

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Facultat de Dret

Departament de Dret del Treball i de la Seguretat Social



**LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN, CONSULTA Y
PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES.**

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Francisco Marín Martínez

Dirigida por:

Prof. Dr. Ángel Blasco Pellicer

Valencia 2015

**LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN,
CONSULTA Y PARTICIPACIÓN DE LOS
TRABAJADORES.**

TESIS DOCTORAL:

- Realizada por **Francisco Marín Martínez**
- Dirigida por **Prof. Dr. D. Ángel Blasco Pellicer**

ÍNDICE

ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN.....	19
CAPÍTULO I: HISTORIA Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA ARTICULACIÓN DEL CONFLICTO LABORAL Y PARTICIPACIÓN OBRERA EN LAS EMPRESAS.....	23
1. El conflicto laboral: intereses opuestos y desigualdad entre las partes.....	23
2. La representación de los trabajadores y la participación obrera	32
2.1. Persecución, aceptación y legalización	32
2.2. Competencias obreras en cuanto a participación	40
3. Los diferentes modelos teóricos de participación obrera	43
3.1. El modelo liberal y neoliberal	46
3.2. ¿Existe un modelo en el pensamiento anarquista?	47
3.3. Los diferentes modelos de inspiración marxista	50
3.4. El modelo histórico del corporativismo: inspiración para el fascismo	56
3.5. El modelo socialdemócrata en el sistema capitalista.....	59
4. Conceptualización de los diferentes tipos de derechos participativos en la historia.....	62
4.1. Cuestiones terminológicas.....	62
4.2. El concepto de información.....	67
4.3. La noción de consulta.....	71
4.4. ¿Qué se entiende por participación?: Tipos de participación.....	76
4.4.1. La participación productiva.....	77
4.4.2. La participación sectorial o participación en la gestión social	80
4.4.3. La participación en beneficios.....	82
4.4.4. La participación en la propiedad	86
4.4.4.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2002, de 28 de enero.....	90
4.4.4.2. Las opciones sobre acciones o “stock options”	93
4.4.5. La autogestión	95
5. Los derechos participativos: ¿Instrumentos al servicio de la representación o derechos autónomos?	97
5.1. El entendimiento como derechos instrumentales	97

5.2. El carácter de derechos autónomos	101
5.3. La instrumentalidad interna de los derechos participativos	108
CAPÍTULO II: LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS DE LOS TRABAJADORES EN EL PLANO INTERNACIONAL	111
1. Las normas de la O.I.T en materia de información, consulta y participación de los trabajadores	111
1.1. La Recomendación 129 OIT, sobre las Comunicaciones dentro de la Empresa, de 1967	113
1.2. Normas de la O.I.T relativas a los derechos de información, consulta y participación	116
1.2.1. El Convenio 135, relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la Empresa, de 1971	117
1.2.2. El Convenio 148, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos profesionales debidos a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones en el lugar de trabajo, de 1977	119
1.2.3. El Convenio 154, sobre el fomento de la negociación colectiva, de 1981	120
1.2.4. El Convenio 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 1981	122
1.2.5. El Convenio 158, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, de 1982.....	124
1.2.6. La Declaración Tripartita de Principios, sobre las empresas multinacionales y la política social, de 1977	125
1.2.7. El Convenio 187, sobre el marco promocional para la seguridad y la salud en el trabajo, de 2006	129
1.3. Balance crítico.....	130
2. Antecedentes históricos en el ámbito europeo	132
2.1. La Carta Social Europea (<i>Revisada</i>) (1961-1996)	134
2.1.1 Introducción.....	134
2.1.2. Estructura y contenido de la Carta Social Europea Revisada	138
2.1.2.1. El contenido declarativo de la Parte I de la Carta Social Europea	138
2.1.2.2. Los derechos y principios de la Parte II de la Carta Social Europea.....	138
2.1.2.2.1. La información y consulta ligadas a distintos derechos	139
2.1.2.2.2 Los derechos de información, consulta y participación propiaemente dichos.....	145
2.1.2.2.2.1. La información en la Carta Social Europea.....	147
2.1.2.2.2.2. Las consultas en la Carta Social Europea.....	155
2.1.2.2.2.3. La participación en la Carta Social Europea	156
2.1.2.2.3. La exclusión de las pequeñas empresas	159

2.1.2.2.4. El cumplimiento de los artículos 21 y 22 de la Carta Social Europea siempre que estos se apliquen a la gran mayoría de los trabajadores. (El artículo I.2 de la Parte V)	160
2.1.2.3. Las obligaciones de la Parte III de la Carta Social Europea	161
2.2. Competencia en materia social y Derechos Sociales Fundamentales en el ámbito comunitario.....	163
2.2.1. Objetivos originariamente económicos y desarrollo social de la CEE y la UE.....	163
2.2.2. Competencias de la CEE y la UE en materia social.....	165
2.2.3. Competencias de la CEE y la UE sobre Derechos Fundamentales	172
2.2.4. Recapitulación crítica	176
2.3. La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, de 1989	178
2.3.1. Nacimiento y eficacia de la CCDSFT	178
2.3.2. El Contenido de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales.....	180
2.3.2.1. El Preámbulo	180
2.3.2.2. El Título I: Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores.....	181
2.3.2.2.1. Información, consulta y participación ligadas a distintos derechos	181
2.3.2.2.2. La información, consulta y participación propiamente dichas.....	184
2.3.2.3. El Título II: Aplicación de la Carta	191
2.3.2.4. Recapitulación crítica	192
2.4. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	194
2.4.1. Introducción.....	194
2.4.2. El contenido de la Carta	197
2.4.3. ¿Derechos Sociales o Principios Sociales?	204
2.4.4. Ámbito de aplicación y alcance de los derechos garantizados.....	210
2.4.5. Recapitulación crítica	213
3. Directivas europeas en materia de derechos participativos	215
3.1. Evolución histórica.....	215
3.2. Las Directivas 94/45/CE y 2009/38/CE, sobre Empresas de Dimensión Comunitaria	219
3.2.1. Necesidad de una regulación específica para las Empresas de Dimensión Comunitaria y principios de la Directiva 94/45/CE	219
3.2.2. El ámbito de aplicación: ¿Qué es Empresa y Grupo de Empresas de Dimensión Comunitaria?.....	225
3.2.3. Los conceptos de información y consulta en las Directivas.....	229
3.2.4. La negociación en el seno de la Empresa o Grupo de Dimensión Comunitaria	230

3.2.4.1. Información previa a la propia negociación	231
3.2.4.2. La negociación	233
3.2.4.2.3 El supuesto de existencia de acuerdo	238
3.2.5. El Comité de Empresa Europeo en caso de falta de acuerdo: Las disposiciones subsidiarias.....	239
3.2.5.1. Composición del Comité de Empresa Europeo.....	239
3.2.5.2. Contenido y ejercicio de los derechos de información y consulta	241
3.2.6. Información confidencial e información secreta	244
3.2.7. Relación de la Directiva 2009/38/CE con otras Directivas y acuerdos vigentes.....	248
3.3. La Directiva 2001/86/CE, por la que se completa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, y 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	249
3.3.1. Treinta años de debate en torno a la creación de una Sociedad Europea y a la participación de los trabajadores en la misma	249
3.3.2. La dualidad normativa reguladora de la SE y la SCE	256
3.3.3. Los ámbitos de aplicación: Conceptos de Sociedad Anónima Europea y Sociedad Cooperativa Europea	259
3.3.3.1. