sitúa a las empresas que cumplen con el mínimo comunitario, y no con el máximo, en mejor posición competitiva frente al mercado global.

Es altamente llamativo, en todo caso, el gran número de documentos, principalmente Dictámenes del Comité Económico y Social Europeo¹⁴⁴⁸ y Resoluciones del Parlamento Europeo¹⁴⁴⁹ que, si bien no tratan abiertamente la participación interna, sí inciden con fuerza sobre la necesidad de avanzar en materia participativa en términos generales en el ámbito comunitario. La mayoría

¹⁴⁴⁸ Con respecto al Comité Económico y Social Europeo, el Dictamen de 6.7.2006 sobre cohesión social: dar contenido a un modelo social europeo (SOC 237, 6.7.2007), pp. 6 y 7.1 mencionan la participación de los trabajadores en todos los niveles, junto con sistemas desarrollados de relaciones laborales o diálogo social autónomo, como una de las características que definen el modelo social europeo (apartado 4, cap. II). Junto a este Dictamen de 2006, son interesantes también los siguientes: Dictamen sobre la aplicación concreta de la Directiva sobre la constitución de un Comité de empresa europeo (94/45/CE) y sobre aspectos que, en su caso, deberían ser revisados (2004/c 10/05 de 24 de septiembre de 2004; Dictamen sobre el diálogo social y la participación de los trabajadores, claves para adelantarse a las transformaciones industriales y gestionarlas (2006/C 24-17) de 29 de septiembre de 2005; Dictamen sobre los comités de empresa europeos: un nuevo papel para promover la integración europea (SOC 220, 13.9.2006); Dictamen sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE, 82/891/CEE y Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones, INT/460, de 25 de febrero de 2009; y Dictamen sobre la dimensión social del mercado interior (Dictamen de iniciativa 2011/C 44/15) de 14 de julio de 2011.

¹⁴⁴⁹ Resolución del Parlamento Europeo de 10 de mayo de 2007 sobre el fortalecimiento de la legislación comunitaria en el ámbito de la información y consulta a los trabajadores (DO C 76 E de 27.3.2008, p. 138-140); Resolución del Parlamento Europeo de 22 de octubre de 2008 sobre los retos para los convenios colectivos en la Unión europea (DO 15 E de 21.1.2010); Resolución del Parlamento Europeo de 19 de febrero de 2009 sobre la aplicación de la Directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DO C 76 E de 25.3.2010); Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2009 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el traslado transfronterizo de la sede social de una empresa (DO C 87 E de 1.4.2010); Proyecto de Informe del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la Decimocuarta Directiva sobre el derecho de sociedades relativa al traslado transfronterizo del domicilio social de 27.9.2011 (2011/2046 INI).

de estos documentos llaman a una revisión de la normativa participativa en vigor, destacando sus puntos débiles poniendo de manifiesto, o directamente cuestionando, el efecto útil de la normativa. Así las cosas, cabría plantearse si el nuevo papel asignado al Parlamento Europeo como co-legislador con el Consejo (arts. 14.1 y 16.1 TUE) a partir de las reformas introducidas en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa, por un lado, y el nuevo papel del Consejo Europeo como Institución comunitaria (art. 13 TUE), por otro, afectan o no a la capacidad de iniciativa de la Comisión Europea y en que medida.

Con respecto al Comité Económico y Social Europeo, poco se puede añadir, pues sigue siendo una Institución comunitaria meramente consultiva, cuyos Dictámenes carecen de fuerza vinculante. Con respecto al Parlamento Europeo, tradicionalmente se le ha considerado como la Institución comunitaria más sensible hacia los derechos sociales colectivos. Son numerosas las ocasiones en las que el Parlamento Europeo ha instado a la Comisión a introducir modificaciones en la normativa social comunitaria para evitar contradicciones o directamente para la adopción de mayores medidas en el control de la aplicación de la normativa y garantía de su correcta incorporación en los ordenamientos internos. Fue muy significativa, por ejemplo, la posición del Parlamento Europeo en la tramitación de la Directiva marco 2002, mostrándose las grandes divergencias habidas entre el Parlamento Europeo y el Consejo, y también entre éste y la Comisión. El Parlamento Europeo defendía los aspectos sancionatorios de la original propuesta de Directiva de 1998: sanción de nulidad de decisiones empresariales que no fueran informadas y consultadas¹⁴⁵⁰. La posición común del Consejo en 2001, sin embargo, suprimió entre otros aspectos la sanción de nulidad ante infracciones graves en materia de información y consulta¹⁴⁵¹.

¹⁴⁵⁰ Dictamen del Parlamento Europeo a la primera lectura de la propuesta de Directiva marco de 1998, DO C 219 de 30.7.1999.

¹⁴⁵¹ Posición común del Consejo de 23 de julio de 2001, DO C 307 de 31.12.2001. La eficacia absoluta de la propuesta de 1998 se convierte en una eficacia relativa a las características particulares de las medidas sancionadoras establecidas en los distintos ordenamientos nacionales (*Supra*, cap. 4º, apartado III.1).

Que el Parlamento Europeo sea, a partir de la reforma operada en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa, co-legislador con el Consejo significa, como ya se dijo (*Supra, cap. 1º, apartado IV.2.2*), que la Comisión va a tener que contar también con el voto mayoritario del Parlamento cuando una iniciativa se tramite por la vía del procedimiento ordinario, y con su consulta conforme en el caso de que la iniciativa se tramite por la vía del procedimiento especial. Si bien son buenas noticias y ello significa un claro avance en el fortalecimiento de la democracia en las Instituciones comunitarias, no ha de olvidarse que, seguramente, será también más difícil obtener consensos claros, retrasándose la ya de por sí excesivamente lenta actuación legislativa comunitaria.

En cuanto a que se haya dado carta de naturaleza al Consejo Europeo como Institución comunitaria, son malas noticias para la independencia de la Comisión, por cuanto que a partir de ese momento puede llegar a recibir mayores injerencias por parte de los Estados miembros representados en el mismo y en este sentido son malas noticias para su labor de defensa del interés común. Para MANGAS MARTÍN, la gran perdedora de la reforma operada por el Tratado de Lisboa es la Comisión y lo que representa, por los siguientes motivos: “1.- se pierde equilibrio y estabilidad pues al tener un comisario por Estado miembro su composición emula al Consejo y seguirá pareciéndose más a un secretariado internacional por su escasa autoridad; 2.- la creación del cargo de Alto representante, sujeto a instrucciones de los gobiernos y del Consejo Europeo, rompe la colegialidad y la independencia de la Comisión; será clave la actuación sintonizada entre las presidencias de la Comisión y del Consejo Europeo. La Comisión tendrá más influencia pero la adquiere acercándose al enfoque intergubernamental y asumiendo un papel que no ha sido el suyo. Será un poderoso y dinámico secretariado internacional. Su papel debe seguir siendo decisivo para evitar la parálisis o los enfrentamientos o la falta de empuje, pero su forma de ejercer su papel de motor no va a ser la misma que en el pasado debido al papel del Parlamento Europeo, verdadero co-legislador. La Comisión tendrá que emplearse más a fondo en encontrar alternativas aceptables para el Parlamento Europeo y ayudar a los Estados miembros a formar consensos o

mayorías suficientes y adoptar estrategias cambiantes en función de las circunstancias para lograr decisiones aceptables en tiempo útil¹⁴⁵²”.

Así, la Comisión va a estar sujeta en mayor medida a las orientaciones políticas del Consejo Europeo, es decir, a lo que acontezca en, y al signo político de, los principales Estados miembros. Aunque formalmente al Consejo Europeo no se le atribuye ninguna función legislativa, por lo que, en principio, su nuevo papel no ha de afectar al de la Comisión, sí lo hará en la medida que el Consejo Europeo *“definirá orientaciones y prioridades políticas”*¹⁴⁵³. El reconocimiento del Consejo Europeo como Institución supone un reconocimiento indiscutible del poder de los principales Estados miembros¹⁴⁵⁴, claramente como poder ejecutivo¹⁴⁵⁵ e, indirectamente, como legislativo¹⁴⁵⁶. En este sentido, es muy significativo el hecho de que desde el año 2000 es el Consejo Europeo y no la Comisión el que ha ido elaborando las orientaciones estratégicas de la política social, comenzando con la Agenda Social Europea de 2000 y reiterándose en sus sucesivas reformas¹⁴⁵⁷. Si bien dichas orientaciones estratégicas se basaban en Comunicaciones de la Comisión, el Consejo Europeo se otorgó, ya

¹⁴⁵² MANGAS MARTÍN, A., “Lisboa, un Tratado con vocación de futuro...”, cit., p. 32.

¹⁴⁵³ Art. 15.1 TUE: *“El Consejo Europeo dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones y prioridades políticas generales. No ejercerá función legislativa alguna”*.

¹⁴⁵⁴ En este sentido se pronuncia el Informe sobre las repercusiones del Tratado de Lisboa en la evolución del equilibrio institucional en la Unión, Ponente Jean Lc DEHAENE, PE A&-0142/2009.

¹⁴⁵⁵ El Consejo Europeo, formado por los Jefes de gobierno de los Estados miembros tendrá una función de impulso -según el art. 15.1 TUE *“definirá orientaciones y prioridades políticas”*-, se refuerza por tanto el poder ejecutivo de la Unión Europea, que habrá de ser compartido con la Comisión. En este sentido, el poder ejecutivo de la Unión va a ser doble: intergubernamental del Consejo Europeo y el comunitario de la Comisión. El reconocimiento del Consejo Europeo como Institución supone así un reforzamiento del poder de los Estados miembros.

¹⁴⁵⁶ La institucionalización del Consejo Europeo afectará también a su relación con el Consejo pues ya no compartirán Presidencia. Sobre los cambios operados en el método comunitario pueden consultarse, MANGAS MARTÍN, A., “Algunos aspectos del Derecho derivado en el Tratado de Lisboa: categorización de los actos, indeterminación de los tipos de actos, bases jurídicas y jerarquía”, Revista General de Derecho Europeo, nº 18, 2009, y “La distribución de competencias en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad”, ponencia impartida con motivo de la Jornada titulada El principio de subsidiariedad en la Unión Europea, celebrada el día 17 de diciembre 2008 en el Parlamento de Navarra.

¹⁴⁵⁷ La revisión intermedia de la Agenda de política social de 2003, COM (2003) 312 final; la segunda Agenda Social de 2005, COM (2005) 33 final; y la Agenda Social Renovada de 2008, COM (2008) 412 final.

en 2000, a pesar de ser una mera entidad política y no una Institución de la Unión Europea, mayores poderes de coordinación, de mandato y de control de los trabajos¹⁴⁵⁸. Es altamente llamativo que un órgano, inicialmente concebido como foro informal de debate de los Jefes de Estado o gobierno de los Estados miembros, haya pasado rápidamente a tener mandatos para los que carecía de competencia formal¹⁴⁵⁹. Como ya se comentó, el mayor papel y poder de los Estados miembros frente a las Instituciones comunitarias se refuerza también mediante el denominado mecanismo de alerta temprana que viene a significar la introducción de un mayor control, y veto, de la subsidiariedad por los Parlamentos nacionales y quizás también los regionales (*Supra, cap. 1º, apartado IV.2.3*). Para algunos, la posibilidad de veto en manos de dichos Parlamentos es una muestra clara de desconfianza hacia el Parlamento Europeo; que podría utilizarse por los gobiernos de los Estados miembros para oponerse a iniciativas legislativas de la Comisión¹⁴⁶⁰ y, además, señala otro autor, los Parlamentos nacionales no son una autoridad imparcial, que pueda o deba decidir sobre el respeto o no de la subsidiariedad, sino más bien una parte interesada, quizás, en mantener un determinado objetivo o materia bajo competencia estatal¹⁴⁶¹.

¹⁴⁵⁸ “Cada primavera, el Consejo Europeo determinará los mandatos correspondientes y garantizará su cumplimiento”. Extracto de las Conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa de 23-24 de marzo 2000.

¹⁴⁵⁹ Bien es cierto también que, en contrapartida al nuevo poder del Consejo Europeo, la reforma de Lisboa explícitamente encarga a la Comisión (art. 17.1 TUE) “*la iniciativa de la programación anual y plurianual*” de los trabajos legislativos y presupuestarios, esenciales para el funcionamiento de la Unión Europea”. Y se reconoce también, expresamente, la posibilidad de llegar a acuerdos entre las Instituciones, regulados en el artículo 295 TFUE, que podrían ser vinculantes y que permitirán quizás re-conducir el necesario equilibrio y consenso institucional. Así, el nuevo artículo 295 TFUE prevé que “*El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión llevarán a cabo consultas recíprocas y organizarán de común acuerdo la forma de su cooperación. A tal efecto, y dentro del respeto de los Tratados, podrán celebrar acuerdos institucionales que podrán tener carácter vinculante*”.

¹⁴⁶⁰ MANGAS MARTÍN, A., “Lisboa, un Tratado con vocación de futuro...”, cit., p. 25. Los gobiernos nacionales podrán manejar a las Cámaras nacionales contra la Comisión para frenar una propuesta contraria a sus intereses. Si se lo toman en serio los Parlamentos nacionales, los gobiernos estarán más vigilados pero también tendrán un aliado en sus Parlamentos contra las propuestas europeas y la perdedora puede ser la Comisión”. Puede verse también de la misma autora, “El control de la subsidiariedad..”, cit., pp. 53-79.

¹⁴⁶¹ PETSCHEN, S., “El mandato para el Tratado de la reforma..”, cit. Para este autor, el mecanismo de alerta temprana es una cuestión envenenada pues los Parlamentos nacionales no pertenecen a la Unión, sino a los Estados. Por estar formado por representantes de los ciudadanos aparecen como factor de democracia pero al estar situados en un ámbito distinto al

Así las cosas, de existir voluntad comunitaria de avanzar por la vía legislativa en materia participativa, que no parece que la haya, a los mayores límites jurídicos que se desprenden de las reformas operadas en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa, han de añadirse los reales impedimentos políticos que plantea el mayor poder de los Estados miembros, reticentes como ha puesto de manifiesto este trabajo a delegar en la Unión regulaciones especialmente sensibles que afectan a los derechos sociales colectivos. Así, descartada una actuación comunitaria de gran calado en materia participativa y salvo puntuales modificaciones en la normativa existente que se analizarán en el apartado siguiente, de avanzarse en materia participativa, dicho avance en el ámbito o marco jurídico comunitario tendría que venir de la mano, seguramente, de otros instrumentos o técnicas, algunos de naturaleza específicamente laboral, como los acuerdos colectivos libres (apartado A) y otros de naturaleza general, como la producción de *soft law*, en relación con los documentos no vinculantes elaborados a través de la técnica o mecanismo abierto de coordinación (apartado B).

de la representación -el Estado- pueden apuntalar estructuras poco democráticas. Para decidir si una cuestión debe ser gestionada por la Unión o por los Estados, es necesario acudir a una autoridad imparcial. Si se acude a una autoridad estatal se eleva la parte a la condición de juez.

A.- Acuerdos colectivos libres.- A lo largo de los años, tanto la Comisión Europea¹⁴⁶² como el Parlamento Europeo¹⁴⁶³ han sido firmes defensores del denominado diálogo social entre los interlocutores sociales a todos los niveles. Los acuerdos colectivos libres, previstos en el actual artículo 155.2 TFUE, son el producto o resultado de dicha promoción. Puesto que no está claramente definida la relación entre diálogo social y negociación colectiva en el ámbito comunitario, habrá que entender por acuerdo colectivo libre cualquier pacto colectivo: 1.- de cualquier ámbito: intersectorial, sectorial¹⁴⁶⁴, de grupo de

¹⁴⁶² Esta promoción está presente, entre muchos otros, en los siguientes documentos: Comunicación Europa 2020, COM (2010) 2020, Bruselas 3.3.2010; Informe sobre Relaciones Industriales 2010, octubre 2010; Agenda social renovada: oportunidades, acceso y solidaridad en la Europa del siglo XXI, COM (2008) 412 final de 2.7.2008; Comunicación de la Comisión sobre el diálogo social europeo, fuerza de modernización y cambio, COM (2002) 341 final. Comunicación de la Comisión sobre Adaptación y fomento del diálogo social a escala comunitaria, COM(1998) 322 final; y en la Comunicación de la Comisión sobre Colaboración para el cambio en una Europa ampliada: Potenciar la contribución del diálogo social europeo Bruselas, 12.8.2004 COM (2004) 557 final. En el punto 4.3, p. 10, de este documento: *“La Comisión mejorará la visibilidad del diálogo social europeo y ayudará a los interlocutores sociales a efectuar el seguimiento de sus textos de la siguiente manera: 1.- Buscando la forma de promover el intercambio de experiencia en relación con las prácticas de seguimiento, por ejemplo produciendo boletines electrónicos o a través del Foro de enlace y de foros de intercambio de experiencia. 2.- Ofreciendo a los interlocutores sociales un apoyo que sea accesible a través del sitio web de diálogo social. Este apoyo podría consistir en una tipología de textos de diálogo social basada en la que propone la presente Comunicación, un léxico de terminología específica, una lista de control para la redacción de textos de nueva generación, buenos ejemplos de disposiciones relativas al seguimiento, información sobre acuerdos relativos a sociedades anónimas europeas, y cualquier otra información útil. Además, la Comisión introducirá todos los textos de los interlocutores sociales en una base de datos. 3.- Reforzando el apoyo financiero a las acciones de seguimiento conjuntas emprendidas por los interlocutores sociales europeos. 4.- Organizando seminarios nacionales en cada Estado miembro, empezando por los nuevos, destinados a concienciar de la importancia del diálogo social europeo para las relaciones laborales nacionales”.*

¹⁴⁶³ Por ejemplo, el Informe de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo de septiembre de 2008 sobre “Retos de los convenios colectivos en la Unión Europea” 2008/2085 (INI) Ponente Jan ANDERSON. En este informe se señala que la libre prestación de servicios no está por encima de los derechos fundamentales de la Carta de Derechos Fundamentales y, en particular, el derecho de los sindicatos a emprender acciones colectivas, especialmente por tratarse de un derecho constitucional en varios Estados miembros. Así, las sentencias del TJUE en los asuntos Ruffert, Laval y Viking muestran que es necesario aclarar que las libertades económicas establecidas en los Tratados deberían interpretarse de manera que no menoscaben el ejercicio de los derechos sociales fundamentales reconocidos por los Estados miembros y por el Derecho comunitario, incluido el derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones colectivas, y que no menoscaben la autonomía de los interlocutores sociales. Critica también el Parlamento Europeo la no aplicación por el TJCE de los convenios 87, 94 y 98 de la OIT, particularmente en lo que se refiere al derecho de las organizaciones sindicales a ejercer medidas de conflicto colectivo. GÓMEZ MUÑOZ, J. M., “Las fuentes del Derecho social...”, cit., p. 21.

¹⁴⁶⁴ Sobre la importancia del diálogo social europeo a nivel sectorial, KOLLEWE, K., y KUHLMANN, R., “Creating a more dynamic European Social Dialogue by strengthening the sectoral dimensión”, Transfer: European Review of Labour and Research 2/2003, pp. 265-280; KÖHLER, H. D. y GÓNZALEZ BEGEGA, S., “Diálogo social y negociación colectiva a escala

empresas, de empresa, de centro de trabajo, de Sociedad anónima europea, regional, local, nacional o comunitario; 2.- de cualquier materia, es decir, de las relacionadas en el artículo 153 TFUE, de las vetadas según se dispone en el artículo 153.5 TFUE y de cualquier otra de carácter social¹⁴⁶⁵; y 3.- de cualquier eficacia o alcance: *erga omnes*, limitada, no vinculante, pacto entre caballeros, etc. Más recientemente, la Comisión se ha decantado por el uso del término texto transnacional para hacer referencia a documentos que han sido acordados por empresas y trabajadores, destinados a aplicarse en más de un Estado miembro. Con este término se puede acoger una diversidad de acuerdos, principios, declaraciones conjuntas, códigos de conducta, etc., que se han ido identificando en las empresas y grupos que operan en la Unión a partir de la elaboración de una base de datos, estudios y análisis presentados por grupos de expertos auspiciados por la Comisión¹⁴⁶⁶ y/o por otras organizaciones o instituciones¹⁴⁶⁷.

Pues bien, los primeros acuerdos colectivos libres que legitimó el Derecho social comunitario fueron los denominados acuerdos pre-Directiva adoptados al amparo del artículo 13 de la derogada Directiva sobre comité de empresa europeos de 1994. A partir de ahí, las posibilidades de avance, de extensión y de mejora de los derechos participativos por la vía convencional debieran ser

sectorial en la Unión Europea. Limitaciones y perspectivas”, Cuadernos de Relaciones Laborales, 2007, 25, nº 2, pp. 119-149. Puede verse también el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre el funcionamiento y potencial del diálogo social europeo de 22.7.2010, SEC (2010) 964 final.

¹⁴⁶⁵ Esta es la opinión de la mayoría de la doctrina especializada encabezada por BERCUSSON. En el mismo sentido, OJEDA AVILÉS, A., “Eficacia de los convenios...”, cit., p. 440. Según este autor, no han de constreñirse los Acuerdos colectivos europeos autónomos a las materias negociables del 137 TCE, ahora artículo 153 TFUE, pues la exclusión de materias como la retribución y la libertad sindical se predica de las Directivas comunitarias y, en su caso, de los decisiones de refuerzo para los Acuerdos colectivos europeos vinculados, pero no para los Acuerdos colectivos europeos autónomos.

¹⁴⁶⁶ *Mapping of transnational texts negotiated at corporated level* Documento de trabajo de la Comisión de 2 de julio de 2008, EMPL F2 EP/ bp 2008 (D), 14511. Puede verse en la página web de la Comisión Europea (ec.europa). Uno muy significativo fue el elaborado por ALES, E., ENGBLOM, S., JASPERS, T., LAULOM, S., SCIARRA, S., SOBCZAK, A., y VALDÉS DAL- RÉ, F., *Transnational collective bargaining: past, present and future, Final report, 2006* disponible en la página web de la Comisión Europea.

¹⁴⁶⁷ Las bases de datos más relevantes son las de la European Trade Unions Institute (ETUI), ETUI- EWC data base, que puede verse en la página web, ewcdb.eu; la de la Social Development Agency SDA- EWC data base, en la página web, da-asbl.org, y la base de datos de la Fundación Hans Böckler Stiftung, en la página web, boekler.de.

apreciables. Ahora bien, sin negar que la vía voluntaria de los acuerdos colectivos libres presenta ventajas y permite avances y experimentos¹⁴⁶⁸, la ausencia de una norma comunitaria sobre negociación colectiva, que aclare sujetos negociadores, ámbitos, eficacia y alcance, junto con los problemas de coordinación y de articulación entre las normas participativas existentes y la problemática definición de lo que ha de entenderse por transnacional (*Supra*, *cap. 4º, apartados 1.2.2.1 y 1.2.3.2*)¹⁴⁶⁹, hacen muy difícil un auténtico desarrollo, y limitan la utilidad de la vía de los acuerdos colectivos libres para la creación y mejora de derechos participativos. Persisten, como se ha dicho, patentes obstáculos inherentes a la propia historia del Derecho social europeo y que afectan a la consolidación de una auténtica negociación colectiva europea libre. Señala algún autor que entre los aspectos que seguramente propiciarían una negociación colectiva europea libre, se encuentran la unión monetaria y las expectativas de incorporación a la negociación de aspectos como costes salariales, que pueden tener efectos directos sobre los niveles de productividad –jornadas-, y también la ejecución de actividades profesionales transnacionales que provocarían una conciencia más palpable de las diferencias de condiciones de trabajo en los centros de trabajo ubicados a lo largo de todo el territorio comunitario¹⁴⁷⁰.

Entre los obstáculos más significativos que limitan el desarrollo de una negociación colectiva de ámbito europeo han de señalarse la diversidad institucional de los sistemas nacionales de relaciones laborales, con presencia de organizaciones empresariales y sindicales de carácter y ámbito de actuación

¹⁴⁶⁸ JACOBS, A., “La concertación social...”, cit., p. 374. “Debemos el reconocimiento del tesoro del voluntarismo a los escritos de KAHN-FREUD, O., *Labour and the Law*, 1977, en los que explica por qué los sindicatos británicos nunca han presionado a favor de una legislación para garantizar la fuerza vinculante de los convenios colectivos: muestra lo decididos que están los sindicatos a rechazar la intervención legal incluso aunque les fuera favorable, exactamente igual que los troyanos temían a los griegos incluso cuando les llevaban presentes”.

¹⁴⁶⁹ GÓMEZ GORDILLO, R., “La reforma de la Directiva...”, cit., p. 21. La articulación entre los sistemas nacional y transnacional de información y consulta es una operación compleja que debiera haber sido resuelta directamente por el legislador comunitario. La opción por la vía convencional resulta arriesgada. El respeto a los sistemas establecidos por las normas nacionales y al concepto normativo de cuestiones transnacionales deja prácticamente sin contenido a los acuerdos de articulación, pero es posible que los negociadores decidan ir más lejos de lo que la norma permite.

¹⁴⁷⁰ CRUZ VILLALÓN, J., “Los sujetos y los escenarios...”, cit., p. 223.

nacionales, así como la existencia de resistencias empresariales a la creación de nuevas unidades de negociación y a la introducción de normativa, ya sea vinculante o no. Junto a estos aspectos ha de destacarse especialmente la controvertida ausencia de una efectiva promoción e intervención por parte de los poderes públicos¹⁴⁷¹. Y, en este sentido, quedan por resolver aún importantísimas cuestiones relativas al efectivo reconocimiento de la igualdad de partes sociales¹⁴⁷², la legitimidad de los sujetos negociadores¹⁴⁷³, la coordinación de los ámbitos de negociación, el reconocimiento de derechos de acción colectiva a nivel europeo y el alcance, eficacia normativa y tutela de lo pactado, incluyéndose el acceso de los interlocutores sociales europeos y nacionales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*Supra*, cap. 4º, apartado III.2).

B.- Producción de *soft law* o método abierto de coordinación.- Otra probable vía de actuación en materia participativa podría venir de la mano de la producción de *soft-law* o método abierto de coordinación, bien por el Consejo y el Parlamento Europeo como co-legisladores (art. 153.2.a TFUE), bien por la Comisión (art. 156 TFUE) No es momento de reproducir las consideraciones recogidas en este trabajo en torno a la regulación de la producción de *soft law* prevista en el TFUE (*Supra*, cap. 1º, apartado V.1 y cap. 3º, apartado I.2.2.3), interesa sin embargo tener presentes las siguientes consideraciones:

¹⁴⁷¹ CRUZ VILLALÓN, J., “Los sujetos y los escenarios...”, cit., p. 251. Otra opinión la de PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Aporías de la negociación...”, cit., p. 246. La negociación colectiva debe nacer desde la base y responder a una genuina relación de fuerzas. De la impostura institucional, por importante que sea, no nacerá nunca un sistema de negociación colectiva solvente.

¹⁴⁷² BAYLOS GRAU, A. “La dimensión europea de la autonomía colectiva...”, cit., p. 27. Según este autor, el apoyo que la Comisión brinda a la actuación de los interlocutores sociales no busca compensar las desigualdades materiales presentes en la relación de producción.

¹⁴⁷³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Aporías de la negociación...”, cit., pp. 246-252. (...)...el problema es que no parece que la Unión Europea tenga competencia para regular la representatividad de los agentes sociales europeos por ser, la asociación y sindicación, materia vetada ex 137.5 TCE, ahora 153.5 TFUE.. (...).. en el caso de la doble consulta, el control se verifica al elaborar la Comisión sus listas de organizaciones representativas. En los supuestos de incorporación de un Acuerdo a una Decisión del Consejo, el control se verifica también por la Comisión ...(..) ..versa sobre la concurrencia de una representatividad acumulada suficiente en las partes que han suscrito el Acuerdo (*feed back* de legitimaciones mutuas). En los supuestos de acuerdos autónomos, no hay más control que el que resulta del mutuo reconocimiento de los signatarios; CASAS BAAMONDE, M. E., “La negociación colectiva europea como institución democrática..” cit., pp.2-14.

Primera.- La idea de actuar por esta vía significa una vuelta al espíritu original del artículo 118 del Tratado de Roma de 1957: armonizar promoviendo una “*estrecha colaboración*” con y entre los Estados miembros, mediante estudios, dictámenes y la organización de consultas “*sobre aspectos que se planteen a nivel nacional como aquéllos que interesen a las organizaciones internacionales*”, limitándose así los proyectos legislativos¹⁴⁷⁴.

Segunda.- En el caso de producción de *soft law* por el Consejo y el Parlamento Europeo, el procedimiento a seguir a partir de las reformas operadas en el Derecho originario por el Tratado de Lisboa es el mismo procedimiento legislativo ordinario previsto para actuar por la vía legislativa propiamente dicha en materia de información y consulta. Es previsible que sea más fácil, políticamente hablando, obtener la mayoría cualificada del Consejo y el apoyo mayoritario del Parlamento Europeo para la adopción de documentos no obligatorios, ni jurídicamente vinculantes (art. 153.2.a TFUE), que para la adopción de Directivas en materia de información y consulta (art. 153.2.g TFUE), sin olvidar que, para poder legislar en materia de cogestión (art. 153.1.f TFUE), se requiere la unanimidad del Consejo y la mera consulta al Parlamento Europeo conforme al procedimiento legislativo especial, excepción hecha de la cláusula paralela prevista en el artículo 153.2.b, 4º párrafo, TFUE. Puesto que el TFUE abre la puerta a la coordinación no vinculante de las políticas sociales de los Estados miembros casi de cualquier forma o a través de cualquier instrumento, nada obsta para que por esta vía puedan alcanzarse compromisos, reglas de coordinación u otras indicaciones para una mejora en la aplicación de las normas participativas.

Tercera.- En el caso de producción de *soft law* por la Comisión en materia participativa, la Comisión debería retomar su labor de iniciativa, proponiendo novedades y efectivas reformas y no debería limitarse a realizar evaluaciones y/o a proponer pequeños ajustes. La Comisión ha de retomar su papel de motor de la Unión y su capacidad de iniciativa legislativa, de promotora del acervo social comunitario. Es la Comisión, y no el recientemente institucionalizado Consejo Europeo ni los Estados miembros, la que debe ir diseñando el Modelo

¹⁴⁷⁴ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “Perspectivas del Derecho social...”, cit., p. 16.

social y societario que se desea para la Unión. En estos términos, debería la Comisión, en un breve periodo de tiempo, pronunciarse también sobre los efectos de la futura adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y sobre si está en agenda o no suscribir la Carta Social Europea, la revisada en 1998, y acogerse a los mecanismos de protección del Consejo de Europa. Ha de señalarse en este sentido que no es suficiente con evaluar la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, sino que debería profundizarse en el análisis y estudio de las situaciones reales y plantearse hasta dónde se quiere llegar en la protección de los derechos sociales colectivos que se predicán de fundamentales.

En cuanto a la producción de *soft law* por la Comisión en materia participativa, es más que cuestionable que la Comisión deba elaborar algún tipo de código de principios no vinculantes o *soft law* y/o de declaración de valores comunes de actuación en materia participativa¹⁴⁷⁵. Tampoco sería deseable que la observancia y la mejora de los derechos participativos pudieran ser susceptibles de algún tipo de etiqueta de calidad empresarial. No es de recibo pretender que prospere la idea de dedicar el tiempo a la elaboración de códigos o declaraciones, al objeto de conseguir el respeto a la legalidad¹⁴⁷⁶. La Comisión,

¹⁴⁷⁵ Similares a los códigos de conducta o de buen gobierno de la OCDE sobre multinacionales de 1976 o de la OIT de 1977, o del tipo de Declaraciones sobre responsabilidad social de las empresas: Declaración de la OIT de 2001 sobre Responsabilidad Social Corporativa y Principios de Gobierno corporativo de la OCDE de 2004. *Vid.*, VALDÉS ALONSO, A., *Responsabilidad social de las empresas y relaciones laborales*, Colección Enfoque laboral nº 11, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 49-62; y del mismo autor "Algunas consideraciones sobre el contenido laboral de los Códigos de conducta", *Aranzadi Social*, vol. 3, nº 13, 2010, pp. 59-85; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., "La Responsabilidad Social Corporativa de las empresas internacionales: de los Códigos de conducta a los Acuerdos Marco Globales en la protección de los derechos laborales fundamentales (en el transcurso del diálogo con la negociación colectiva)", Comunicación a Ponencia del X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla, 21-23 septiembre de 2011, p. 5. Este autor analiza los procesos por los que el *soft law* se incorpora a los convenios colectivos, lo cual constituye *per se* una de las mejores muestras de responsabilidad social. MERINO SEGOVIA, A., "Responsabilidad social corporativa: su dimensión laboral", *Documentación laboral*, num. 75, 2005, p. 54.

¹⁴⁷⁶ DE LA VILLA, GIL, L. E., "Acerca de la responsabilidad social de las empresas. Algunas consideraciones críticas desde la perspectiva de las relaciones laborales", *Revista General de Derecho del Trabajo* nº 16, 2008, p. 6: "tampoco es de recibo pretender que prospere la idea de dedicar códigos de conducta y otros ejemplos de responsabilidad social corporativa (en particular el etiquetado social) al establecimiento de compromisos para conseguir el simple respeto de las prescripciones legales o incorporadas a convenio, pues ello, amén de un sarcasmo, constituirían una degeneración del genuino significado de aquéllos". Citado por FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., "La Responsabilidad Social Corporativa...", *cit.*, p. 8.

debería incidir con mayor hincapié en el control de la legalidad, en que se cumplan las normas participativas y debería contribuir, en cualquier caso, a mejorar y guiar las labores de control y de tutela de la aplicación y efectividad de los derechos participativos. La Comisión Europea no puede permanecer ajena a los procesos de Acuerdos libres que se están produciendo en las empresas transnacionales o multinacionales. Deberían establecerse mayores y más claras pautas de actuación e instrumentos de análisis y de seguimiento de los acuerdos colectivos que se adoptan, en concreto, en las empresas y grupos de dimensión comunitaria, en las Sociedades anónimas europeas y en cualquier empresa o grupo multinacional que opere en la Unión Europea¹⁴⁷⁷.

En esta dirección, la Comisión Europea ha realizado en los últimos años un mapa (*mapping*) sobre el panorama de los textos transnacionales, *European Union-Transnational Collective Agreements* (EU-TCA), existentes hasta el año 2007¹⁴⁷⁸, que muestra las tendencias principales en la negociación de acuerdos en empresas y grupos que operan en el ámbito de la Unión; se tiene constancia de la existencia de un total de 147 textos transnacionales en 89 empresas. Aunque el debate es todavía difuso, se plantean en el seno de la Comisión, la posibilidad de introducir medidas de apoyo a dichos textos transnacionales por la vía legislativa pero con resultado no-vinculante; habrá que entender

¹⁴⁷⁷ Sobre la experiencia de la negociación colectiva europea como instrumento para incorporar las normas internacionales del trabajo al Derecho comunitario pueden verse: GALLARDO MORA, R., "La metamorfosis de la negociación colectiva europea", *Relaciones Laborales* nº 18, quincena 23 sept.-8 de oct. 2008, año XXIV, tomo 2, pp. 13 y ss. Sobre la necesidad de transformar las reglas informales de empresas (unilaterales y voluntarias), en una formalidad contractual, "pre-positiva" en sentido normativo. BAYLOS GRAU, A., "Un instrumento de regulación: empresas transnacionales...", cit., p. 113. Analiza esta autor cómo el sindicalismo globalizado interviene en la formación de reglas de forma diferente a cómo lo hace en los sistemas jurídico-estatales y en los organismos internacionales, señaladamente la OIT (p. 115). Lo que los Acuerdos Marco Globales pretenden es obtener como resultado que en la empresa transnacional se decida por acuerdo colectivo fijar un suelo homogeneizador de los estándares de trabajo, una fórmula de equiparación de condiciones básicas en las que se ha de prestar el trabajo en cualquiera de los territorios en los que ésta se localice y en el perímetro empresarial que se acuerde, incluyendo también a proveedores y contratistas (p. 116). Puede verse del mismo autor, "Los acuerdos marco globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva: *Revista de Derecho Social*, nº 28, 2004, p. 209, que analiza cómo para la puesta en práctica y cumplimiento de los Acuerdos Marco Globales se integra en un procedimiento de intercambio de opiniones y posturas, con vista a llegar a acuerdo, importado de las Directivas CEU y SE.

¹⁴⁷⁸ "Mapping of transnational texts negotiated at corporate level", Bruselas, 2 de julio 2008, EMPL F2 EP/bp 2008 (D) 14511. Disponible en inglés en ec.europa.eu.

seguramente que se trata de utilizar la vía del artículo 153.2.a TFUE (*Supra, cap. 3º, apartado 1.2.2.3*). Esta idea, la de introducir medidas de apoyo a los textos transnacionales, parte de una propuesta elaborada por un grupo de expertos constituido por la Comisión cuyo informe final data de 2006¹⁴⁷⁹. En este Informe se propone expresamente la adopción de una Directiva sobre un marco jurídico voluntario/opcional sobre la negociación colectiva transnacional. La Comisión, sin embargo, en el más reciente Documento de trabajo, que data de 2008¹⁴⁸⁰, pues no parece existir una actualización posterior, si bien cita el Informe que encargó al grupo de expertos en 2006, no se ha pronunciado hasta la fecha sobre la viabilidad de la Directiva propuesta: Directiva sobre un marco jurídico voluntario de la negociación colectiva transnacional, es más, ni siquiera se ha mencionado la existencia de esta propuesta, si es que existe formalmente como tal, en ese último documento de 2008 hecho público en la web de la Comisión. En este documento de Trabajo de la Comisión, de julio de 2008, se reitera que los principales problemas son los que atañen a los sujetos negociadores, eficacia y alcance de lo pactado y se añaden además otros problemas u obstáculos como el de la tutela de lo pactado (*“dispute settlement”*) y el problema de la aplicación de las reglas del Convenio de Roma¹⁴⁸¹. Parece evidente que conjugar el ejercicio de las libertades de mercado, la movilidad de empresas y de capitales, con el ámbito nacional de la práctica de la negociación colectiva tradicional es materia especialmente sensible, sobre la que es difícil obtener un amplio consenso político en el ámbito comunitario; principalmente porque no se tiene claro que modelo social y societario se pretende para Europa¹⁴⁸².

¹⁴⁷⁹ ALES, E., ENGBLOM, S., JASPERS, T., LAULOM, S., SCIARRA, S., SOBCZAK, A., y VALDÉS DAL- RÉ, F., “Transnational collective bargaining: past, present and future, Final Report, 2006 disponible en ec.europa.eu).

¹⁴⁸⁰ Documento de trabajo de la Comisión, disponible sólo en inglés, sin traducción en la página oficial de la Comisión, “The role of transnational company agreements in the context of increasing international integration”, de 2 de julio de 2008, COM (2008) 419 final.

¹⁴⁸¹ El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980, ha sido sustituido y modernizado por el Reglamento (CE) 593/2008 (Roma I) que establece una serie de normas de Derecho Internacional privado para las obligaciones contractuales y no contractuales en asuntos civiles y mercantiles.

¹⁴⁸² Decía PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Aporías de la negociación colectiva..”, cit., “De hecho existe, a mi juicio, un estrecho ligamen entre la concepción federalista de la Unión y la que apuesta por el desarrollo de una negociación colectiva comunitaria y, en sentido contrario,

5.- Procesos de revisión y evaluación de la normativa participativa realizados por la Comisión y por los expertos hasta la fecha.- Que por las razones argumentadas en el apartado anterior se haya considerado que es muy poco probable que vaya a profundizarse en mayor medida en el ámbito comunitario en materia participativa, no quiere decir que no se hayan iniciado por parte de la Comisión Europea, apoyándose en diversos grupos de expertos, interesantes procesos de evaluación, estudio y revisión de la normativa participativa en vigor. Del análisis de los trabajos realizados hasta la fecha, así como, al hilo de este análisis, procede apuntar algunas propuestas de cara a una revisión de futuro de las Directivas participativas, prevista en el propio articulado de las mismas. En primer lugar, la Directiva marco 2002, preveía su revisión “*a más tardar el 23 de marzo de 2007*” (art. 12)¹⁴⁸³; en segundo lugar, la Directiva CEU 2009 prevé dicha revisión “*a más tardar el 5 de junio de 2016*” (art. 15)¹⁴⁸⁴; y por último, el artículo 15 de la Directiva SE 2001 establecía que la revisión debía efectuarse “*a más tardar el 8 de octubre de 2007*” (art. 15)¹⁴⁸⁵. En los tres casos, el hecho de que se anuncie una futura revisión no significa que vaya a proponerse una reforma normativa, ni obliga a ello, pues en los tres supuestos se establece que se propondrán modificaciones “*en su caso*¹⁴⁸⁶”, “*cuando proceda*¹⁴⁸⁷” y “*si fuere necesario*¹⁴⁸⁸”. En cualquier caso, con respecto a las

una prevención liberal frente a cualquier desarrollo de un sistema comunitario de negociación colectiva”.

¹⁴⁸³ Art. 12 de la Directiva Marco 2002: “*A más tardar el 23 de marzo de 2007, la Comisión, en consulta con los Estados miembros y los interlocutores sociales a escala comunitaria, revisará la aplicación de la Directiva, a fin de proponer, en su caso, las modificaciones necesarias*”.

¹⁴⁸⁴ Art. 15 de la Directiva CEU 2009: “*A más tardar el 5 de junio de 2016, la Comisión presentará un informe al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la ejecución de lo dispuesto en la presente Directiva, adjuntando, cuando proceda, las propuestas oportunas*”.

¹⁴⁸⁵ Art. 15 de la Directiva SE 2001: “*A más tardar el 8 de octubre de 2007, la Comisión en consulta con los Estados miembros, los interlocutores sociales y nivel comunitario, revisará las modalidades de aplicación de la presente Directiva, con el fin de proponer al Consejo, si fuere necesario, las modificaciones oportunas*”.

¹⁴⁸⁶ Art. 12 Directiva marco 2002.

¹⁴⁸⁷ Art. 15 Directiva CEU 2009.

¹⁴⁸⁸ Art. 15 Directiva SE 2001.

Directivas marco 2002 (apartado A) y Directiva SE 2001 (apartado B), que debían ser revisadas antes de 2007, la Comisión llevó a cabo sendos procesos de revisión, cuyos resultados expresó mediante Comunicaciones de la Comisión de 2008¹⁴⁸⁹. En dichas Comunicaciones de 2008 se argumentaba que no procedía de momento avanzar en dichas revisiones y/o que no había transcurrido el tiempo necesario para evaluar la aplicación de la normativa. Por otro lado, como ya se ha dicho, la Directiva CEU 2009 vino a mejorar, derogar y sustituir a la Directiva CEU de 1994. En el artículo 15 de la Directiva CEU 2009 está prevista una nueva revisión de la misma antes de 2016 (apartado C).

A.- Con respecto a la Directiva marco 2002, la Comisión consultó en 2008 a los Estados miembros y a los interlocutores sociales mediante un cuestionario sobre la revisión de la aplicación de la Directiva y encargó un estudio sobre dicha revisión a determinados expertos independientes¹⁴⁹⁰. En la Comunicación de la Comisión de 2008 se identifican diversas disposiciones de la Directiva que requieren mayor clarificación o verificación, que son prácticamente todas y, a su vez, se relatan con detalle las consultas realizadas y las posturas o posiciones manifestadas, tanto por los Estados miembros como por los interlocutores sociales, en punto a la revisión de la norma. Con respecto a la posición de los Estados miembros, señalaba la Comisión que *“todos los Estados miembros consideran la Directiva suficientemente flexible y adecuada”* y que esperan que *“el impacto en sus legislaciones sea mínimo, puesto que hace tiempo que disponen de legislación en ese ámbito”*. Así, *“la mayoría de los Estados miembros no creen que sea necesario revisar la Directiva. Otros señalaron que es demasiado pronto para tal revisión”*. Por último, decía la Comisión *“por lo que se refiere a la cuestión de aclarar cualquier disposición de la Directiva, la mayoría de los Estados miembros respondieron negativamente”*,

¹⁴⁸⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité de Regiones y al Comité Económico y Social Europeo relativa al estudio sobre la aplicación de la Directiva 2002/14/CE en la Unión Europea, de 17.3.2008, COM (2008) 146 final; y Comunicación de la Comisión de 30.9.2008 sobre el re-examen de la Directiva 2001/86 SE, COM (2008) 591 final.

¹⁴⁹⁰ Este estudio puede verse en la web de la Comisión Europea: ALES, E., “Directiva 2002/14/EC establishing a general Framework for information and consultation in the European Community, Synthesis Report”, octubre 2007.

únicamente dos de veintisiete, respondieron afirmativamente¹⁴⁹¹. En cuanto a la posición de los interlocutores sociales, la parte social, la CES -Confederación Europea de Sindicatos- consideraba que la Directiva tiene un impacto positivo si bien llamaba la atención sobre determinados aspectos que deberían mejorarse y, especialmente, *“que era necesario armonizar las Directivas vigentes para evitar duplicidades*¹⁴⁹²”. Por el contrario, la parte empresarial representada por la organización empresarial europea *BusinessEurope*, consideraba que *“el impacto era aún incierto”*, que no era necesario revisar y clarificar la normativa y tampoco *“mejorar la coherencia entre las Directivas en materia de información y consulta”*. La Comisión concluye en esta Comunicación de 2008, que *“se necesita más tiempo para realizar una evolución definitiva”*: *“es demasiado pronto”* por lo que *“no está previsto que se propongan modificaciones de la Directiva marco 2002*¹⁴⁹³”. La Comisión en 2008 no se pronunciaba sobre si había o no que mejorar la coherencia entre las Directivas. En el mismo sentido, la mayoría de los Estados miembros habían señalado que no existía *“ninguna dificultad respecto a la relación entre las distintas Directivas de la Unión Europea en el ámbito de la información y consulta*¹⁴⁹⁴”. Finaliza esta Comunicación de la Comisión de 2008 con buenas intenciones relativas a la necesidad de adoptar nuevas medidas para la ejecución efectiva de la Directiva, anunciando a su vez campañas de sensibilización, seminarios, cursos de formación y ayuda financiera¹⁴⁹⁵. Lo más llamativo de esta Comunicación es, sin duda, que da la impresión de que se evalúa la Directiva en función de cómo y en qué medida se han adaptado o no las disposiciones nacionales a la norma comunitaria, señalando que existen enormes diferencias o divergencias, y/o estableciendo

¹⁴⁹¹ Punto 4.1, Posición de los Estados miembros, p. 8.

¹⁴⁹² Punto 4.2, Posición de los Interlocutores sociales, pp. 8-9: *“La CES -Confederación Sindical Europea- considera que la Directiva tiene un impacto positivo, en particular al hacer que las relaciones laborales sean más participativas, a pesar de la imprecisión de algunas disposiciones, la fragilidad de los procedimientos y las sanciones, y de que no se haga referencia a los sindicatos. Asimismo, llamó la atención sobre los intentos de apartarse de los procedimientos vigentes y de los organismos de representación”*.

¹⁴⁹³ Punto 5, Conclusiones, p. 11.

¹⁴⁹⁴ Punto 4.3, Evaluación, p. 10.

¹⁴⁹⁵ Punto 5, Conclusiones, p. 11.

que se reproduce literalmente lo dispuesto en la misma, pero sin plantearse abiertamente que ello podría ser el resultado o la consecuencia de la enorme laxitud o flexibilidad que presentan como nota más significativa la mayoría de las disposiciones que contiene la norma comunitaria, la Directiva marco 2002.

Interesa detenerse en las Conclusiones presentadas en el Informe-estudio realizado por el grupo de expertos independiente anteriormente en octubre de 2007 anteriormente citado, que contiene un extenso análisis sobre la Directiva marco 2002 y la incorporación de esta norma en los distintos ordenamientos jurídicos internos. A la vista de las conclusiones presentadas por los expertos es altamente llamativo que la Comisión no haya optado por una revisión normativa de la Directiva marco 2002. Estas conclusiones que pueden verse en la página 34 del citado Informe, identifican importantes problemas, entre los cuales los más relevantes son los siguientes:

1.- Puesto que en muchos Estados miembros no está prevista la obligación legal de establecer sistemas de representación laboral, en bastantes centros de trabajo no podrán ejercerse los derechos de información y consulta que la norma reconoce a los representantes de los trabajadores.

2.- Los conceptos de “*empresa*”, “*centro de trabajo*” y “*trabajador*” son tan vagos e indeterminados que podrían conducir a una reducción significativa del ámbito de aplicación de la norma.

3.- Casi ningún Estado miembros ha definido: “*información adecuada*”, “*momento, manera y contenido adecuado de la consulta*” (art. 4.4); ni tampoco el “*legítimo interés de la empresa o del centro de trabajo*”, en relación con la información confidencial según lo dispuesto en el artículo 6.1 de la norma.

4.- Los mayores problemas de aplicación se plantean con respecto a la regulación sobre la dispensa empresarial en punto a la transmisión de informaciones muy sensibles prevista en el artículo 6.2 (*Supra, cap. 4º, apartado 1.3.2*)¹⁴⁹⁶ y sobre la protección y tutela de los derechos mediante recursos

¹⁴⁹⁶ Para el grupo de expertos, la situación es “*desolating*”, pues dice, algunos Estados miembros no han previsto nada al respecto y la mayoría reproduce lo dispuesto en la Directiva, sin que se determinen los casos específicos, las condiciones y los límites en los que podría denegarse el acceso a la información y consulta, como requiere el artículo 6.2 de la norma.

administrativos o judiciales en caso de que el empresario exija confidencialidad o no facilite información prevista en el artículo 6.3 (*Supra, cap. 4º, apartados I.3.4 y III.1*).

Por su parte, la Comisión había identificado algunas cuestiones “*en las que la correcta y completa transposición de los requisitos de la Directiva por los Estados miembros puede estar comprometida y necesitar una clarificación y verificación adicionales*”, que son las siguientes¹⁴⁹⁷:

1.- En cuanto al ámbito de aplicación de la norma, el cálculo legítimo de las cifras mínimas de trabajadores debe realizarse de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.- En cuanto a las modalidades prácticas de la información y consulta, se observa que en algunas legislaciones internas no se prevé el derecho de consulta o no se contempla la obligación del empresario de dar respuestas razonadas a los dictámenes de los representantes de los trabajadores. A su vez, decía la Comisión “*en algunos Estados miembros los interlocutores sociales se ponen de acuerdo sobre modalidades prácticas de información y consulta que difieren de lo dispuesto en la Directiva (art. 4)*”.

3.- Respecto de la información confidencial, señala la Comisión que la mayoría de los Estados no habían añadido nada a lo ya dispuesto en la norma, dejando cualquier especificación en manos de la jurisprudencia o de los acuerdos entre los actores sociales. Se señalan en este punto algunas de las deficiencias de la norma más importantes pero no se plantea que sea necesario establecer propuestas de mejora¹⁴⁹⁸.

¹⁴⁹⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité de Regiones y al Comité Económico y Social Europeo relativa al estudio sobre la aplicación de la Directiva 2002/14/CE en la Unión Europea, de 17.3.2008, COM (2008) 146 final, punto 3, Conclusiones a raíz del análisis de las medidas de transposición, pp. 4-8.

¹⁴⁹⁸ Se señalaba, en la p. 6 de la Comunicación de la Comisión de 2008, determinadas cuestiones que requieren atención, en los términos siguientes: “1.- *la falta de disposiciones explícitas en la legislación de transposición sobre la continuidad de las obligaciones de confidencialidad, incluso una vez que haya vencido el mandato de los representantes de los trabajadores, o la limitación de tal obligación aun período definido a partir del vencimiento del mandato; 2.- la posibilidad de que leyes específicas califiquen una información de confidencial, sin especificar los criterios en los que se basan, en especial si existe algún interés legítimo de la empresa o cualquier riesgo de perjuicio para la misma con arreglo a criterios objetivos; 3.- la conformidad de los actos nacionales que prevean que una información concreta es confidencial por el simple hecho de que el empresario la comunique confidencialmente y que sólo pierde dicha característica cuando la parte competente decida que ha dejado de tener carácter confidencial*”.

4.- Sobre la protección de los representantes de los trabajadores, la Comisión señala que *“todos los Estados miembros parecen dar una protección y garantías adecuadas a los representantes de los trabajadores a fin de permitirles realizar sus tareas correctamente”*.

5.- En cuanto a la defensa de los derechos, la Comisión se limita a afirmar que *“todos los Estados miembros prevén procedimientos administrativos y judiciales adecuados para garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa”*. Si bien, *“es necesario comprobar si las medidas vigentes garantizan que las infracciones pueden dar lugar a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”*.

6.- Por último, en punto a la relación entre la Directiva y otras disposiciones comunitarias y nacionales, ésta *“no parece ser un problema”*¹⁴⁹⁹.

En definitiva, pueden apreciarse diferentes matices en la redacción entre los importantes problemas presentados en las Conclusiones del grupo de expertos y las cuestiones identificadas por la Comisión. La Comisión no se planteaba en 2007 las deficiencias de la Directiva marco 2002, sino las propias de las normas nacionales de transposición de la misma. Ni tampoco expresaba que fuera necesario mejorar la coherencia entre las normas comunitarias participativas existentes en dicha fecha. Es conveniente señalar en este punto que desde hacía varios años el Parlamento Europeo sí se había pronunciado ya en diversas ocasiones sobre la conveniencia de mejorar la articulación y coherencia de la normativa¹⁵⁰⁰. Más recientemente, en 2009, año en el que se

¹⁴⁹⁹ En este sentido, se dispone en la Comunicación de la Comisión, p. 6, que *“la mayoría de los actos nacionales de transposición establecen que no afectan o no van en perjuicio de las disposiciones nacionales de transposición de otras Directivas en materia de información y consulta. La interacción de las Directivas mencionadas no parece ser problema en los países que transpusieron todas las Directivas en un solo acto, en particular modificando su código laboral. Esto puede llegar a ser un problema en caso de que tal transposición se lleve a cabo mediante distintos actos en formas que podrían no ser del todo coherentes, por lo que se refiere a los beneficiarios de los derechos de información y consulta (posible duplicación de actores) o a las modalidades procedimentales de tal información y consulta”*.

¹⁵⁰⁰ En este sentido, el punto 1 de la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de mayo de 2007 sobre el fortalecimiento de la legislación comunitaria en el ámbito de la información y consulta a los trabajadores (DO C 76 E de 27.3.2008, p. 138-140). *“Pide a la Comisión que, como ya le ha solicitado en varias ocasiones y recientemente en la Resolución de 15 de marzo de 2006, haga lo necesario para que se examine y actualice la legislación comunitaria relativa a la información y la consulta de los trabajadores con el fin de garantizar un marco jurídico coherente y eficaz,*

aprueba la nueva Directiva CEU 2009, el Parlamento Europeo defiende que las revisiones de las Directivas participativas *“deberían introducirse simultáneamente, para evitar solapamientos y contradicciones”*. En este sentido, *“pide a la Comisión que examine los requisitos en materia de coordinación de las Directivas 94/45/CE, 98/59/CE, 2001/23/CE, 2001/86/CE, 2002/14/CE y 2003/72/CE y del Reglamento (CE) 2157/2001, para estudiar la necesidad de proceder a modificaciones para eliminar los solapamientos y las contradicciones; considera que las posibles modificaciones deberían introducirse simultáneamente”*¹⁵⁰¹. A su vez, desde 2007 el Parlamento Europeo viene solicitando a la Comisión que se examine y actualice la legislación comunitaria relativa a la información y consulta de los trabajadores, *“con el fin de garantizar un marco jurídico coherente y eficaz, evitar la incertidumbre jurídica y mejorar la vertebración del diálogo social entre los niveles nacionales y europeo”*¹⁵⁰².

B.- Con respecto a la Directiva SE 2001, también la Comisión encargó un estudio a expertos independientes y a su vez envió a los Estados miembros y a los interlocutores sociales europeos un cuestionario, con el objeto de que se realizara un proyecto de informe. Puede consultarse, en este sentido, la Comunicación de la Comisión de 2008 en la que se relatan los resultados de las labores de revisión de la Directiva SE 2001 por la Comisión¹⁵⁰³. Como conclusión general, consideraba la Comisión en 2008 que no había transcurrido el tiempo suficiente, que era demasiado pronto, para revisar la Directiva. Ya se dijo que debido al retraso en las labores de transposición, la regulación sobre la Sociedad anónima europea no pudo aplicarse en todos los Estados miembros de la Unión

evitar la incertidumbre jurídica y mejorar la vertebración del diálogo social entre los niveles nacionales y europeo”.

¹⁵⁰¹ En este sentido el punto 30 de la Resolución del Parlamento Europeo de 19 de febrero de 2009 sobre la aplicación de la Directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DO C 76 E de 25.3.2010).

¹⁵⁰² En este sentido, el punto 1 de la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de mayo de 2007 anteriormente citado.

¹⁵⁰³ Comunicación de la Comisión de 30.9.2008 sobre el re-examen de la Directiva 2001/86 SE, COM (2008) 591 final. Se señala en esta Comunicación que puede accederse a los documentos de trabajo del grupo de expertos y al propio Informe-final en la página web de la Comisión, pero no parecen estar disponibles a fecha de hoy.

hasta finales de 2007 (*Supra*, cap. 2º, apartado V.2.3). Reconoce la Comisión “la complejidad del procedimiento que la Directiva establece para la implicación de los trabajadores¹⁵⁰⁴”. Además, puesto que la revisión del Reglamento sobre la SE 2001 estaba prevista para finales de 2009, la Comisión decide posponer la revisión de la Directiva SE, complementaria de dicho Reglamento, para ese momento. Con respecto a la Comunicación de la Comisión de 2008 sobre la revisión de la Directiva SE, no hay demasiadas notas a señalar pues, básicamente, esta Comunicación se limita a repasar el contenido de la Directiva¹⁵⁰⁵. Señala a su vez que “la mayoría de los Estados miembros y de los interlocutores europeos consideran que por el momento la Directiva SE no requiere modificación ni aclaración alguna¹⁵⁰⁶”.

De nuevo es altamente llamativo que no se propongan modificaciones a una norma a pesar de haber identificado importantes cuestiones que merecen atención y revisión. La propia Comunicación de la Comisión de 2008 destacaba las siguientes “cuestiones que merecen una mayor atención”:

1.- Participación de los trabajadores a nivel de grupo: debe aclararse esta cuestión pues una interpretación literal de determinadas disposiciones de la Directiva SE¹⁵⁰⁷, podría dar lugar a que trabajadores de empresas que disfrutaban de derechos de participación interna a nivel de grupo fueran privados de estos derechos tras la creación de una Sociedad anónima europea, debido al hecho de que la empresa en la que trabajan no es una empresa participante en el sentido de la Directiva, sino simplemente una filial de una empresa participante.

¹⁵⁰⁴ Punto 5, Conclusiones, Comunicación de la Comisión de 30.9.2008...cit., p. 9.

¹⁵⁰⁵ Punto 3, Contenido de la Directiva: principio fundamental; procedimiento de negociación; contenido del acuerdo, disposiciones de referencia; reserva y confidencialidad, espíritu de cooperación y protección de los representantes de los trabajadores; uso indebido de los procedimientos, pp. 3-6.

¹⁵⁰⁶ Punto 4, Cuestiones planteadas por los Estados miembros y por los interlocutores sociales europeos durante la consulta, Comunicación de la Comisión de 2008 sobre re-examen de la Directiva SE, .. cit., p. 6.

¹⁵⁰⁷ Artículo 3, apartado 4, párrafo segundo; artículo 7, apartado 2 y Parte 3, letra b del Anexo de la Directiva SE 2001.

2.- Cambios que se producen en la Sociedad anónima europea tras su creación: debe abordarse la ausencia de mecanismos en la Directiva para hacer frente a situaciones que podrían suponer una pérdida o reducción de los derechos de participación interna, por ejemplo, en el supuesto de una Sociedad anónima europea que tenga pocos o ningún trabajador en el momento de su creación pero que aumente su personal posteriormente y/o supuestos en los que una Sociedad anónima europea sujeta a la participación de los trabajadores transfiera su sede social y sea absorbida por una empresa de un tipo diferente en la que no hay participación, o ésta sea inferior¹⁵⁰⁸.

3.- Complejidad del procedimiento para la implicación de los trabajadores: En este punto se señala que *“los Estados miembros han señalado la necesidad de simplificar y de armonizar los procedimientos establecidos por las diversas Directivas relativas a la información, la consulta y la participación de los trabajadores”*. Añadiéndose que *BusinessEurope* –la patronal europea– considera *“que las disposiciones son excesivamente complicadas¹⁵⁰⁹”*; y que la Confederación Sindical Europea, por su parte, presenta determinadas cuestiones que deben modificarse¹⁵¹⁰.

¹⁵⁰⁸ Señala la Comisión en este punto que el artículo 16 apartado 7 de la Directiva 2005/56/CE relativa a fusiones transfronterizas de sociedades de capital, obliga a la empresa resultante de la fusión a garantizar que los derechos de participación de los trabajadores se protejan durante un periodo de 3 años. Así, las normas sobre la participación de los trabajadores en la empresa que resulta de una fusión transfronteriza deberán aplicarse *mutatis mutandi*.

¹⁵⁰⁹ Punto 4.5, p. 8: *“BusinessEurope considera que las disposiciones son excesivamente complicadas y estructuradas en torno a la participación de los trabajadores y la creación de una comisión negociadora especial ha sido un obstáculo importante que impide a las sociedades hacer un mayor uso del Estatuto de la Sociedad Europea. En su opinión, es necesaria una mayor flexibilidad a fin de consolidar la autonomía de negociación de los interlocutores sociales a nivel de empresa, y así poder llegar a soluciones acordadas adaptadas a las necesidades de la empresa y de sus trabajadores”*.

¹⁵¹⁰ Punto 4.6, p. 9: *“a) no debe excluirse de las negociaciones la dimensión del órgano en que se ejerce la participación; b) para determinar el nivel de participación con vistas a aplicar el principio antes-después, deberán tenerse en cuenta no sólo los derechos de participación ejercidos en la práctica, sino también los derechos de participación que concede la legislación nacional pero que en la práctica no se ejercen; c) en el seno de la Sociedad anónima europea, se deberá otorgar a los representantes de los trabajadores un nivel de protección uniforme; d) el órgano de representación deberá implicarse, por lo menos, en el mismo momento en que la información y la consulta sean exigidas por la legislación nacional; e) la representación de intereses particulares de los trabajadores más jóvenes y de los trabajadores con discapacidad deberá garantizarse a nivel europeo”*.

De mayor interés que esta Comunicación de la Comisión de 2008 sobre la revisión de la Directiva SE, es sin duda un Informe posterior, de 2010, de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento SE de 2001¹⁵¹¹, que viene acompañado de diversos documentos de trabajo relativos a un inventario de Sociedades anónimas europeas, sus características, así como la normativa que se aplica en los distintos Estados miembros¹⁵¹². Este Informe de la Comisión de 2010 se apoya en un extenso estudio realizado por la consultora Ernst & Young en 2009¹⁵¹³ y, reproduciendo los principales hallazgos y conclusiones del mismo, presenta una interesante relación de argumentos y de fuerzas negativas y positivas para la creación de una Sociedad anónima europea, así como una exposición de los problemas más importantes¹⁵¹⁴:

1.- En cuanto a la creación de una Sociedad anónima europea, los obstáculos más importantes son los costes de establecimiento, la lentitud y complejidad de los procedimientos y la inseguridad jurídica del proceso de constitución; factores éstos que se derivan en su mayor parte de la falta de uniformidad del Estatuto de la Sociedad anónima europea y de sus numerosas remisiones a las legislaciones nacionales. En cuanto al procedimiento de negociación sobre modalidades de implicación de los trabajadores, previo al establecimiento de una Sociedad anónima europea, las opiniones difieren según sean los sindicatos o los empresarios los consultados.

2.- Con respecto a la vida de la Sociedad anónima europea, se analiza en profundidad el tema relativo a la coincidencia o no entre el domicilio social y la sede central de la Sociedad en un mismo Estado miembro, o en el caso de

¹⁵¹¹ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la Aplicación del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, de 17.11.2010, COM (2010) 676 final.

¹⁵¹² Pueden consultarse en la página web de la Comisión: Commission Staff Working Document, de 17.11.2010, SEC (2010) 1391 final.

¹⁵¹³ Puede verse en la página web de la Comisión, apartado relativo al mercado interior. "Study on the operational and the impacts of the Statute for a European Company (SE), 2008/S 144/192482", Final Report de 9 de diciembre de 2009. En especial, su capítulo cuarto, pp. 270-288, contiene las principales conclusiones relativas, por un lado, a un análisis sobre la eficiencia del Reglamento y, por otro, a señalar las recomendaciones para una posible modificación del mismo.

¹⁵¹⁴ Punto 3, pp. 3-7.

algunos Estados miembros en la misma localidad¹⁵¹⁵. Se plantean, además, problemas concretos relativos a las Sociedades anónimas europeas durmientes que se activan, a las que se convierten en empresas o sociedades nacionales, entre otros. Se resalta también el alto número de Sociedades anónimas europeas durmientes o sin actividad que se compran para ahorrar tiempo y dinero y evitar procedimientos más complejos y la necesidad de satisfacer rigurosos requisitos transfronterizos.

3.- Con respecto al coste, denominado cargas administrativas, que supone el Reglamento SE, la Comisión señala en este Informe de 2010 que, por indicación del Grupo de Alto Nivel de partes implicadas independientes sobre cargas administrativas: *“toda futura reforma del Estatuto sobre la Sociedad anónima europea debería tener en cuenta la necesidad de reducir las cargas administrativas..(..).. y que se estudien las posibilidades de recortar las obligaciones asociadas a la comunicación y publicación de información, el uso de expertos independientes y la celebración de reuniones¹⁵¹⁶”*.

Es muy llamativo, de nuevo, las diferencias entre lo dispuesto en el Informe de los expertos y lo contenido en el Informe de la Comisión. Como muestra pueden observarse los diferentes matices entre lo dispuesto en la primera línea de las Conclusiones del Informe de la Comisión de 2010, *“pese a haberse alcanzado en cierta medida los objetivos originales del Estatuto de la Sociedad anónima europea, la situación puede mejorarse”*, frente a lo dispuesto en la primera línea de las Conclusiones del Estudio de la consultora Ernst & Young, *“existe una discrepancia entre los objetivos iniciales del Reglamento sobre la Sociedad anónima europea y la realidad actual de las Sociedades anónimas europeas¹⁵¹⁷”*. Si bien, es la propia Comisión la que nos recuerda que *“este Estatuto es el resultado del delicado compromiso al que se llegó tras largas*

¹⁵¹⁵ Como se dijo (*Supra*, cap. 3º, apartado II.4.5), la jurisprudencia comunitaria, durante el periodo de *vacatio legis* del Reglamento, permitió aceptar la separación del domicilio social y de la sede central de las empresas en la Unión Europea.

¹⁵¹⁶ Punto 5, p. 10 Informe de la Comisión de 2010. Se cita en este sentido el Dictamen del Grupo de Alto Nivel de 20 de mayo de 2010, punto 30.

¹⁵¹⁷ En inglés en el texto original del citado Estudio de Ernst & Young, op. cit., p. 270: *“In respect to the efficiency of the SE Statute, there is a discrepancy between the initial objectives of the SE Statute and the current reality of the SEs”*.

negociaciones”, señalándose a continuación, que se está realizando un ejercicio de reflexión sobre posibles modificaciones “*que en caso de prosperar, tendrían que efectuarse paralelamente a una revisión de la Directiva SE*”. A su vez, para los expertos de Ernst and Young, pero también para otros importantes investigadores¹⁵¹⁸, las reformas sobre la regulación de la Sociedad anónima europea deben relacionarse y están ligadas tanto a la Directiva 2005/56/CE sobre fusiones transfronterizas de las sociedades de capital, 10ª Directiva, como a lo que suceda en el futuro con las propuestas de 14ª Directiva sobre traslado transfronterizo del domicilio social y sobre el Estatuto de la Sociedad Privada Europea. En este sentido, como ya se señaló (*Supra, cap. 2º, apartado V.2.2 y cap. 3º, apartado II.4*), no ha de olvidarse que la regulación de la Sociedad anónima europea no puede analizarse exclusivamente bajo el prisma de la política social comunitaria y su contribución a ésta sino que, por el contrario, debe estudiarse como iniciativa dirigida a asegurar y regular la movilidad transnacional de las empresas en el mercado interno de la Unión Europea. De ahí que cualquier propuesta de mejora de la regulación sobre la Sociedad anónima europea debe realizarse necesariamente teniendo presentes ambos ámbitos o planos jurídicos, tanto el del derecho social como el del derecho societario comunitario.

C.- Con respecto a la Directiva CEU 2009, ya se ha dicho que esta norma constituye en sí misma una revisión de la derogada Directiva CEU de 1994. La nueva normativa sobre Comités de empresa europeos aprobada en 2009 tuvo por finalidad, según se especifica en su Exposición de motivos: 1.- *“incrementar la proporción de los Comités de empresa europeos*, 2.- *resolver los problemas observados de aplicación práctica de la Directiva 94/45/CE*, 3.- *poner remedios a la inseguridad jurídica derivada de algunas de disposiciones u omisiones, así como* 4.- *mejorar la articulación de los instrumentos legislativos comunitarios en materia de información y consulta a los trabajadores*¹⁵¹⁹”. Con

¹⁵¹⁸ STOLLT, M. y KLUGE, N., “The potencial of employee involvement in the SE to foster the Europeanization of labour relations” y VAN HET KAAR R., “The European Company (SE) Statute: up against increasing competition?”, ambos artículos en la Revista *Transfer: European Review of Labour and Research*, nº 17 (2), mayo 2011, pp. 181-191 y 193-201, respectivamente.

¹⁵¹⁹ Considerando nº 7 de la Exposición de motivos de la Directiva CEU 2009.

respecto a la revisión de la normativa interesa resaltar, por un lado, que la doctrina laboralista ha considerado mayoritariamente que la reforma normativa operada en 2009 no ha resuelto con éxito la consecución de los objetivos pretendidos, establecidos en la Exposición de motivos de la norma. Por otro lado, que puesto que la revisión de esta nueva Directiva de 2009 no está prevista “hasta 2016”¹⁵²⁰, no es de extrañar que no se encuentren documentos comunitarios que reflejen algún tipo de actividad con respecto a una futura revisión de la Directiva CEU 2009, a salvo de un Informe de un grupo de expertos relativo a la incorporación de la Directiva CEU 2009 a los ordenamientos internos¹⁵²¹. Es muy significativo, como ya se ha dicho (*Supra, conclusiones, punto 4*), que ni en la nueva Estrategia de la Comisión 2020, ni en los Programas de trabajo anuales de la Comisión para la consecución de dicha Estrategia 2020¹⁵²², se mencionan la mejora de los derechos participativos y la revisión de la Directiva CEU 2009. En la misma línea, tampoco en recientes Informes de la Comisión sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales, el último publicado en la página web de la Comisión data de 2012¹⁵²³, se menciona expresamente, ni que sea necesario revisar la normativa sobre participación en la empresa en términos generales, ni, en términos más concretos, que esté

¹⁵²⁰ Art. 15 Directiva CEU 2009.

¹⁵²¹ El Informe del grupo de expertos encargado por la Comisión Europea, “Report Group of Experts Implementation of Recast Directive 2009/38/EC on European Works Councils”. Diciembre de 2010, puede consultarse en la página web de la Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos sociales e Inclusión.

¹⁵²² El Programa de trabajo de la Comisión de 2013 puede verse en la página web de la Comisión. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Consejo Económico y Social Europeo, al Comité de Regiones. Programa de Trabajo de la Comisión de 2013. Estrasburgo 23.10.2012, COM (2012) 629 final.

¹⁵²³ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de regiones. Informe de 2011 sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Bruselas 16.4.2012, COM (2012) 169 final. Pueden verse también: Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de regiones. Informe de 2010 sobre la aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Bruselas 30.3.2011, COM (2011) 160 final; la Comunicación de la Comisión. Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de Derechos Fundamentales por la Unión Europea, Bruselas 19.10.2010, COM (2010) 573 final; la Comunicación de la Comisión sobre “Respeto de la Carta de Derechos Fundamentales en las propuestas legislativas de la Comisión, Metodología para un control sistemático y riguroso”, COM (2005) 172 final de 27.4.2005; y el Informe sobre el funcionamiento práctico de la metodología para un control sistemático y riguroso del respeto a la Carta de Derechos Fundamentales, COM (2009) 205 de 29.4.2009.

prevista una revisión futura de la Directiva CEU 2009. Como se ha visto a lo largo de este trabajo, la misión de la Comisión con respecto a la Carta de Derechos Fundamentales se limita a asegurar que se respeten dichos derechos en la elaboración de propuestas normativas, y también en actuaciones no legislativas¹⁵²⁴, siguiendo una metodología¹⁵²⁵ y unas orientaciones operativas¹⁵²⁶, con la finalidad de controlar o evaluar su impacto y promover el diálogo institucional¹⁵²⁷.

La doctrina es unánime en expresar que la nueva Directiva CEU 2009 no ha satisfecho las expectativas de mejora que se esperaban de la reforma de la derogada Directiva CEU de 1994¹⁵²⁸. Señala algún autor que es muy difícil

¹⁵²⁴ *“Estas evaluaciones alcanzarán también a algunos actos de ejecución -comitología- que pudieran tener repercusiones significativas. Dicha evaluación debe servir para identificar los derechos fundamentales potencialmente afectados, el nivel de interferencia con el derecho en cuestión así como la necesidad y la proporcionalidad de esta interferencia en términos de opciones de acción y de los objetivos que se pretenden alcanzar”*, En el Informe de la Comisión de 2010 sobre la aplicación de la Carta de Derechos fundamentales, cit., p. 7.

¹⁵²⁵ Puede verse sus rasgos principales en la Comunicación de la Comisión sobre “Respeto de la Carta de Derechos Fundamentales...”, cit., y en el Informe sobre el funcionamiento práctico de la metodología... cit.

¹⁵²⁶ Sobre las orientaciones operativas puede consultarse el Informe de la Comisión de 2010 sobre la aplicación de la Carta de Derechos fundamentales, cit., p. 6, que recoge una lista de control de los derechos fundamentales: 1.- ¿De qué derechos fundamentales se trata? 2.- ¿Son derechos absolutos (que no pueden someterse a ninguna limitación –por ejemplo, la dignidad humana y la prohibición de tortura)? 3.- ¿Cuál es el impacto de las distintas opciones políticas posibles en los derechos fundamentales? ¿Es un impacto positivo (fomento de los derechos fundamentales) o negativo (limitación de los mismos)? 4.- Las opciones posibles, ¿tienen a la vez un impacto positivo y negativo en función de los derechos fundamentales de que se trate (por ejemplo, impacto negativo en la libertad de expresión y positivo en la propiedad intelectual)? 5.- Las posibles limitaciones de los derechos fundamentales, ¿estarían expresadas de una manera precisa y previsible? 6.- Llegado el caso, las limitaciones aportadas a los derechos fundamentales: ¿serían necesarias para alcanzar un objetivo de interés general o para proteger los derechos y libertades de otros (qué objetivo, qué derechos y qué libertades)? ¿serían proporcionales al objetivo perseguido? ¿se ajustarían al contenido esencial de los derechos fundamentales en cuestión?

¹⁵²⁷ Como se señala en el citado Informe de la Comisión de 2010 sobre la aplicación de la Carta, ... cit., pp. 13-14, *“Para elaborar el Informe anual, la Comisión trabajará en colaboración con todas las instituciones y todas las partes interesadas, con el fin de recoger la información y los datos necesarios, incluida la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de las jurisdicciones nacionales cuando se refieren al Derecho de la Unión”*; *“el objetivo del Informe será permitir, con transparencia, continuidad y coherencia, que se haga balance de los progresos realizados; recogerá lo que se haya hecho y lo que quede por hacer para garantizar una efectiva aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales”*.

¹⁵²⁸ Con respecto a la doctrina española puede consultarse: GÓMEZ GORDILLO, R., “La reforma de la Directiva cit.”; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “La reforma de la Ley

calificar o evaluar, objetivamente e inequívocamente, como éxito o como fracaso esta reforma, planteándose en este sentido que no es posible, ni simple, evaluar una institución representativa transnacional tan compleja como lo es el comité de empresa europeo. Se plantea este mismo autor: ¿cuáles deben ser los criterios de evaluación o la perspectiva de la misma? ¿las expectativas de los trabajadores o de los sindicatos¹⁵²⁹? ¿las intenciones originales de la Comisión en 1994, las intenciones en 2009? ¿las demandas empresariales?¹⁵³⁰. Otro autor plantea que la eficacia de la norma debe estudiarse atendiendo a los contenidos y alcances de los acuerdos alcanzados a su amparo, verificándose si los ámbitos cubiertos por los acuerdos sirven realmente al objetivo de mejorar los derechos de información y consulta¹⁵³¹; tarea de difícil consecución ya que no existe un registro público europeo, ni de acuerdos ni de empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria. Desde la década de los noventa, distintas instituciones u organismos han ido elaborando bases de datos en relación con los Comités de empresa europeos¹⁵³². En términos cuantitativos, analizando

10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”, Relaciones Laborales 7/2011, quincena del 1 al 15 de abril de 2011, LA LEY 5180/2011; GONZÁLEZ BEGEGA, S. y KÖHLER, H. D., “Génesis política y nuevas coberturas de la Directiva revisada sobre comités de empresa europeos”, Cuadernos de Relaciones Laborales, vol. 29, nº 2, 2011, pp. 445-469; GARRIDO PÉREZ, E., “La reforma de la Directiva sobre CEU a la luz de la jurisprudencia del TJCE en relación a la información y consulta en estructuras complejas”, Revista de Derecho Social nº 49, 2010, pp. 125-145. Con respecto a la doctrina extranjera, puede verse la Revista Transfer: European Review of Labour and Research, nº 17, 2, mayo 2011: JAGODZINSKI, R., “EWCs after 15 years- success or failure?”, pp. 203-216; RIBAROVA, E., “Information and consultation arrangements: results from a transnacional study”, pp. 229-237; SCHUMANN, I., “EU integration and EU initiatives on employee participation and social dialogue”, pp. 239-249; y otros artículos en la misma revista.

¹⁵²⁹ La posición de la Confederación Europea de Sindicatos es analizada por BUSCHAK, W., “The practical and the legal problems of the European Works councils: reviewing the Directive”, en FITZGERALD, I. y STIRLING, J., *European Works Councils. Pessimism of the intellect, optimism of the will?*, London, Routledge, 2004, pp. 67-79.

¹⁵³⁰ JAGODZINSKI, R., “EWCs after 15 years...”, cit., p. 204. Argumenta este autor que puesto que no hay respuesta incondicional a estas preguntas, no es muy probable lograr una evaluación en términos de éxito o fracaso de la reforma de 2009.

¹⁵³¹ GÓMEZ GORDILLO, R., “La reforma de la Directiva...”, cit., p. 2.

¹⁵³² Inicialmente, la más relevante era la base de datos de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, Dublin. Uno de los estudios iniciales más completos fue el elaborado por BONETON, P., CARLEY, M., HALL, M., y KRIEGER, H., *Review of current agreements on information and consultation in European Multinationals*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 1996. A su vez, la publicación *European Works Councils Bulletin* a partir de 1995. En la actualidad las bases de datos más relevantes son las de la European Trade Unions Institute (ETUI), ETUI- EWC data base, que puede verse en la

datos hasta 2010, el porcentaje de cobertura de empresas multinacionales europeas computables, que entran en el ámbito de aplicación de la normativa sobre Comités de empresa europeos, alcanza a un 38,6 por 100; es decir, que por un lado puede apreciarse que aún queda mucho margen o potencial para el efectivo cumplimiento de la normativa; si bien, junto a ello, no debe despreciarse que el número de trabajadores representados por Comités de empresa europeos alcanza en la Unión Europea a cerca de 17.89 millones de trabajadores¹⁵³³. Con respecto al impacto real de dichos comités, lo que los británicos suelen denominar la europeización de las relaciones laborales como parámetro de calificación de la normativa sobre Comité de empresa europeos, la doctrina se encuentra dividida entre los euro-pesimistas, que consideran que siguen prevaleciendo las prácticas y sistemas nacionales de participación de los trabajadores en las empresas, con sus ventajas e inconvenientes, frente a los euro-optimistas, para los que la normativa sobre Comités de empresa europeos junto con las otras Directivas participativas analizadas han contribuido muy significativamente, y a lo largo de los años, a la mejora de la participación de los trabajadores en el ámbito de la Unión¹⁵³⁴.

En términos más concretos, con respecto a las virtudes y a los defectos de la Directiva CEU 2009 de cara a una muy poco probable revisión en el corto plazo, los aspectos que se detallan a continuación han sido señalados por los autores como más significativos; la mayoría de ellos ya han sido comentados a lo largo de este trabajo:

página web, ewcdb.eu; la de la Social Development Agency SDA- EWC data base, en la página web, da-asbl.org, y la base de datos de la Fundación Hans Böckler Stiftung, en la página web, boekler.de.

¹⁵³³ Información de la base de datos de la Social Development Agency (SDA), bajo el mandato de European Trade Union Congress (ETUC).

¹⁵³⁴ En términos similares, señalan GONZÁLEZ BEGEGA, S. y KÖHLER, H. D., "Génesis política y nuevas coberturas...", cit., p. 466: "Las posiciones más optimistas continuarán valorando el carácter abierto de la norma, apoyado en el principio de subsidiariedad, que materializa el resultado de un ejercicio de corporativismo europeo y facilita el control democrático de las empresas transnacionales. Por el contrario, las posiciones más pesimistas, seguirán los todavía actuales argumentos de STREECK (1997), que inciden en el minimalismo, escasa ambición y nula capacidad armonizadora de la norma. Para quienes han defendido estos argumentos, la Directiva revisada no será más que una constatación de la incapacidad para fijar un objetivo de convergencia de la fragmentaria realidad europea de instituciones y prácticas de representación de trabajadores a escala europea".

Como puntos positivos:

1.- Las nuevas definiciones de información y consulta introducidas en la Directiva CEU 2009, en consonancia con las previstas en las otras dos Directivas participativas.

2.- Nuevas obligaciones empresariales en el inicio del procedimiento de negociación, siguiendo las pautas indicadas por la jurisprudencia comunitaria¹⁵³⁵.

3.- Reconocimiento legal del papel de las organizaciones europeas de empleadores y de trabajadores y posibilidad de que representantes sindicales actúen como expertos en las Comisiones negociadoras. A su vez, se facilita a los miembros de estas comisiones y a los miembros de los Comités de empresa europeos la posibilidad de reunirse sin presencia empresarial.

4.- Cierta mejora, o al menos cierta toma de conciencia, sobre la distribución de competencias de información y consulta o articulación entre las representaciones nacional y transnacional (art. 12 de la Directiva CEU 2009).

¹⁵³⁵ GARRIDO PÉREZ, E., "La reforma de la Directiva sobre CEU a la luz de la jurisprudencia del TJCE en relación a la información y consulta en estructuras complejas", cit. En concreto, las siguientes sentencias del TJUE: asunto C-349/01 ADS ANKER; Asunto C/62/99 BOFROST y asunto c-440/00 KÜHNE & NAGEL. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., "La reforma de la Ley..", cit. En el asunto ADS ANKER, Sentencia de 15 de julio de 2004, el TJUE ha declarado que los Estados miembros están obligados a imponer a una empresa situada en su territorio, que se considere la dirección central de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, la obligación de facilitar a otra empresa del grupo establecida en otro Estado miembro la información que haya solicitado a ésta los representantes de los trabajadores, cuando esta última empresa no disponga de tal información y sea imprescindible para el inicio de las negociaciones con objeto de constituir un Comité de empresa europeo. En el asunto BOFROST, Sentencia de 29 de marzo de 2001, el TJUE había declarado que la Directiva impone a una empresa que pertenezca a un grupo de empresas la obligación de proporcionar información a los órganos internos de representación de los trabajadores, aunque no conste que la dirección a la que los trabajadores se dirigen sea la de la empresa que ejerce el control dentro de un grupo de empresas, y añade que cuando los datos sobre la estructura de la empresa sean una información imprescindible para iniciar las negociaciones con el fin de establecer un sistema de información y consulta, corresponderá a cualquier empresa de ese grupo proporcionar los datos de que disponga o que pueda obtener a los órganos internos de representación de los trabajadores que lo soliciten, y entregar los documentos precisos o aclarar la información imprescindible para ello. Por último, en el asunto KÜHNE, Sentencia de 13 de enero de 2004, el TJUE ha establecido que cuando la dirección no está establecida en un Estado miembro, la responsabilidad de proporcionar la información corresponderá a la dirección central presunta, y si ésta no lo hace, las direcciones de las demás empresas del grupo tienen la obligación de proporcionar a esa dirección central presunta la información de que dispongan o que puedan obtener, evitando así que el hecho de que la sede de la dirección central esté situada fuera de la Unión pueda ser un subterfugio para evitar la implantación de los mecanismos de información y consulta.

Como puntos negativos, que deberían ser objeto de mejora:

1.- La definición de transnacionalidad (*Supra, cap. 4º, apartado 1.2.2.1*) uno de los temas más polémicos es el relativo a determinar cuándo una materia o asunto es de ámbito estrictamente nacional o, por el contrario, transnacional¹⁵³⁶. Es criticable en este sentido que la norma de 2009 no haya acogido en su totalidad los criterios interpretativos expresados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁵³⁷.

2.- Los amplios umbrales relativos al número mínimo de trabajadores exigidos para que una empresa o grupo de empresas sean considerados de dimensión comunitaria: ¿no podrían acogerse otro tipo de criterios como el volumen de negocio o de ventas u otros?¹⁵³⁸ La determinación de los conceptos de “*empresa*”, “*centro de trabajo*”, “*trabajador*” y tipo de trabajadores incluidos en el cómputo no queda, como ya se dijo, exenta de problemática (*Supra, cap. 3º, apartado II.2*).

3.- Permanecen en la nueva normativa de 2009 los problemas relativos a la determinación de la empresa que ejerce el control en los grupos de empresa de dimensión comunitaria (*Supra, cap. 3º, apartado 1.3.1*), así como las dificultades para identificar a las direcciones empresariales responsables, máxime cuando estas direcciones se encuentran situadas fuera de la Unión

¹⁵³⁶ Como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “La reforma de la Ley 10/1997..”, cit., “se va a plantear el mismo problema ya detectado... el contraste entre el propósito declarado de determinar el alcance del carácter transnacional de una forma abierta en función de los efectos para los trabajadores de las medidas a adoptar y una regulación más cerrada en el articulado, que exigen que estén afectados al menos los trabajadores de dos Estados miembros para que la cuestión asuma carácter transnacional”.

¹⁵³⁷ GARRIDO PÉREZ, E., “La reforma de la Directiva..” cit., pp. 131- 132: existe una obligación de colaboración informativa entre cada una dirección de una empresa o establecimiento y la dirección central o en su caso presunta, y en general entre todas las direcciones empresariales agrupadas, que ha de entenderse existente y jurídicamente exigible, a pesar del nuevo redactado del artículo 4.4 de la Directiva CEU 2009, para dar cumplimiento a la obligación autónoma de todas y cada una de ellas a la hora de suministrar la información previa solicitada por cualesquiera órganos internos de representación del personal interesados en poner en marcha, en su caso, el procedimiento de negociación que conduzca a la creación de un Comité de empresa europeo.

¹⁵³⁸ El establecimiento de estos criterios relativos a la determinación de los ámbitos de aplicación de las normas comunitarias es arbitrario, lo que significa que podrían utilizarse otros criterios o parámetros para definir a la empresa o grupo de dimensión comunitaria, quizás más acordes o adecuados a la importancia real o auténtica de una determinada sociedad empresarial.

Europea¹⁵³⁹. La responsabilidad empresarial comprende, como vimos, la obligación de facilitar el establecimiento, el funcionamiento y permanencia en el tiempo o éxito del Comité de empresa europeo y/o del procedimiento alternativo de información y consulta a los trabajadores. ¿Cómo obligar al cumplimiento o sancionar a direcciones empresariales situadas en territorio no comunitario?

4.- Ausencia de un registro público de acuerdos de constitución del Comité de empresa europeo y de empresas afectadas por la Directiva¹⁵⁴⁰.

5.- Los excesivamente largos periodos de negociación previstos en la norma, a pesar de que la reforma de 2009 los ha reducido, junto con los amplios plazos tanto de incorporación de la normativa a los ordenamientos internos como de entrada en vigor de la misma, amplían enormemente las posibilidades para eludir la aplicación de la Directiva.

6.- Sigue prevaleciendo una enorme flexibilidad o voluntariedad en los procedimientos y en los contenidos materiales objeto de negociación (*Supra*, cap. 4º, apartado II.1). Preferencia por los sistemas negociados, en el marco de una *sui generis* autonomía colectiva, incluido el mantenimiento de los acuerdos existentes a pesar de la aprobación de una nueva normativa¹⁵⁴¹.

7.- Los conceptos jurídicos básicos o más relevantes de la normativa: “información en un momento, de una manera y con un contenido apropiado”, “consulta en un momento, de una manera y con un contenido que permita emitir un dictamen”, “plazo razonable”, “suficiente antelación”, “nivel de representación y de dirección apropiados”, “tiempo apropiado”, etc. son altamente abiertos o indeterminados, lo que dificulta la aplicación de la misma.

¹⁵³⁹ En virtud de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva CEU 2009, cuando la dirección central no esté situada en un Estado miembro, asumirá la responsabilidad en la aplicación de las disposiciones de la Directiva, el representante de la dirección central en el Estado miembro que, en su caso, se designe. Es decir, se deja plena libertad para designar una dirección central responsable que puede ser o no la dirección central real. A falta de tal representante, establece la Directiva, asumirá dicha responsabilidad, la dirección del establecimiento o de la empresa del grupo que emplee al mayor número de trabajadores en un Estado miembro. ¿Cuál será la legislación aplicable a efectos de determinar dicho mayor número de trabajadores?

¹⁵⁴⁰ Propuesta de la Confederación Europea de Sindicatos. GONZÁLEZ BEGEGA, S. y KÖHLER, H. D., “Génesis política y nuevas coberturas...”, cit., pp. 463-464.

¹⁵⁴¹ GÓMEZ GORDILLO, R., “La reforma de la Directiva..”, cit., esta flexibilidad en la fijación del contenido de los derechos que la norma comunitaria pretende promocionar, alcanza su grado máximo al condicionar el inicio del procedimiento a la iniciativa de una de las partes (art. 5.1), cuando permite que la comisión negociadora renuncie a iniciar negociaciones o de por concluidas las que se encuentran en curso (art. 5.5) o cuando admite la validez de los acuerdos alcanzados antes de la entrada en vigor de la norma (art. 13).

8.- Las mejoras operadas en la norma de 2009 con respecto a los medios materiales y a la formación siguen siendo insuficientes. Permanecen importantes barreras idiomáticas y de conocimientos o capacidades específicas, especialmente en materias financiera y económica.

9.- Con respecto al tratamiento de la información confidencial, se prevé en la norma un auténtico deber de secreto con respecto a datos o informaciones comunicadas con carácter confidencial a los representantes de los trabajadores que va más allá del deber de sigilo. A la par que se prevé que determinadas informaciones empresariales muy sensibles se conviertan en secretas al permitir que el empresario no las transmita a dichos representantes. Son numerosas las cuestiones que plantea esta materia (*Supra, cap. 4º, apartado I.3*).

10.- Queda pendiente afianzar el régimen de infracciones y sanciones. La remisión general de la Directiva CEU 2009 a las normas internas no asegura que se puedan sancionar los incumplimientos de las obligaciones de información y consulta, ni las cometidas por las direcciones empresariales, ni siquiera los posibles incumplimientos de un Comité de empresa europeo con respecto a los trabajadores a los que representa. La remisión a los Estados miembros (*Supra, cap. 4º, apartado III.2*), no asegura una tutela efectiva de los derechos participativos en el ámbito comunitario, citándose a tal efecto tres retos pendientes: el acceso a los sujetos empresariales responsables de las obligaciones participativas, el acceso de las representaciones laborales y de los sindicatos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la mayor promoción de mecanismos de tutela extrajudicial o mecanismos propios de las relaciones laborales en la resolución de conflictos de aplicación o de interpretación de la normativa comunitaria.

11.- Ha de aclararse el carácter jurídico de los acuerdos alcanzados por el Comité de empresa europeo, hasta la fecha calificados conforme a las legislaciones internas. Según BLANKE, de la misma forma que la composición y legitimidad de la comisión negociadora se escapa de la capacidad reguladora de cada Estado miembro, “la definición y configuración jurídica de los acuerdos del Comité de empresa europeo, en cuanto a tipos específicos de acuerdos colectivos que despliegan con fuerza normativa efectos jurídicos

transnacionales, supera las competencias y la legitimación legislativa de cada Estado individual¹⁵⁴²”.

12.- La reforma de la Directiva CEU en 2009 hubiera sido la mejor oportunidad para abrir el paso al reconocimiento de competencias negociadoras transnacionales al Comité de empresa europeo, más allá de las relativas a la constitución, composición y funcionamiento del mismo¹⁵⁴³.

6.- Consideraciones finales.- Parece muy poco probable que vaya a producirse una reforma en profundidad de la normativa participativa actual en el ámbito comunitario, ni siquiera es previsible, ni en el corto ni en el medio plazo, una revisión o mejora de las Directivas participativas vigentes que han sido objeto de estudio. El debate sobre la participación de los trabajadores en la toma de decisiones de las empresas no es objeto de prioridad en la agenda comunitaria y ello es criticable. La realidad de la situación económica actual no justifica que se desechen o releguen de las agendas políticas la consecución de objetivos socio-laborales, en especial aquellos que han de satisfacer derechos de titularidad y ejercicio colectivo. El desarrollo de formas de entendimiento social, la búsqueda de sistemas de canalización del conflicto social en el ámbito de las empresas, debe ser siempre objeto de atención y de prioridad por parte de los poderes públicos. Precisamente la situación económica y social que impera en Europa en la actualidad exige mayores esfuerzos a todos los actores de las relaciones laborales y a todos los niveles, internos y comunitario.

¹⁵⁴² BLANKE, T., “Acuerdos en la negociación...”, cit., p. 411. Según este autor, los acuerdos del Comité de empresa europeo deben considerarse acuerdos de derecho privado del derecho europeo...(.).. con independencia de su positivización en las disposiciones nacionales de transposición, los acuerdos del Comité de empresa europeo poseen al mismo tiempo un carácter jurídico europeo, SCHIEK habla de “derecho laboral nacional europeizado”, cuyos perfiles e implicaciones exactos aun están por señalar y aclarar en el discurso jurídico europeo.

¹⁵⁴³ En este sentido es muy llamativo, como recuerda RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “La reforma de la Ley 10/1997...”, cit., que nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de diciembre de 2009 ha afirmado que es un error asimilar el Comité de empresa europeo al Comité de empresa del Estatuto de los Trabajadores, pues el primero no es un órgano de negociación de condiciones de trabajo ni implica un ejercicio de actividad sindical vinculado a la negociación colectiva, de modo que el Comité de empresa europeo no es un comité para negociar un convenio colectivo europeo, sino un órgano representativo para la participación, información y consulta de los trabajadores en el nivel transnacional”.

En cuanto al plano comunitario, la cuestión radica en las dificultades estructurales que plantea la distribución y delimitación de competencias entre la Unión y los Estados miembros. No se sabe qué modelo de Europa se quiere, ni qué países quieren participar en él, y por ello no se sabe con exactitud qué márgenes de actuación deben dejarse en manos de los Estados miembros y qué competencias fundamentales deben retenerse y actuarse a través de mecanismos exclusivamente comunitarios. Estas cuestiones no son coyunturales. Los problemas de Europa vienen de largo y las propuestas deben ser adoptadas con vista al largo plazo. En este sentido es muy significativo, y seguramente altamente criticable, que se adopten soluciones de urgencia. El pasado de 2 de marzo de 2012 se aprobó un nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria¹⁵⁴⁴; un Tratado *sui generis*, formalmente de Derecho Internacional público, pues no ha sido firmado por los 28 Estados miembros sino únicamente por 25¹⁵⁴⁵, pero relativo al Derecho comunitario. Lo llamativo es que por primera vez en la aplicación de un nuevo Tratado, no se exige la unanimidad de las ratificaciones con respecto a los países firmantes, para la entrada en vigor del mismo¹⁵⁴⁶. Es cuestionable que la apuesta por imponer una estabilidad presupuestaria, propuesta por Alemania, a cambio de que los países deudores se comprometan a ceder mayores competencias en el ámbito fiscal, monetario y político, pueda dar los

¹⁵⁴⁴ Puede verse en la página web European-council.europa.eu.

¹⁵⁴⁵ Reino Unido y República Checa no lo han firmado. Desde el 1 de julio de 2013 hay que hablar de 28 Estados miembros a partir de la incorporación de Croacia a la Unión en dicha fecha.

¹⁵⁴⁶ En su lugar ha introducido la regla de casi 3/4, esto es 12 de los 17 miembros del euro deben ratificar para que el Tratado entre en vigor y, además, no se tomaran en consideración a los 10 Estados que no forman parte de la moneda común. La eliminación del veto transforma radicalmente el juego de la ratificación, en la que existen varios actores que pueden condicionar el proceso. En términos puramente formales, la eliminación de la unanimidad significa que ninguno de ellos tiene capacidad para cancelar el proceso. Sin embargo, se introduce un escenario de relativa incertidumbre en el que se fuerza a cada autor a integrar en sus cálculos las decisiones que se están tomando en otros Estados miembros. En este contexto que se desencadene una secuencia de ratificaciones relativamente rápida creando una masa crítica de 12 Estados miembros puede resultar decisivo para sortear dificultades puntuales planteadas por uno o más Estados. CLOSA MONTERO, C., "Jugando a ratificar: las reglas de entrada en vigor del nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza del euro", Real Instituto Elcano, ARI 15/2012.

resultados esperados; no contribuye seguramente a aclarar el proyecto político que se desea para Europa¹⁵⁴⁷.

En los ámbitos internos, en los Estados miembros, se echa en falta un mayor papel de los Parlamentos nacionales en cuestiones europeas, una mayor visión de conjunto: “Hay que acabar con la idea de que lo europeo es algo internacional, ajeno a la política nacional¹⁵⁴⁸”. La existencia de palpables divergencias entre los ordenamientos internos en materia social colectiva, parece justificar que se hayan abandonado tradicionales técnicas de armonización normativa en estas materias, delegando a una *sui generis* autonomía colectiva, la regulación y el ejercicio concreto de los derechos laborales colectivos. A su vez, se produce la paradoja de que instituciones típicamente europeas, como lo son los Comités de empresa europeos, se superponen en los divergentes sistemas internos ante la ausencia de un apropiado marco jurídico comunitario que debiera acogerlos. Y, por encima de estas divergencias y paradojas, late la idea de que no se sabe qué modelo social y societario europeo se pretende mantener, ni qué precio se ha de pagar por ello. Da la impresión de que el diseño de 1992 de la mano del Acuerdo sobre política social de dicho año que supuso, como se dijo (*Supra, cap. 1º, apartado II.3*), el reconocimiento del diálogo social a todos los niveles como fuente normativa comunitaria a cambio de vetar la actuación legislativa comunitaria en materias especialmente sensibles, como los derechos sociales colectivos, significó una significativa renuncia, o un precio demasiado alto, con mayores y más importantes consecuencias e implicaciones que las pretendidas entonces.

¹⁵⁴⁷ El nuevo Tratado de 2012, pendiente aún de un proceso ratificaciones por los Estados miembros firmantes, debería ser sólo un parche temporal, una cura de urgencia, con la finalidad de que puedan retomarse otras cuestiones pendientes. Se aprecia, sin embargo, que este nuevo Tratado viene a suponer una modificación en los equilibrios de poder existentes en la Unión. Como señala MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., “El nuevo Tratado..”, cit., “este Tratado da cobertura legal a una forma de trabajo, tándem franco-alemán, por no decir la batuta alemana con asentimiento francés, con un total desprecio por las Instituciones de la Unión y cargos de la Unión, incluidos el –invisible- presidente del Consejo y el -condescendiente- presidente de la Comisión”.

¹⁵⁴⁸ ALMUNIA, J., Diario Levante de 30 de junio de 2013, p. 61.

En términos más concretos, en cuanto a los derechos de participación de los trabajadores en la gestión de las empresas, si bien es muy difícil evaluar si se ha avanzado mucho o se ha avanzado poco, pues dependerá de los parámetros y/o los puntos de referencia que se tomen en consideración, sí puede afirmarse en cualquier caso que el marco normativo actual, las tres Directivas participativas analizadas en este trabajo, no han cubierto las expectativas creadas sobre ellas. Desde los puntos de vista jurídico, formal y material, es evidente que sería preferible que existiera una única norma jurídica en lugar de tres Directivas. A su vez, junto a la evidente dispersión normativa, es muy llamativo el hecho de que se pretende una gran homogeneización de las normas internas, a partir de las labores de transposición o incorporación en los ordenamientos internos, pero no se facilitan las herramientas para ello, dado que en las más importantes disposiciones de las Directivas participativas y/o en la regulación de los aspectos de mayor contenido sustancial, la norma es excesivamente flexible: se pretende la consecución del efecto útil de disposiciones que no tienen carácter imperativo, que no establecen mínimos de derecho necesario¹⁵⁴⁹. Confiar exclusivamente en la autonomía colectiva es una opción excesivamente arriesgada. Por lo demás, cuestiones fundamentales como el tratamiento confidencial de los datos e informaciones empresariales junto con los propios mecanismos de tutela y protección de los derechos participativos, carecen de regulación completa y conjunta. Con respecto a las informaciones confidenciales, la normativa comunitaria sigue defendiendo, sin duda alguna, una excesiva protección de la información empresarial, olvidando en ocasiones que lo que está generando la crisis en las empresas es la regulación de los mercados, no el hecho de que los representantes de los trabajadores hayan acumulado o no más o mayor información sobre las actividades de su lugar de trabajo¹⁵⁵⁰. Da la sensación de que cada vez interesa

¹⁵⁴⁹ En sentido similar, GÓMEZ GORDILLO, R., "La reforma de la Directiva...", cit., p. 15.

¹⁵⁵⁰ BOZA PRO, G., *El deber de sigilo...*, cit., pp. 33-35: Los empresarios se siguen mostrando reticentes al suministro de información considerando que se trata de una injerencia en sus prerrogativas. Sin embargo, las objeciones mayores se relacionan con la necesidad de proteger el secreto y la reserva comerciales y con el temor de que posibles fugas de información confidencial puedan perjudicar la eficacia de sus decisiones y su competitividad; aunque también en una cierta aprensión ante el creciente poder de negociación y el control de los sindicatos frente a la dirección, que los derechos de información podrían significar sobre todo cuando la información se transmite sin ningún tipo de restricción. Pero estas razones esgrimidas del lado empresarial, como la falta de confianza en los representantes de los trabajadores, mayor poder

al empresariado, en mayor medida, proteger la información confidencial, a través de sofisticados programas de protección de datos y frente a *hackers* especializados, olvidando que la falta de información, o la información sesgada u oculta, enrarece el ambiente social y dificulta cualquier intento de conciliación de intereses¹⁵⁵¹. En este sentido, las observaciones de KHAN-FREUND¹⁵⁵²:

1.- No cabe hacer negociación alguna cuando una de las partes se le ocultan datos exclusivamente conocidos por la otra y que son relevantes para llegar a un acuerdo.

2.- Cualquier acercamiento a las relaciones entre empresarios y trabajadores resultará infructuoso si la divergencia entre sus respectivos intereses no es totalmente reconocida y articulada.

3.- La obligación que la legislación impone a los empleadores de informar a los trabajadores sobre temas financieros o de otro tipo, sobre el pasado, el presente o el futuro, puede tener dos interesantes objetivos: facilitar la negociación al reforzar el interés de los trabajadores en el futuro de la empresa, y permitirles con ello calibrar su propio futuro en aquélla.

Es indiscutible que el derecho de información es instrumental al derecho de negociación colectiva. Es difícil concluir sobre qué sistema de participación interna o externa, o una conjunción de ambos, ha de considerarse el modelo ideal por cuanto que, como se ha visto a lo largo de este trabajo, son muchas las variables que confluyen en el diseño de un sistema de participación y en el éxito del mismo en una determinada empresa y/o centro de trabajo. Probablemente el sistema alemán de relaciones laborales debiera ser una fuente de inspiración. El consenso y la corresponsabilidad en el ámbito empresarial, la participación

sindical, información en manos de la competencia, no deberían ser óbice para neutralizar los derechos de información de los trabajadores.

¹⁵⁵¹ VÁZQUEZ MATEO, F., “La información a los representantes de los trabajadores: fines y claroscuros en su aplicación”, *Relaciones Laborales* nº 18, quincena del 23 de septiembre al 8 de octubre de 2010, LA LEY 1294/2010, p. 3. Esta cita es de TEYSSIE (1988).

¹⁵⁵² KHAN-FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, Madrid, 1987, citado por VÁZQUEZ MATEO, R., “La información a los representantes de los trabajadores”, cit., p. 7.

conjunta en la toma de decisiones, que exista más democracia¹⁵⁵³, debe ser entendido como un desafío político constante en beneficio de los trabajadores y también de las empresas; pues es indiscutible que fomenta la innovación, facilita los cambios y contribuye a la consecución de objetivos de largo alcance¹⁵⁵⁴. Si bien cualquier base de diálogo social requiere de fundamentos jurídicos sólidos, vinculantes y seguros. Como se ha puesto de manifiesto en estas conclusiones, una reforma coherente del marco normativo actual en materia participativa en el ámbito europeo, no puede pretenderse sin incidir en la regulación de la institución de la negociación colectiva europea, a la par que no se puede pretender regular la participación de los trabajadores en las empresas al margen del derecho societario europeo. Con respecto a la negociación colectiva europea, ya se ha dicho que queda sobre la mesa una propuesta de Directiva sobre su regulación; con respecto al derecho de sociedades europeo, también está pendiente una regulación comunitaria sobre los grupos de empresas, muchas veces postergada. Si bien, lo cierto es que no parece que exista voluntad política, ni para asegurar un estándar comunitario en materia social colectiva, que significaría dotar a la autonomía colectiva de un adecuado marco jurídico que afiance y proteja el ejercicio de dichos derechos, ni tampoco es realista esperar que vaya a dotarse de personalidad jurídica unitaria a los grupos de empresas o multinacionales en el ámbito comunitario¹⁵⁵⁵, ni tampoco que vayan a limitarse en mayor medida las libertades de organización, de gestión y de circulación de las empresas multinacionales que operan en Europa. Con urgencia Europa debe resolver sus problemas internos, pinchar la burbuja de

¹⁵⁵³ “Arriesguémonos a practicar más democracia” que decía BRANDT, W., (1913-1992), político socialdemócrata alemán, Canciller de Alemania occidental 1969-1974.

¹⁵⁵⁴ GREIFNSTEIN, R., “Perspectivas de la cogestión empresarial en Alemania ¿Paralización injustificada de la obra política?”, Informe comisionado por la Fundación Friedrich Ebert Stiftung, nov. 2011, cit., p. 3.

¹⁵⁵⁵ Como señalara MONTOYA MELGAR, “Empresas multinacionales y relaciones de trabajo”, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 16, 1983, p. 491: Una completa homogeneización de condiciones laborales, que acaso se viera acompañada de una equiparación jurídica general de todos los centros de trabajo filiales, iría contra la lógica de la Empresa multinacional, que es justamente la de aprovechar las diferencia de nivel de vida y condiciones de trabajo existentes entre los países con el fin de reducir costos y aumentar beneficios. Más recientemente, DE LA FUENTE LAVÍN, M., y HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J., “El control de las empresas transnacionales: una propuesta normativa desde la acción social y sindical”, Revista de Derecho Social, nº 46, 2009, pp. 31-66.

pesimismo que pesa sobre la zona euro¹⁵⁵⁶, retomar su identidad y re-armar y defender su modelo social y societario como buque insignia para hacer frente a la realidad de las potencias emergentes, en un entorno geopolítico e internacional que cada día se presenta más hostil para la mejora de vida y de trabajo de sus habitantes.

BIBLIOGRAFÍA

¹⁵⁵⁶ STEINBERG, F., "Europa y la globalización", Real Instituto Elcano, Documento de Trabajo nº 7, 14 de mayo de 2013.

AA.VV.

Diecisiete lecciones sobre la participación de los trabajadores en la empresa, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1967.

Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón, Madrid, 1980.

Tratado de Derecho Comunitario Europeo, Tomo tercero, Civitas, Madrid, 1986.

European Works Councils: Planning for the Directive, Industrial Relations Research Unit, University of Warwick, Eclipse group, 1995.

Política social internacional y europea, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

Derecho Social Internacional y Comunitario, Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

La estructura constitucional de la Unión Europea, Civitas, Madrid, 2002.

La negociación colectiva en Europa, Comisión consultiva nacional de Convenios Colectivos, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, nº 59, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva, Bomarzo, Albacete, 2004.

La Sociedad Anónima europea domiciliada en España, Thomson Aranzadi, 2006.

Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.

Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol, Universitat de València, 2010.

La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea, Asociación Pro Derechos Humanos de España, 2011.

Economistas ante la crisis: No es economía, es ideología, Deusto, 2012.

AGUT GARCÍA, M. C.,

La Sección Sindical, Bomarzo, Albacete, 2004.

“La representación sindical en la empresa: secciones y delegados sindicales” en GARCÍA NINET, J. I., *Manual de Derecho Sindical*, 2003, pp. 231-272.

“Los derechos de información y consulta de los trabajadores. La representación de los trabajadores para la prevención de riesgos laborales. El Comité de Seguridad y Salud”, en AA. VV., *Lecciones sobre la Ley de Prevención de riesgos laborales*”, 1997, pp. 173-194.

AKANDJI-KOMBE, J. F.

“Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década”, UNED, *Revista de Derecho Político*, nº 67, 2006, pp. 385-408.

ALAMEDA CASTILLO, M. T.

“Derechos sociales fundamentales y libertades comunitarias: ¿dónde está la Europa social?”, *Relaciones Laborales* nº 15, agosto 2009, tomo 2, LA LEY, 13978/2009.

ALARCÓN CARACUEL, M. R.

“La necesidad de un capítulo social en la futura Constitución Europea”, *Universtità degli Studi Ferrara, Lavoro e Diritto*, vol. 4, 2003, pp. 607-620.

ALBIOL MONTESINOS, I.

El sindicato en la empresa, Deusto, 1990.

“El comité de empresa europeo”, *Tribuna Social* 64/1996, pp. 47-57.

ALBIOL MONTESINOS, I., SALA FRANCO, T., CAMPS RUÍZ, L., LÓPEZ GANDIA, J.

Derecho del Trabajo, tomo I. Fuentes y Relaciones colectivas, Tirant Lo Blanch, 7ª edición, Valencia, 2005.

ALDECOA LUZÁRRAGA, F.

“El Tratado de Lisboa como salida al laberinto constitucional”, en *El Tratado de Lisboa, la salida de la crisis constitucional*, MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), Iustel, Madrid, 2008, pp. 35-55.

ALES, E.

“Directiva 2002/14/EC establishing a general Framework for information and consultation in the European Community, Synthesis Report”, octubre 2007, página web de la Comisión Europea.

ALES, E., ENGBLOM, S., JASPERS, T., LAULOM, S., SCIARRA, S., SOBCZAK, A, y VALDÉS DAL- RÉ, F.

Transnational collective bargaining: past, present and future, Final Report, European Commission, 2006.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.

“El informe sobre la Sociedad Anónima Europea”, 2 de febrero de 2011, publicado en su blog personal, derecho mercantiles pana.blogspot.

ALMANSA PASTOR, J. M.

La participación del trabajador en la administración de la empresa, Tecnos, Madrid, 1965.

ALONSO BRAVO, M.

“La última jurisprudencia del TJCE sobre el concepto comunitario de despido colectivo: una ocasión para incidir en la ubicación de los despidos colectivos en el marco de las crisis empresariales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 23, 2011, pp. 1-16.

ALONSO GARCÍA, R.

“La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Gaceta jurídica de la Comunidad Europea y de la competencia*, nº 209, sep./octubre 2000, pp. 3-17.

ALONSO OLEA, M.

Introducción al Derecho del Trabajo, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.

Derecho del Trabajo, 20ª ed., Civitas, Madrid, 2002.

ÁLVAREZ CONDE, E.

El régimen político español, Tecnos, Madrid, 1990.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.

“La influencia de la Directiva 2002/14 sobre el ordenamiento español”, Comunicación, XVII Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, 18 y 19 de mayo 2006.

ÁLVAREZ GIMENO, R.

“La implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea y la complejidad del derecho social europeo actual”, Comunicación a la primera Ponencia, XVII Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, 18 y 19 de mayo 2006.

ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, F.

“Perfecciones e imperfecciones en el Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (1-XI-1998)”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 19, nº 56, mayo-agosto 1999, pp. 135-162.

ALZAGA RUÍZ, I.

“La reforma de la Ley alemana de Comités de empresa”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 43/2003, pp. 65-85.

AMATO, G.

“Potere e responsabilità del sindacato”, Mondoperario, nº 1, 1979.

ANDREEV, S. A.

“Bulgaria y Rumania en la UE: ¿Fin de la carrera o aún más obstáculos por delante?”, Real Instituto Elcano, ARI nº 126/2006 de 15.2.2007.

ANSUÁTEGUI ROIG, F. J.

Una discusión sobre derechos colectivos, Colección debates de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2001.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.

“La reforma de las instituciones de la Unión Europea en la perspectiva de las ampliaciones”, Información comercial española, ICE, Revista de Economía, nº 809, 2003 (ejemplar dedicado a la Quinta ampliación de la Unión Europea), pp. 11-26.

“El sistema institucional en el Tratado de Lisboa: entre la continuidad y el cambio”, en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis institucional*, Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional, Madrid 17-18 de diciembre de 2007, Iustel, 2008, pp. 205-224.

APARICIO TOVAR, J.

“¿Ha incluido el Tratado de Maastricht a la negociación colectiva entre las fuentes del Derecho comunitario?”, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 68, 1994, pp. 930-943.

APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A.

Autoridad y Democracia en la Empresa, Trotta, 1992.

ARGÜELLES BLANCO, A. R.

“Las modificaciones introducidas por la Directiva 92/56, de 24 de junio, en la regulación de los despidos colectivos: una reflexión a la vista del ordenamiento jurídico español”, *Actualidad Laboral* nº 4, 24-30 enero, 1994, pp. 47-64.

ARIZA RICO, J.

“La Carta de Derechos Fundamentales y la ciudadanía europea”, ejemplar multicopiado, Conferencia pronunciada en el Seminario sobre “Carta Social Europea y Derechos Humanos: un reto para la Comunidad andina”, Bogotá, 18 mayo de 2001.

ARRIGO, A. y CASALE, G.,

“A comparative overview of terms and notions on employee participation”, Working Document nº 8, Labour Administration and Inspection Programme, International Labour Organization, Geneva, February 2010, pp. 1-28.

BAGLIONI, G.

“Employee involvement in the European Company Directive”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, may 2003, vol. 9, nº 2, pp. 341-348.

BALLESTER PASTOR, M. A.

“Los mecanismos para la aprobación de normas comunitarias de contenido social (el alcance social de la cooperación reforzada, la revitalización parlamentaria, las competencias comunitarias y la negociación colectiva tras el Tratado de Ámsterdam)”, *Unión Europea Aranzadi*, vol. 29, núm. 11, 2002, pp. 5-18.

“Los derechos sociales de la Carta Comunitaria de derechos fundamentales y el Tratado de Lisboa”, *Actualidad Laboral*, quincena del 1-15, sep. 2009.

BAQUERO CRUZ, J.

“La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Ámsterdam”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 3, 1998, pp. 639-666.

BAMBER G. J. y LANSBURY, R. D.

International and Comparative Industrial Relations: a study of developed market economies, Unwin Hyman, London, 1987.

BAYLOS GRAU, A.

“Control obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles” en APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A., *Autoridad y Democracia en la Empresa*, Trotta, 1992, pp. 157-177.

“Los acuerdos marco globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva: *Revista de Derecho Social*, nº 28, 2004, pp. 193-212.

“La dimensión europea de la autonomía colectiva: la negociación colectiva comunitaria” en BAYLOS GRAU (coord.), *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2003.

“La autonomía colectiva en el Derecho social comunitario”, CELDS, Centro de Documentación europea para el diálogo social, página web de la Universidad Castilla La Mancha.

“Un instrumento de regulación: empresas transnacionales y acuerdos marco globales”, *Cuaderno de Relaciones Laborales*, 2009, 27, nº 1, pp. 107-125.

BAYÓN CHACÓN, G.

“Introducción al problema de la participación de los trabajadores en la empresa” en *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1967, pp. 9-25.

BEAN, R.

Comparative Industrial Relations: an introduction to cross-national perspectives, Routledge, London, 1985.

BELL, D.

El fin de las ideologías: sobre el agotamiento de las ideas políticas en los años cincuenta, The Free Press, 1960. Versión en castellano publicada por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección clásicos nº 12, 1992.

BELORGEY, J. M.

“La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de derechos sociales”, UNED, *Revista de Derecho Político*, nº 70, 2007, pp. 347-377.

BERCUSSON, B.

“The role of the EU Chapter of Fundamental Rights in building a system of Industrial relations at EU level”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, nº 2, 2003, pp. 209-228.

European Labour Law, 1º ed., Butterwoths, London, 1996.

European Labour Law, 2º ed., Cambridge University press, 2009.

BERLE, A. A. y MEANS, G. C.

The Modern Corporation and Private Property, Harcourt, Brace and World, 2º ed., New York, 1967, original de 1932.

BIAGI, M.

Representación de los trabajadores y Democracia en la empresa, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1992.

BLANPAIN, R.

International Encyclopaedia for Labour relations and Industrial Relations, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1994.

BLANPAIN, R., HEPPLER, B., SCIARRA, S., y WEISS M.

“Derechos sociales Fundamentales: propuestas para la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 74, nov-dic. 1995, pp. 873-883.

BLANKE, T.

“Acuerdos del Comité de empresa europeo: tipos, contenidos y funciones y naturaleza jurídica”, en *La negociación colectiva en Europa*, Comisión Consultiva nacional de Convenios colectivos, Colección Informes y Estudios del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Serie Relaciones Laborales nº 59, 2004, pp. 383-414.

BLASCO LOZANO, I.

“Proceso de negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: su*

impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea, Jornada de expertos, Madrid, 21 de octubre de 2011.

BLUMBERG, P.

“The case against workers’ management: Hugh Clegg’s World of Industrial democracy”, *Industrial democracy: the sociology of Participation*, Schoken Books, 1973, pp. 139-167.

BOGONI, M.

“Comentario: La exclusión de los trabajadores menores de 26 años de los derechos de información y consulta en la empresa como medida de fomento del empleo: el problemático caso francés (comentario a la STJCE, de 18 de enero de 2007, asunto C-385/05)”, *Revista de Derecho social*, nº 40, 2007, pp. 125-136.

BONAVÍA, T y QUINTANILLA, I.

“Reflexiones en torno al constructo de la participación en las organizaciones”, *Anuario de Psicología*, Universidad de Barcelona, 1999, vol. 30, nº 1, pp. 65-84.

BONETON, P., CARLEY, M., HALL, M., y KRIEGER, H.

Review of current agreements on information and consultation in European Multinationals, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 1996.

BORRAJO DACRUZ, E.

“La concepción comunitaria de la empresa”, *Revista de Política Social*, nº 81, 1969, pp. 5-20.

Introducción al Derecho del Trabajo, 9º ed., Tecnos, Madrid, 1996.

“Reforma colectiva y jurisprudencia en materia de negociación colectiva de trabajo”, *Actualidad Laboral* nº 32, 3-9 septiembre de 2001, pp. 659-680.

BOZA PRO, G.

El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

BROSETA PONT, M.

“La reforma de la empresa capitalista en el sistema neocapitalista español”, *Revista de Derecho mercantil*, 1970.

BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F.

Manual de Derecho Mercantil, vol. 1, 17º ed., Tecnos, Madrid, 2010.

BRU PURÓN, C. M.

Gestión obrera (cogestión y autogestión), Separata de *Cuadernos para el diálogo*, número extraordinario sobre “Problemas de España”, octubre 1966.

BURNHAM, J.

La revolución de los directores, Sudamericana, 3º ed., Buenos Aires, 1967, original de 1941.

BUSCHAK, W.

"The practical and the legal problems of the European Works councils: reviewing the Directive", en FITZGERALD, I. y STIRLING, J., *European Works Councils. Pessimism of the intellect, optimism of the will?*, London, Routledge, 2004, pp. 67-79.

BUSTOS BOTTAI, R. G.

Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, octubre 2009.

CABEZA PEREIRO, J.

La buena fe en la negociación colectiva, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1995.

"La constitución del comité de empresa europeo en una empresa o un grupo con dirección central en España", *Aranzadi Social* 16/1997, pp. 21-49.

CALDERÓN CARRERO, J. M.

"Consolidación fiscal e importación de pérdidas: el caso Marks & Spencers", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 10, 2006, pp. 111-137.

CAMPS RUÍZ, L.

Aspectos laborales de los grupos de empresas, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

CARINCI, F.

"La participación de los trabajadores en la gestión: la vía italiana", *Revista de Treball* nº 16, 1991, pp. 35-52.

CARUSO, B.

"La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional: primeras reflexiones sobre los casos Laval y Viking", *Relaciones Laborales* nº 15, agosto 2008, LA LEY 38889/2008.

CASAS BAAMONDE, M. E.

"Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y la participación de los trabajadores en empresas o grupos", *Relaciones Laborales* 10/1993, pp. 4-12.

"Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social", *Relaciones Laborales* tomo I, 1993, pp. 49-58.

"Directivas de origen convencional y ejecución convencional de Directivas: el permiso parental", *Relaciones Laborales* 24/1996, pp. 2-12.

"Dimensión transnacional de leyes nacionales, Comités de empresa europeos y procesos y sentencias de conflictos colectivos", *Relaciones Laborales* 18/1997, pp. 1-15.

"La negociación colectiva europea como institución democrática (y sobre la representatividad de los interlocutores sociales europeos)", *Relaciones Laborales* 21/1998, pp. 2-14.

"La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (Procedimiento de negociación colectiva y diferentes modelos de implicación convenida)", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 117, mayo-junio 2003, pp. 355-423.

CAVAS MARTÍNEZ, F.

“A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario”, *Aranzadi Social* nº 5, 2002, pp. 645-660.

CLEGG, H. A.

Industrial relations and Nationalization, Blackwell, 1951.

A new approach to Industrial democracy, Blackwell, 1960.

Trade unionism under collective bargaining: a theory base on comparison of six countries, Basil Blackwell, Oxford, 1976.

CLOSA MONTERO, C.

“Jugando a ratificar: las reglas de entrada en vigor del nuevo Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza del euro”, ARI 15/2012, Boletín del Real Instituto Elcano.

CLOSA MONTERO, C. y MOLINA DE CIENFUEGOS, I.

“La elaboración y coordinación por el Gobierno de la política europea: apuntes para negociar mejor la maraña post-Lisboa”, página web del Real Instituto Elcano, 21.07.2010.

COLEMAN, R.

“*The fifth Directive and the European company Statute*”, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 10/1979.

COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T.

Derecho social comunitario, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

COSTAS REYES, A.

“Transmisión de empresa, despidos colectivos e insolvencia del empleador”, Curso de Derecho social comunitario, página web de la Universidad de Córdoba, 2012.

CRESPO ALCÁZAR, A.

“El euroescepticismo de David Cameron ¿una apuesta coherente o arriesgada?”, página web del Real Instituto Elcano, 14.5.2010.

CRUZ VILLALÓN, J.

La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. un marco legal insuficiente, Trotta, Madrid, 1992.

“La información y consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria”, *Relaciones Laborales* 14/1994, pp. 9-34.

“Los sujetos y los escenarios de la negociación colectiva: De las unidades clásicas a los nuevos ámbitos convencionales”, en *Veinte años de negociación colectiva: de la experiencia legal a la experiencia negociada*, XIII Jornadas de estudio sobre Negociación Colectiva, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pp. 209-258.

CHACARTEGUI JÁVEGA, C.

“El correo electrónico como instrumento de información, consulta y participación de los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria”, *Relaciones Laborales* 8/2004, abril, pp. 1255-1278.

DACHLER, H. P. y WILPERT. B.

“Conceptual Dimensions and Boundaries of participation in organizations: a critical evaluation”, *Administrative Science Quarterly*, nº 23, 1978, pp. 1-39.

DANIS, J. J. y HOFFMANN, R.

“From the Vredeling Directive to the European Works Council Directive: some historical remarks”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 1, nº 2, abril 1995, pp. 180-187.

DAUBLER, W.

The employee participation Directive. A realistic utopia?, *Common Market Law Review*, 4/1977.

“La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el derecho colectivo del trabajo”, *Revista de Derecho Social*, nº 17, 2002, pp. 13-24.

DE LA FUENTE LAVÍN, M., y HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, J.

“El control de las empresas transnacionales: una propuesta normativa desde la acción social y sindical”, *Revista de Derecho Social* nº 46, 2009, pp. 31-66.

DE LA VILLA GIL, L. E.

“La cogestión en la República Federal de Alemania” en *Diecisiete lecciones sobre la participación de los trabajadores en la empresa*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1967, pp. 85-97.

“La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 32, 2001, pp. 13-34.

“El Tratado de Constitución Europea ¿esperanza o realidad?”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 57, 2005, pp. 9-18.

“Acerca de la responsabilidad social de las empresas. Algunas consideraciones críticas desde la perspectiva de las relaciones laborales”, *Revista General de Derecho del Trabajo* nº 16, 2008.

DEL VALLE GÁLVEZ, A.

“Las nuevas competencias del TJCE tras el Tratado de Ámsterdam”, *Noticias de la Unión Europea*, número 186, 2000, pp. 24-36.

“Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis institucional*, Iustel, 2008, pp. 417-435.

DE MIGUEL LORENZO, A.

“La aplicación de los derechos de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 73, sept-oct. 1995, pp. 785-801.

DE SOUSA SANTOS, B.

“La destrucción del modelo social. Terremoto de larga duración”, página web attacmallorca.es, 25.7.2010.

DE VAL TENA, A. L.

“Las empresas de tendencia ante el Derecho del trabajo: libertad ideológica y contrato de trabajo”, Proyecto social: Revista de Relaciones laborales nº 2, 1994, pp. 177-198.

DÍEZ PICAZO, L.

Sistema de derechos fundamentales, Civitas, Madrid, 2008.

DONAIRE VILLA, F. J.

“El Tratado de Ámsterdam y la Constitución”, Revista Española de Derecho Constitucional, año 18, nº 54, sept.-diciembre 1998, pp. 119-167.

DREW, J.

La empresa en la CEE, Colección ESADE, Hispano-Europea, Barcelona, 1982.

DUPRAT, D. A.

La Societas Europaea: Origen y desarrollo del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, Platense, 2004.

EIDENMÜLLER, H., ENGERT, A. y HORNUF, L.

“The Societas Europea: Good news for European Firms”, European Corporate Governance Institute (ECGI), University of Munich, Law working paper nº 127/2009, July 2009.

EMBED IRUJO, J. M.

“Los grupos de sociedades en la Comunidad Económica Europea (Séptima y novena Directivas)”, capítulo XXXII en AA.VV., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo tercero, Civitas, Madrid, 1986, pp. 73-110.

“El derecho de sociedades en la Unión Europea y en España: Evolución histórica y tendencias recientes”, en AA.VV., *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Universitat de València, 2010, pp. 109-124.

ESCUDERO MORATALLA, J. F.

“El principio de buena fe en el contrato de trabajo”, Poder judicial, nº 41-42, 1996, pp. 361-432.

ESCRIBANO, G.

“¿Europeización sin Europa? Una reflexión crítica sobre la política de vecindad para el Mediterráneo”, Documento de trabajo nº 23 de 16.5.2005, página web del Real Instituto Elcano.

ESPADA RAMOS, M. L.

“Los derechos sociales en la Unión Europea: mercado o justicia”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 35, 2001, pp. 23-58.

ESPÍN SAÉZ, M.

“Implicación de los trabajadores en la Sociedad Cooperativa Europea (Comentario a la Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 47, diciembre 2003, pp. 233-243.

ESTEBAN VELASCO, G.

Participación de los trabajadores en la empresa y la reforma de las sociedades anónimas, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1980.

“La estructura de las sociedades anónimas en el derecho comunitario (el proyecto modificado de quinta Directiva)” en AA.VV., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo tercero, Civitas, Madrid, 1986, pp. 112-202.

“El compromiso de Niza: por fin, la Sociedad europea”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, nº 16, 2001, pp. 141-162.

ESTÉVEZ ARAUJO J. A.

“La carta de derechos de la Unión Europea y la dimensión social de la ciudadanía europea”, *Revista El vuelo de Ícaro (Revista de Derechos Humanos, crítica política y análisis de la economía)*, nº 1, 2001, pp. 149-160.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA CLAROS, I.

“El futuro de sociedades en Europa: a propósito del Estatuto de la Sociedad anónima europea”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 2002, pp. 1904-1914.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, A. L.

Derecho Mercantil Internacional, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ DE LIESA, C. R.

“Los derechos económicos, sociales y culturales en el orden internacional”, en MARIÑO FERNÁNDEZ F. y FERNÁNDEZ LIESA, C., (dirs. y coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.

FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.

La participación de los trabajadores en el Derecho social comunitario, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.

“La Responsabilidad Social Corporativa de las empresas internacionales: de los Códigos de conducta a los Acuerdos Marco Globales en la protección de los derechos laborales fundamentales (en el transfondo del diálogo con la negociación colectiva)”, *Comunicación*, X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla, 21-23 septiembre de 2011.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.

“Transmisión de empresas y regímenes complementarios por pensiones en el Derecho Comunitario”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo de la Universidad de Valladolid*, nº 10, 2009, pp. 55-71.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.

“Cogestión, grados y esferas (teoría general)”, en *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1967, pp. 73-84.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

“La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis institucional*, Iustel, 2008, pp. 119-158.

FERNER, A. y HYMAN, R.

Industrial Relations in the new Europe, Basil Blackwell, Oxford, 1992.

New frontiers in Industrial Relations, Blackwell Business, Oxford, 1994.

FERRANDO GARCÍA, F.

“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* nº 43, 2003, pp. 121-156.

FITZGERALD, I. y STIRLING, J.

European Works Councils. Pessimism of the intellect, optimism of the will?, Routledge, London, 2004.

FLANDERS, A.

“What are unions for?”, en McCARTHY, W. E. J., *Trade unions*, 2º ed., Penguin, 1985, pp. 26-34.

FLYN, P.

“Social Justice and Competitiveness in European Multinationals”, *European Works Council Bulletin (EWCB)*, preview issue, Winter 1995.

FOTINOPOULOU BASURKO, O.

“Reflexiones acerca del artículo 46 TCE y el principio de proporcionalidad como límite a la penetración de las libertades económicas comunitarias sobre derechos sociales fundamentales”, Comunicación presentada a la tercera ponencia, XX Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño, 28 y 29 de mayo 2009.

GALBRAITH, J. K.

Nuevo Estado Industrial, Ariel, Barcelona, 1967.

GALIANA MORENO, J. M.

“Aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 88, 1998, pp. 189-196.

GALLARDO MORA, R.

“La metamorfosis de la negociación colectiva europea”, *Relaciones Laborales* nº 18, quincena 23 sept.-8 de oct., año XXIV, tomo 2, 2008.

GAMBINO, S.

“Derechos sociales, Carta de derechos fundamentales e integración europea”, Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 9, enero/junio 2008, pp. 69-149.

“Jurisdicción y justicia entre Tratado de Lisboa, Convenio Europeo de Derechos Humanos y ordenamientos nacionales”, Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 13, enero/junio 2010, pp. 83-119.

GARCÍA BLASCO, J.

“El deber de negociación colectiva en el derecho comparado y en el derecho español”, Revista Española de Derecho del Trabajo 6/1981, pp. 193-218.

GARCÍA GUTIÉRREZ, M. L.

“La Directiva 2002/14, 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta a los trabajadores en la Comunidad Europea”, Actualidad Laboral 2003/4.

GARCÍA JIMÉNEZ, M.

“La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea: experiencias comparadas y trasposición al ordenamiento jurídico interno”. Comunicación, XVII Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Salamanca, 18 y 19 de mayo 2006.

GARCÍA MURCIA, J.

Prólogo en MIRANDA BOTO, J. M., *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Aranzadi, 2009, pp. 17-22.

GARCÍA MURCIA, J., y MARTÍNEZ MORENO, C.

La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

GARCÍA Riestra, M.

La sociedad anónima europea, Serie documentos de trabajo, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad CEU-San Pablo, Madrid, 2002.

GARCÍA ROMERO, B.

“Ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, noción de traspaso y negociación colectiva (estado de la cuestión tras la STJCE de 24 de enero de 2002, asunto TEMCO)”, Revista de Derecho Social nº 18, 2002, pp. 129-143.

GARCÍA VIÑA, J.

“El Derecho social comunitario en la segunda mitad del siglo XX y las perspectivas de desarrollo del Tratado de la Unión Europea”, Tribuna Social nº 39/1994, pp. 36-46.

GARRIDO PÉREZ, E.

La información en la empresa: análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores, Consejo Económico y Social, Colección Estudios nº 18, 1995.

“Los derechos de información y participación de los trabajadores” en *Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho Comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 171-238.

“Los derechos de información y participación de los trabajadores”, Cuadernos de Derecho Judicial nº 10, 1997, pp. 169-238.

“Las modalidades de implicación de los trabajadores en la sociedad europea”, *Revista de Derecho Social* nº 17, 2002, pp. 101-126.

“La Sociedad anónima europea: un nuevo impulso y una nueva posibilidad para la participación de los trabajadores en la empresa”, en AA.VV., *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva*, Bomarzo, Albacete, 2004.

“La reforma de la Directiva sobre Comités de empresa europeos a la luz de la jurisprudencia del TJCE en relación a la información y consulta en estructuras complejas”, *Revista de Derecho Social*, nº 49, 2010, pp. 125-145.

GIDDENS, A.

Europa en la Era Global, Paidós Ibérica, Barcelona, 2007.

GIL IBÁÑEZ, A.

La convención sobre el futuro de la Unión Europea. Horizonte 2004, Instituto de Estudios Europeos, Universidad CEU-San Pablo, Madrid, julio 2002.

GIL y GIL, J. L. y USHAKOVA, T.

“Los Derechos Sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Relaciones Laborales* 8/2003, abril, pp. 93-118.

GOENCHEA J. M. y GRACIA, C.

“Traslado al extranjero del domicilio social de las sociedades mercantiles españolas tras la entrada en vigor de la Ley de modificaciones estructurales”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez* 24/2009, pp. 20-21.

GOERLICH PESET, J. M.

“Informe técnico-jurídico del despido colectivo en la Europa comunitaria”, *Actualidad Laboral* nº 11/15-21 de marzo 1993, pp. 171-206.

“Flexiguridad y estabilidad en el empleo”, *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico* nº 4, 2008, pp. 13-47.

Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia: un estudio sobre las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina de mercado, Consejo Económico y Social de España, Madrid, 2011.

GOLD, M. y HALL, M.

Report on European-level Information and Consultation Multinational Companies -an Evaluation Practices, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 1992.

GÓMEZ GORDILLO, R.

El Comité de empresa europeo: Un estudio jurídico, Consejo Económico y Social, Colección estudios nº 144, 2003.

“La reforma de la Directiva sobre el Comité de empresa europeo. Nueva apuesta por la fijación convencional de derechos de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria”, *Relaciones Laborales* nº 13, quincena del 8 al 23 de julio de 2010, LA LEY 8395/2010.

GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, S.

La participación de los trabajadores en la empresa española en la década de los noventa, Tesis doctoral, Instituto de Estudios Superiores de Empresa (IESE), Universidad de Navarra, 1993.

GÓMEZ LÓPEZ-EGEA, S., DE LA CALLE, A., PORTA, J. y PONS, M.

Las relaciones laborales en Europa: Hacia un Comité de empresa Europeo, Instituto de Estudios Superiores de Empresa (IESE), Universidad de Navarra, 1997.

GÓMEZ MUÑOZ, J. M.

“Empleo, crecimiento y convergencia tras las reformas de Ámsterdam y la Cumbre de Luxemburgo (un análisis de la nueva Política social comunitaria en la Europa de la moneda única)”, *Relaciones Laborales* 7/1998, pp. 66-93.

“Las fuentes del derecho social comunitario. Entre la lógica del mercado y la lógica del trabajo”, *Materiales de trabajo del Curso de Derecho Comunitario de diciembre de 2010*, Universidad de Córdoba.

GONZÁLEZ BEGEGA, S. y KÖHLER, H. D.

“Génesis política y nuevas coberturas de la Directiva revisada sobre comités de empresa europeos”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 29, nº 2, 2011, pp. 445-469.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.

“La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores”, en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., y FERNÁNDEZ LIESA, C. (dirs. y coords.), *Política social internacional y europea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.

“Negociación colectiva y huelga en la jurisprudencia comunitaria”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 16, febrero 2008, pp. 1-23.

GONZÁLEZ, S. y PEREDA, J.

“La Directiva 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 13/2006, pp. 49-59.

GOÑI SEIN, J. L.

“La controversia entre el derecho de información de los representantes sindicales y el deber de sigilo: criterios de enjuiciamiento”, *Revista de Derecho Social* nº 22, abril-junio 2003, pp. 131-158.

GORDILLO ALHAMBRA, F. J.

“Los Comités europeos y otros procedimientos de información y consulta análogos” en AA.VV., *Derecho Social Internacional y Comunitario*, Subdirección General de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, pp. 131-145.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.

“Transmisión de empresas y convenio colectivo aplicable”, *Relaciones Laborales* 13/2003, pp.13-34.

GREIFNSTEIN, R.

“Perspectivas de la cogestión empresarial en Alemania ¿Paralización injustificada de la obra política?”, Informe comisionado por la Fundación Friedrich Ebert Stiftung, noviembre 2011.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A.,

“Los límites de la acción sindical en las situaciones de desplazamiento transnacional de trabajadores”, *Aranzadi Social* nº 5, 2007, pp. 1362-1372.

“La sumisión del derecho de huelga a la libertad de establecimiento comunitaria: el caso Viking Line”, *Aranzadi Social* nº 5, 2007, pp. 1326-1337.

GUARRIELLO, F.

“Accordi di grupo e struttura di rappresentanza europee”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, num. 53, 1992.

“Luci ed ombre nell’esperienza dei consigli europei d’impresa”, *Lavoro e Diritto*, 2/1994, pp. 287-313.

GUTIÉRREZ ESPADA, C.

“Una reforma difícil pero productiva: la revisión institucional en el Tratado de Niza”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 5, nº 9, 2001, pp. 27-76.

GUZMÁN ZAPATER, M.

“El Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contrato de consumo y contrato individual de trabajo”, *Aranzadi Civil*, nº 2, 2009, pp. 2257-2280.

HADDEN, T.

“Industrial Democracy” en *Company Law and capitalism*, London, Weidenfield, Nicholson, 2º ed., 1977, pp. 439-485.

HALBACH, G. y PALAND, N.

Labour Law in Germany, Federal Ministry for Labour and Social Affairs, 4ª ed., Bonn, 1991.

HARLOW, C.,

“Towards a Theory of Access for the European Court of Justice”, *Yearbook of European Law*, 213, 1992.

HATZOPOULUS, V.

“Why the Open Method of Coordination is Bad for you: a letter to the EU”, *European Law Journal*, vol. 13, nº 3, 2007, pp. 309-342.

HERMIDA DE LLANO, C.

Los derechos fundamentales en la Unión Europea, Barcelona, Anthropos, 2005.

HERREROS LÓPEZ, J. M.

“El contenido social de la Carta de los Derechos Fundamentales”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares* nº 2005, 2004-2005, pp. 87-108.

HUERTAS BARTOLOMÉ, T.

“La dimensión social del mercado interior europeo y la construcción de una nueva política social comunitaria”, *Actualidad Laboral* nº 25, semana 19-25 de junio, 1989, pp. 323-332.

“Nuevas normas sobre diálogo social europeo: la información y consulta a los trabajadores en la Comunidad Europea”, Cuadernos de Relaciones Laborales, vol. 20, nº 1, 2002, pp. 119-142.

HYMAN, R.

“Labour markets and the future of decommofication” en JACOBI, O., JEPSEN, M., KELLER, B., y WEISS, M., *Social Embdding Integration of Markets. An opportunity for Transnational Trade unios action or an Impossible task?*, Hans Böeckler Stiftung, Düsseldorf, 2007.

ILIOPOULOS STRANGAS, J.

La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l’Union européenne: étude de droit comparé, Sakkoulas-Bruylant-Nomos, Atenas-Bruselas-Baden-Baden, 2000.

INSA PONCE DE LEÓN, F. L.

La implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

ISAAC, G.

Manual de Derecho Comunitario General, 3º ed., Ariel, 1995.

JACOBI, O., JEPSEN, M., KELLER, B. y WEISS, M.

Social Embedding Integration of Markets. An opportunity for Transnational Trade unios action or an Impossible task?, Hans Böeckler Stiftung, Düsseldorf, 2007.

JACOBS, A.

“La Concertación social europea” en *La negociación colectiva en Europa*, Colección Estudios e Informes, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pp. 339-382.

JAGODZINSKI, R.

“EWCs after 15 years- success or failure?”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, nº 17 (2), mayo 2011, pp. 203-216.

JIMENA QUESADA, L.

“La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas”, *Estudios de Economía Aplicada*, vol. 27-3, 2009, pp. 743-766.

“La Carta Social Europea y la Unión Europea”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 13, 1º semestre de 2009, pp. 389-407.

“La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre personas y grupos vulnerables”, III Foro Andaluz de los derechos sociales (“diversidad y ciudadanía”), Sevilla, 15 y 16 de abril de 2009.

“El derecho europeo de los derechos sociales y su asunción por parte de España”, Conferencia presentada en el Seminario sobre Actualidad de los derechos sociales, Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, 27-28 abril 2009.

“El derecho a la información y a la consulta en el seno de la empresa: líneas básicas de la jurisprudencia europea” en AA.VV., *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Universitat de València, 2010, pp. 249-258.

JIMENA QUESADA, L, y TOMÁS MALLÉN, B.

“Hacia un estándar europeo común de igualdad: la contribución del Comité Europeo de Derechos Sociales”, UNED, Revista de Derecho Político, nº 68, 2007, pp. 337-362.

JIMÉNEZ GARCÍA, F.

“La Carta Social Europea Revisada: entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de las políticas sociales europeas”, Revista electrónica de estudios internacionales, nº 17, 2009.

KAHN-FREUND, O.

Trabajo y Derecho, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

KERR, C.

The future of industrial societies: Convergence or Continuing Diversity? Cambridge, Mass., Harvard University press, 1983.

KÖHLER, H. D. y GÓNZALEZ BEGEGA, S.

“Diálogo social y negociación colectiva a escala sectorial en la Unión Europea. Limitaciones y perspectivas”, Cuadernos de Relaciones Laborales 25/2007, nº 2, pp. 119-149.

KOLLEWE, K. y KUHLMANN, R.

“Creating a more dynamic European Social Dialogue by strengthening the sectoral dimension”, en *Transfer: European Review of Labour and Research* 2/2003, pp. 265-280.

KOTZUR, M.

“Los derechos fundamentales en Europa”, Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 12, julio-diciembre 2009, pp. 73-100.

LACOMBA PÉREZ, F. R. y SALIDO BANÚS, J.

“Derechos colectivos, información y consulta, negociación y acción colectivas en la Constitución europea”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 57, 2005, pp. 323-336.

LANDA ZAPIRAIN, J. P.

“Las nuevas formas de participación en la empresa”, Ponencia III, XVII Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, 18 y 19 de mayo 2006.

“En busca de una regulación equilibrada que permita conciliar el desarrollo del mercado único con el respeto exigible al ejercicio de los derechos sociales fundamentales: desde el diálogo social a la constitucionalización jurídica de la Unión Europea”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Número extraordinario sobre la Presidencia Española en el Consejo de la Unión Europea, abril 2010, pp. 87-108.

LASAGABASTER HERRARTE, I.

Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático, Civitas, Madrid, 2009.

LASAOSA IRIGOYEN, E.

“La representación de los trabajadores en la empresa en Francia”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43, 2003, pp. 87-105.

LEE, V. y VIVARELL, M.

“Impacto social de la globalización en los países de desarrollo”, *Revista Internacional de Trabajo*, vol. 125, 2006, pp. 187-206.

LÓPEZ ESCUDERO, M.

“Artículo 27. Derechos de información y consulta de los trabajadores en la empresa”, en MANGAS MARTIN, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (comentario artículo por artículo)*, Fundación BBVA, 2008, pp. 473-488.

LÓPEZ ROCA, C.

“Libertades económicas versus derechos sociales: restricciones jurisprudenciales a los derechos colectivos de los trabajadores en la Unión Europea”, Comunicación presentada a la tercera ponencia, XX Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño, 28 y 29 de mayo 2009.

LUJÁN ALCARAZ, J.

“La Directiva 2001/86, del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la sociedad anónima europea en los que respecta a la implicación de los trabajadores, *Aranzadi Social* nº 5, 2002, pp. 21-30.

LYON CAEN, A.

Droit Social International et Europeen, 7º ed., Dalloz, París, 1991.

“Los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea”, Conferencia pronunciada en el Seminario Internacional de la Universidad Complutense, Madrid, Octubre 2000.

“Derecho comunitario del mercado versus Europa social”, *Relaciones Laborales* nº 13, 2009, LA LEY 13445/2009.

MAESTRO BUELGA, G.

“Los derechos sociales en la Unión Europea: una perspectiva constitucional”, *Revista vasca de Administración pública*, nº 46, 1996, pp. 119-141.

“El impacto de la ampliación de la Unión Europea sobre el Modelo social europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 23, enero-abril 2006, pp. 7-45.

“Estado de Derecho y Constitución Económica: Algunas reflexiones sobre la crisis constitucional europea”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 2007, nº 8, pp. 43-73.

MAGNUSSON, L.

“After Lisbon. Social Europe at the crossroads?” European Trade Unions Institute (ETUI) Working paper 2010.01.

MANGAS MARTÍN, A.

“La reforma institucional en el Tratado de Ámsterdam”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 2, nº 3, 1998, pp. 7-40.

“Delimitación y modo de ejercicio de las competencias en el Tratado Constitucional de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 57, marzo 2005, pp. 49-74.

“El control de la subsidiariedad” en *La constitucionalización del proceso de integración europea*, Colección Escuela Diplomática nº 9, Escuela Diplomática, Madrid, 2005, pp. 53-79.

“Reflotar Europa tras hundir la nave constitucional”, artículo publicado en *El Mundo* 25.07.2007.

“Algunos aspectos del derecho derivado en el Tratado de Lisboa: categorización de los actos, indeterminación de los tipos de actos, bases jurídicas y jerarquía”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 18, 2009.

“Lisboa, un tratado con vocación de futuro, Estudio introductorio” en *Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento y otros actos básicos de la Unión Europea*, 15ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 17-38.

MANCINI, G. F.

Democrazie e Costituzionalismo dell'Unione Europea, Bologna, 2004.

MARGINSON, P.

“European Integration and Transnational Management-Union Relations in the Enterprise”, *British Journal of Industrial Relations (BJIR)*, vol. 30, nº 4, 1992, pp. 529-545.

MARGINSON, P. y SISSON, K.

“The estructura of transnacional capital in Europe: the emerging Euro-company and its implications for Industrial relations”, en HYMAN, R. y FERNER, A., *New frontiers in European Industrial Relations*, Blackwell, 1994, pp. 15-51.

MARTÍN ARTILES, A.

“¿Un modelo social de bajo coste? Arxius de Sociología nº 18/2008, ejemplar dedicado a las Relaciones Laborales en España: problemas y retos, Universidad Autónoma de Barcelona, pp. 9-24.

MARTÍN HUERTAS, M. A.

“Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas a partidos políticos y sindicatos”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, nº 23, julio-diciembre 2010, pp. 85-120.

MARTÍN VALVERDE, A. y MIRANDA BOTO, J. M.

“El Tratado de Lisboa y el Derecho social de la Unión Europea”, *Actualidad Laboral*, nº 19, quincena del 1 al 15 de noviembre, 2010, tomo 2, LA LEY 13367/2010.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.

“La flexibilidad en el Tratado de Ámsterdam: especial referencia a la noción de cooperación reforzada”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 2, nº 3, 1998, pp. 205-232.

“La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea: cuestiones pendientes tras la Carta de Niza”, *Anuario Jurídico de La Rioja 2000-2001*, nº 6 y 7, pp. 387-427.

“Estudio Preliminar sobre El Tratado de Lisboa”, *Especiales sobre el Futuro de Europa*, 2007, página web del Real Instituto Elcano.

El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis institucional, Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional, Madrid 17-18 de diciembre de 2007, Lustel, 2008.

“El nuevo tratado para reforzar la unión económica: una cura de urgencia excepcional y transitoria”, *Real Instituto Elcano*, ARI 1/2012 de 10.01.2012.

MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DUEÑAS, A.

La Sociedad Europea: un régimen fragmentario con intención armonizadora, Documentos de trabajo del Instituto de Estudios Europeos, nº 2, mayo 2004.

MARTÍNEZ MORENO, C.

“Visicitudes y crisis empresariales”, capítulo V, en GARCÍA MURCIA (dir.), *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.

Los derechos de información en el contrato de trabajo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

“Libertad Sindical, representación en la empresa y conflictos colectivos”, *Justicia Laboral (Lex Nova)*, nº 1, 2000, pp. 169-180; nº 7, 2001, pp. 199-212;

“Grupos de empresas y responsabilidad empresarial”, *Aranzadi Social* nº 7, 1998, pp. 19-26.

MARTÍNEZ OTERO, J.

“Controversias jurisdiccionales en materia social en Europa. Potenciales divergencias entre el Comité Europeo de Derechos Sociales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 14, 2º semestre 2009, pp. 283-300.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A.

La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1997.

McCARTHY, W. E. J.

Trade unions, 2º ed., Penguin, 1985.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.

“La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea: la Directiva 2001/86/CE y su proyectada transposición a nuestro ordenamiento”, Comunicación, XVII Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Salamanca, 18 y 19 de mayo 2006.

MERCADER UGUINA, J.

“Derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”, *Relaciones Laborales* 14/1997, pp 58-79.

“Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 57, 2005, pp. 281-302.

MERINO SEGOVIA, A.

“Responsabilidad social corporativa: su dimensión laboral”, *Documentación laboral*, nº 75, 2005, pp. 51-80.

MERLI, F.

“Hacia una Constitución Común Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 9, 2001, pp. 241-258.

METCALF, D.

Labour legislation 1980-1990: philosophy and impact, mimeo (ejemplar multicopiado), London School of Economics, London, 1990.

MIRANDA BOTO, J. M.

“El papel del Tribunal de Justicia en la construcción del acervo social de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 102, 2013, pp. 17-34.

Las competencias de la Comunidad Europea en materia social, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.

“Las competencias de la Unión Europea en materia social: panorama y perspectivas de futuro”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 92, 2011, pp. 75-106.

MONEREO PÉREZ, J. L.

Los derechos de información de los representantes de los trabajadores, Civitas, Madrid, 1992.

Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario, Civitas, Madrid, 1994.

Teoría jurídica de los grupos de Empresas y Derecho del Trabajo, Comares, Granada, 1997.

“El concepto comunitario de empresa a efectos de la directiva social sobre transmisión de empresas”, *Tribuna Social* nº 80/81, 1997, pp. 7-27.

“Por un 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 e Inmigración*, nº 7, 1998, pp. 13-92.

“Los comités de empresa europeos: los derechos sociales de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitarias”, *Tribuna Social* nº 98, febrero 1999, pp. 29-48.

La protección de derechos sociales, el modelo europeo, Bomarzo, Albacete, 2009.

MONTALVO CORREA, J.

Fundamentos de Derecho del Trabajo, Civitas, Madrid, 1975.

“Empleo y relaciones Laborales en España en el contexto de la Unión Europea ampliada”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 7, 2004.

“La nueva organización del trabajo y sus consecuencias para el Modelo social europeo”, *El Modelo social europeo ante la globalización*, 2005, pp. 25-38.

MONTOYA MELGAR, A.

“La participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y los antecedentes del régimen de jurados” en AA.VV., *Diecisiete lecciones sobre la participación de los trabajadores en la empresa*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, 1967, pp. 27-46.

“Empresas multinacionales y relaciones de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 16, 1983, pp. 485-502.

MOREUA, M. A.

“A propos de l’affaire Renault”, *Droit Social*, nº 5, 1997.

MOSLEY, H. G.

“La dimensión social de la integración europea”, Revista Internacional de Trabajo, vol. 109, nº 1, 1990, pp. 87-106.

MURO BENAYAS, I.

“La participación de los trabajadores en las empresas ¿por qué no hablamos de ello?” en *Economistas ante la crisis: No es economía, es ideología*, Deusto, 2012.

NADAL VIGNOLO, S. M.

La empresa transnacional en el marco laboral, Ediciones Cultura Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1983.

NAGEL, B.

“La concertación social en la sociedad del siglo XXI: Dificultades y posibilidades”, Jornadas 25 años de diálogo social: Balance y perspectivas de futuro, Toledo, 6 y 7 de febrero de 2003.

NAVARRO, V.

“La economía alemana no es el ejemplo”, 17 de julio de 2012, publicado en la página web del autor vnavarro.org.

NAVARRO PÉREZ, J.

La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: un paso adelante en la protección de los derechos fundamentales, Tesina, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010.

NORES TORRES, E.

“La representación de los trabajadores en Italia”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 43/2003, pp. 107-119.

NORTHRUP, H. R., CAMPBELL, D. C. y SLOWINSKI, B. J.

“La consulta obrero-patronal en el ámbito multinacional europeo: su resurgimiento en el presente decenio”, Revista Internacional de Trabajo, vol. 107, nº 4, 1988, pp. 523-531.

OJEDA AVILÉS, A.

La cogestión en las grandes empresas: la experiencia alemana y la Ley de cogestión de 1976, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978.

“La negociación colectiva europea”, Relaciones Laborales 14/1993, pp. 67-83.

“Los euro-acuerdos reforzados y la naturaleza de la decisión del Consejo”, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 62, nov.-dic. 1993, pp. 855-865.

“Subsidiariedad y competencias concurrentes en el Derecho Social Comunitario”, Relaciones Laborales 10/1994, pp. 81-97.

Derecho sindical, 7º ed., Tecnos, Madrid, 1995.

“Negociación colectiva europea y trabajadores desplazados. Comentarios a la Directiva 96/71/CE”, Aranzadi Social nº 2, abril 1997, pp. 19-23.

“La calidad social europea desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, Relaciones Laborales, tomo I, 1998, pp. 11-23.

“Eficacia de los convenios colectivos en Europa”, En *La negociación colectiva en Europa*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Colección Informes y Estudios, Serie

Relaciones Laborales, nº 59, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pp. 415-444.

“Convergencia descendente y aplicación de acuerdos colectivos europeos”, Relaciones Laborales nº 23, tomo 2, 2009, LA LEY 206886/2009.

ORTIZ LALLANA, M. C.

“La Unión Europea y las políticas activas de empleo”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 17, 1999, pp. 13-52.

“La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario”, Ponencia I, XVII Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, 18 y 19 de mayo 2006.

“El mercado laboral y las políticas sociales en Europa”, Ponencia general, XX Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Logroño, 28 y 29 de mayo 2009.

OUCHI, W.

Theory Z: How american business can meet the Japanese Challenge, Addison-Wesley, Reading, Mass. y Menlo Park, California, 1981.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.

“La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)”, Ponencia general, XVII Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, 18 y 19 de mayo 2006.

PARDO IRANZO, V. y CERVERA VALLTERRA, M.

“El control jurisdiccional y el sistema de recursos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Obra realizada en el marco del Proyecto “Europa ante el desafío de la armonización del Derecho Procesal”, Universidad de Valencia, 2010.

PASTOR PALOMAR, A.

“Nota sobre el Asunto Senator Lines contra los Quince Estados Miembros de la Unión Europea ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja, 2003, supl. nº 11, abril, pp. 62-68.

“La regla *inclusio unius exclusion alterius* y la Carta de Derechos Fundamentales: Polonia, Reino Unido y otros”, en MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis institucional*, Iustel, 2008.

PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.

“Competencias y deber de sigilo de los representantes de personal en la empresa y protección de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial”, Actualidad Laboral nº 3, quincena 1-15 de febrero de 2008, LA LEY 13/2008.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.

“La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación al ordenamiento español”, Relaciones Laborales 8/9, 1991.

El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea, Civitas, Madrid, 1994.

“Aporías de la negociación colectiva”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 68, julio 2007, pp. 237-255.

“El reconocimiento de los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea”, Foro, Revista de Ciencias jurídicas y sociales, Nueva época, nº 9/2009, pp. 13-31.

PÉREZ DEL RIO, T.

“La política social europea en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas de estructura compleja”, en AA.VV., *V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla 15-6 diciembre de 1986, Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

“La dimensión social del mercado único europeo”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 47, 1991, pp. 386-410.

PÉREZ PÉREZ, P. J.

“Estructura orgánica de la sociedad anónima europea”, Noticias UE, 2004, nº 229.

PÉREZ VOITURIEZ, A.

Las sociedades multinacionales y los sindicatos mundiales ante el Derecho internacional, Akal, Madrid, 1981.

PETSCHEN, S.

“El mandato para el Tratado de la reforma: la consolidación definitiva del *establishment* político de los Estados”, página web del Real Instituto Elcano, 19/09/2007.

PI LLORENS, M.

Los Derechos Fundamentales en el ordenamiento comunitario, Barcelona, Ariel, 1999.

PONS RAFOLS, X.

“Las cooperaciones reforzadas en el Tratado de Niza”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 9, año 5, 2001 (ejemplar dedicado al Tratado de Niza), pp. 145-196.

POOLE, M.

Relaciones Industriales. Modelos y orígenes de la diversidad nacional, Colección Informes y Estudios del Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1993.

PORRET GELABERT, M.

Recursos Humanos: dirigir y gestionar personas en las organizaciones, 2ª ed., ESIC, junio 2007.

POSADA, X. E.

“Los comités de empresa europeos en el marco de la realidad transnacional”, El proyecto, Revista de Teoría y Práctica sindical de USO nº 24, marzo 1995, pp. 35-57.

QUEL LÓPEZ, F. J.

“Análisis de las reformas en el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Tratado de Niza”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 9, año 5, 2001 (ejemplar dedicado al Tratado de Niza), pp. 117-144.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.

“El deber de negociar” en *Los problemas actuales de la negociación colectiva*, Colección Informes y estudios, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, serie Relaciones Laborales nº 6, 1994, pp. 41-74.

“Perspectivas del derecho social en la Comunidad Europea (con especial atención al desarrollo de la Directiva sobre Comité de Empresa Europeo)”, *Tribuna Social*, nº 67, 1996, pp. 9-19.

“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, pp. 379-411.

“La implicación de los trabajadores en la Sociedad anónima europea (SE)”, *Cuadernos de Derecho judicial*, nº 14, ejemplar dedicado a novedades normativas en materia social, 2005, pp. 105-134.

“La flexibilidad: una aproximación al estado actual de la política comunitaria de empleo”, *Actualidad Laboral* nº 20, quincena del 16-30 de noviembre de 2009, tomo II, LA LEY 19840/2009.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y AGÍS DASILVA, M.

“Libre prestación de servicios, jurisprudencia comunitaria y límites a la acción sindical”, en AA.VV., *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín*, Universitat de Valencia, 2009, pp. 779-788.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T.

“La incidencia del Derecho Social Comunitario en el ordenamiento laboral español: la acción sindical”, *Revista de Treball* nº 3, 1987, pp. 9-20.

“Informe sobre la propuesta de Estatuto de sociedad europea y sus repercusiones en el ordenamiento jurídico y en la acción sindical en España”, inédito, 18 de septiembre de 1989.

“Comentario a las enmiendas contenidas en el borrador de Resolución del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Directiva, complementaria del Estatuto de sociedad europea, respecto de la participación de los trabajadores en la misma”, inédito, 18 de septiembre de 1989.

RAMSAY, H.

“Cycles of control”, *Sociology*, II, 1977, pp. 481-506.

REICH, R. B.

El trabajo de las naciones, Vergara, Buenos Aires, 1993.

RENTERO JOVER, J.

“Derecho social comunitario y sucesión de empresas”, *Aranzadi Social*, volumen V, 1997, pp. 375-406.

RIBAROVA, E.

“Information and consultation arrangements: results from a transnational study”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, nº 17 (2), mayo 2011, pp. 229-237.

RIESCO ROCHE, R.

Informe-resumen sobre los trabajos del grupo Información y consulta creado para la transposición a los derechos nacionales de la Directiva 94/45/CE Comités de empresa europeo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.

RIVERO LAMAS, J.

“Participación y representación de los trabajadores en la empresa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 84, 1997, pp. 493-526.

ROBLES CARRILLO, M.

“El método abierto de coordinación tras el Tratado de Lisboa”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* nº 92, 2011, pp. 283-326.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L.

“Diálogo social y negociación colectiva como métodos de regulación de las relaciones de trabajo en el ámbito de la Unión Europea” en AA.VV. (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., edit.), *La Negociación Colectiva Europea*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 17-89.

“Construyendo espacios para la acción colectiva: nivel, ámbito y estructura de la negociación colectiva”, *Revista del Poder Judicial*, nº 84, 2006, pp. 213-274.

Negociación Colectiva y Solución de Conflictos laborales, Bomarzo, Albacete, 2004.

RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M.

“La dimensión social del mercado interior (I), (II) y (III)”, *Relaciones Laborales, La Ley*, tomo I, 1989.

“La declaración de derechos sociales fundamentales (I), (II), (III) y (IV)”, *Relaciones Laborales* 20, 21, 22 y 23/1989.

“El lugar de los trabajadores en la sociedad anónima europea”, *Relaciones Laborales* 10/1990, pp. 1-8.

“Los derechos de información y consulta de los trabajadores y la dimensión comunitaria de la empresa”, *Relaciones Laborales* 12/1990.

“Representación de los trabajadores y democracia en la empresa”, *Relaciones Laborales* 15/16/1991, pp. 1-9.

“La negociación colectiva hasta Maastricht”, *Relaciones Laborales* 18/1992.

“Información y consulta a los trabajadores a nivel transnacional comunitario: modelo negocial”, *Relaciones Laborales* 19/1995, pp. 1-10.

“Información y consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: el modelo estándar”, *Relaciones Laborales* 20/1995, pp. 1-9.

“Diálogo social, participación y negociación colectiva”, *Relaciones Laborales* 23/1995, pp. 1-9.

“El efecto interno del derecho comunitario del trabajo y la problemática de las directivas no traspuestas”, en AA.VV., *Política social internacional y europea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

“Los derechos sociales fundamentales y la Conferencia Intergubernamental”, *Relaciones Laborales* 1/1997, pp. 54-63.

“De Maastricht a Ámsterdam: Derechos sociales y empleo”, *Relaciones Laborales* 4/1998, pp. 1-9.

“¿Un modelo social europeo o varios? Europa social y competitividad”, *Relaciones Laborales* nº 22, 2007, tomo 2, LA LEY 6095/2007.

“Derechos sociales fundamentales y Unión Europea”, *Relaciones Laborales* nº 19, 2007, tomo 2, LA LEY 5335/2007.

“La noción comunitaria de despido y el momento oportuno de la consulta”, Relaciones Laborales nº 22, 2009, LA LEY 20311/2009.

“Internacionalización de actividades sin sucesión de plantillas”, Relaciones Laborales nº 5, 2011, LA LEY 3129/2011.

“La reforma de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”, Relaciones Laborales nº 7, 2011, LA LEY 5180/2011.

RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.

“Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea”, Ponencia temática, XX Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño, 28 y 29 de mayo 2009.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., CASAS BAAMONDE, M. E., y VALDÉS DAL-RÉ, F.

“Las incertidumbres de los social en el Mercado Único”, Relaciones Laborales tomo IV, 1993.

RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.

“La nueva Ley alemana de participación de los trabajadores en la empresa”, Revista de Política Social nº 94, 1972, pp. 71-100.

“La participación de los trabajadores en la empresa”, Revista de Política Social nº 121, 1979, pp. 415-437.

ROJO TORRECILLA, E.

“La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión y los derechos de información y consulta”, Temas laborales nº 59/2001.

ROLDÁN BARBERO, J.

“La reforma del poder judicial en la Comunidad Europea”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 9, año 5, 2001 (ejemplar dedicado al Tratado de Niza), pp. 77-116.

ROMAGNOLI, U.

“La reforma de la empresa en el proyecto de Constitución Española”, Ponencia en las Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución española, Sevilla, mayo 1978.

ROQUETA BUJ, R.

“Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en cuanto a los despidos colectivos”, Actualidad Laboral nº 3, 2000, pp. 767-779.

“Los derechos sindicales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, Revista de Derecho de la Unión Europea, nº 15, 2008, pp. 197-210.

RUBIO LLORENTE, F.

“Mostrar los derechos sin destruir la Unión (Consideraciones sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)”, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 64, 2002.

RUÍZ CASTILLO, M. M.

“El diálogo social en el ámbito de la Unión Europea”, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 85 sep./oct. 1997, pp. 706-729.

SABIDO RODRÍGUEZ, M.

“Algunas cuestiones que plantea en Derecho Internacional Privado: la tutela de los trabajadores afectados por reestructuraciones de empresas”, Cuadernos de Derecho Transnacional, marzo 2010, vol. 2, nº 1, pp. 233-260.

SÁEZ LARA, C.

“La Directiva 94/45 sobre el Comité de empresa europeo y su transposición al derecho español”, Revista Española de Derecho del Trabajo nº 78 julio/agosto 1996, pp. 619-647.

SÁEZ LARA, C. y DURÁN LÓPEZ, F.

El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales, Civitas, Madrid, 1997.

SALA FRANCO, T.

“El proyecto comunitario de sociedad europea: la perspectiva española”, Revista de Treball nº 16, 1991.

“La política comunitaria de armonización de la normativa en materia laboral”, Revista de Treball nº 18, 1992.

Derecho Social Comunitario, 2º ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.

“Dos cuestiones mal resueltas: la naturaleza imperativa de las normas legales laborales y la complementariedad convencional de las mismas”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 3, 1997, pp. 121-132.

“La negociación colectiva europea”, en *Derecho, Historia y Universidad: Estudios dedicados a Mariano Peset*, vol. 2, 1997, pp. 591-595.

“El derecho a la negociación colectiva en el marco de la flexibilidad”, Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico nº 4, 2008, pp. 10-30.

“25 años de negociación colectiva”, Relaciones Laborales nº 2, 2010, pp. 571-580.

“Puntos críticos para un debate sobre la Reforma laboral de 2012”, Relaciones Laborales, nº 10, 2013, pp. 31-44.

SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A.

“La Constitución Europea y su contenido socio laboral”, Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, nº 13, 2005, pp. 65-83.

SAMPER JUAN, J.

“Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores”, Ponencia II, XVII Congreso Nacional, Asociación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, 18 y 19 de mayo 2006.

SÁNCHEZ CALERO, F.

Instituciones de Derecho Mercantil I, Introducción, Empresa y sociedades, 20ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.

“El concepto de trabajador por cuenta ajena en el derecho español y en el comunitario”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 37, 2002, pp. 37-60.

SANZ CABALLERO, S.

“El control de los actos comunitarios por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 5, nº 10, 2001, pp. 473-514.

“Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Luxemburgo versus Estrasburgo: ¿Quién es la última instancia de los derechos fundamentales en Europa?)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 8, nº 17, 2004, pp. 117-158.

“Crónica de una adhesión anunciada: algunas notas sobre la negociación de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 15, nº 38, 2011, pp. 99-128.

SALINAS DE FRÍAS, A.

“Una historia de amor y desamor: la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos” en *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea*, Asociación pro-derechos humanos de España, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Jornada de expertos, Madrid, 21 de octubre de 2011, pp. 19-32.

SCHWIMBERSKY, S.

“European legislation and the European Court of Justice: Impacts on Worker participation in Europe”, Paper presentado en la Conferencia IREC “Governance issues in shifting industrial and employment relations”, 26-28 de Agosto 2004, Universidad de Utrecht, Holanda, pp. 1-31.

SCHUMANN, I.

“EU integration and EU initiatives on employee participation and social dialogue”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, nº 17 (2), mayo 2011, pp. 239-249.

SCIARRA, S.

“Formas de avanzar en la negociación colectiva transnacional y europea”, *Relaciones Laborales* nº 12, quincena 15-30 junio 2011, tomo I.

SELMA PENALVA, A.

“La trascendencia práctica de la vinculación ideológica en las empresas de tendencia en el ámbito de las relaciones de trabajo”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 26, 2008, pp. 299-332.

SERRANO OLIVARES, R.

“La noción de empresa a efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea”, *Relaciones Laborales* 22/1997, pp. 67-96.

“A vueltas con la delimitación del supuesto de hecho de la transmisión de empresa. Cometario a la STJCE de 15 de diciembre de 2005 (Gúney-Görres) asuntos acumulados C-232/04 y 233/04”, *IUSLabor*, 01/2006, Universitat Pompeu Fabra.

SHIRAI, T.

Contemporary Industrial Relations in Japan, University of Wisconsin Press, Madison, 1983.

SICILIA OÑA, B.

Derechos fundamentales y Constitución Europea, Colección Derechos Humanos P. Francisco de Vitoria, Arateko, Victoria-Gasteiz, 2006.

SMITH, S. C.

“Derechos de participación, formación y eficiencia de los trabajadores: hipótesis y evidencia empírica para Alemania”, *Ekonomiaz, Revista vasca de Economía*, nº 33, 1995, ejemplar dedicado a la Economía de la participación, pp. 92-121.

SMURAGLIA, C.

Partecipazione e impresa, Riuniti, Roma, 1978.

SORGE, A.

“The evolution of industrial democracy in the countries of the European Community”, *British Journal of Industrial Relations*, 14, 1976, pp. 318-333.

STEINBERG, F.

“Europa y la globalización”, Documento de Trabajo nº 7, Real Instituto Elcano, 14 de mayo de 2013.

STOLLT, M. y KLUGE, N.

“The potencial of employee involvement in the SE to foster the Europeanization of labour relations”, *Transfer: European Review of Labour and Research*, nº 17 (2), mayo 2011, pp. 181-191.

STRAUSS G.

“Workers´ participation: symposion introduction”, *Industrial Relations*, vol. 18, nº 3, september 1979, pp. 247-261.

STREECK, W.

“European Social policy after Maastricht: The Social dialogue and subsidiarity”, *Economic and Industrial Democracy*, 15, 1994, pp. 151-177.

TAJADURA TEJEDA, J.

“La desconstitucionalización de los derechos fundamentales en el Tratado de Lisboa: los límites de la integración diferenciada”, VIII Congreso de Derecho Constitucional Europeo, San Sebastián, 4 y 5 de Junio de 2010.

TERRADILLOS ORMAEXTEA, E.

La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas: modernas fórmulas de regulación, Colección Estudios nº 98, Consejo Económico y Social, 2000.

“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* 22/2006, pp. 1057-1083.

TUA PEREDA, J. y GONZALO ANGULO, J.

Directrices de Derecho de Sociedades y de Bolsa, Ediciones del Instituto de Censores Jurados de cuentas de España, Madrid, 1985.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.

“La iniciativa normativa en el procedimiento legislativo europeo a la luz del tratado de Lisboa”, *Revista para el análisis del Derecho*, INdret 3/2010.

URÍA, R.

Derecho Mercantil, 20ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1993.

URIARTE TORREALDAY, R.

EL artículo 129.2 de la Constitución: la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, Comares, Granada, 2005.

VANDAMME, J.

“La proposition de directive de la Commission sur l’information et la consultation des travailleurs dans les entreprises multinationales”, en AA.VV., *L’information et la consultation des travailleurs dans les entreprises multinationales*, Collection de l’Institut de Recherche et d’information sur les multinationales, París, 1984, pp. 180-201.

VALDÉS ALONSO, A.

“Algunas consideraciones sobre el contenido laboral de los Códigos de conducta”, *Aranzadi Social*, vol. 3, nº 13, 2010, pp. 59-89.

“La participación de los trabajadores en la empresa: una aproximación histórica”, *Documentación laboral*, nº 91, 2011, pp. 99-119.

Responsabilidad social de la empresa y relaciones laborales, Colección Enfoque laboral nº 11, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

VALDÉS DAL-RÉ, F.

“Democracia industrial en Europa: balance de un debate” en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980, pp. 487-522.

“La contratación colectiva europea: más que un proyecto y menos que una realidad consolidada”, *Relaciones Laborales* 21/1997, pp. 1-16.

“La transmisión de empresa: una experiencia de encuentros y desencuentros entre el derecho comunitario y los sistemas jurídicos nacionales”, *Relaciones Laborales* 1/1998, noviembre, pp. 15-42.

“Los derechos de información y consulta de los trabajadores en la transmisión de empresa: la inadecuación del derecho interno a la legislación comunitaria”, *Relaciones Laborales* 6/2001, p. 1-12.

“Las garantías colectivas en la transmisión de empresas”, *Relaciones Laborales* tomo I, 11 y 12/2002, pp. 199-226.

“La participación de los trabajadores en la sociedad europea: treinta años después”, *Relaciones Laborales* 6/2003, marzo, pp. 1-12.

“La implicación de los trabajadores en la sociedad europea: un paradigma del nuevo derecho comunitario”, *Relaciones Laborales* 11/2003, junio, pp. 1-14.

“El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores de la Sociedad Europea a través de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales* 13/2003, julio, pp. 1-11.

“El modelo legal de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima europea”, *Relaciones Laborales* 15/16/2003, agosto, pp. 1-8.

“Los derechos de información y consulta en el Derecho social comunitario”, *Relaciones Laborales* nº 9, quincena de 8 al 23 de mayo 2008, año XXIV, tomo 1, LA LEY 15892/2008.

“El debate europeo sobre la armonización del derecho del trabajo y las relaciones laborales triangulares”, Relaciones Laborales nº 3, quincena 8 al 23 de feb. 2009, año XXV , tomo 1, LA LEY 197/2009.

“La Europa social: debates y embates”, Relaciones Laborales nº 23, 2009, tomo 2, LA LEY 20685/2009.

“El debate de la flexiguridad en la Unión Europea (I) y (II), Relaciones Laborales nº 1, 2010, pp. 147-156 y pp. 157-166.

“La participación de los trabajadores en la empresa: el marco constitucional”, Relaciones Laborales nº 11, 2013, pp. 1-12.

VAN HET KAAR, R.

“The European Company (SE) Statute: up against increasing competition?”, Transfer: European Review of Labour and Research, nº 17 (2), mayo 2011, pp. 193-201.

VÁZQUEZ MATEO, F.

“La información a los representantes de los trabajadores: fines y claroscuros en su aplicación”, Relaciones Laborales nº 18, quincena del 23 de septiembre al 8 de octubre de 2010, LA LEY 1294/2010.

VERMA, A. y CUTCHER-GERSHENFELD, J.

“Joint governance in the workplace: Beyond, union–management cooperation and worker participation”, en KAUFMAN, B. E. & KLEINER, M. M., *Employee representation: Alternatives and future directions*, Industrial Relations Research Association, University de Wisconsin-Madison, 1993, pp. 197-234.

VICENT CHULÍA, F.

“El Derecho mercantil del neocapitalismo”, Revista de Derecho Mercantil, 1976.

Introducción al Derecho Mercantil, 9º ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

WEDDERBURN, LORD W.

The worker and the Law, Penguin Books, 1965.

“Participación obrera, Negociación colectiva y sociedad europea”, Revista de Treball nº 16, 1991, pp. 53-72.

“Consultation and collective bargaining in Europe: Success or ideology?”, *Industrial Law Journal*, vo. 26, nº 1, marzo 1997, pp. 1-34.

WEISS, M.

“Los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea”, Conferencia pronunciada en Seminario Internacional en la Universidad Complutense de Madrid, octubre 2000.

WICKENS, P.

The road to Nissan, MacMillan Press, London, 1987.

YSÁS MOLINERO, H.

“Derechos de información y consulta en la Constitución europea (un estudio del artículo II.87)”, Comunicación, XVII Congreso Nacional, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Salamanca, 18 y 19 de mayo 2006.

ZACHERT, U.

“La estructura de las relaciones laborales en Alemania”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 11, 2007, pp. 1029-1040.

ZUFIAUR NARVAIZA, J. M.

“El modelo social europeo en la cuneta”, Relaciones Laborales 21/2008, pp. 513-534.

“Las consecuencias sociales de las políticas europeas”, Relaciones Laborales, nº 11, 2012, pp. 59-68.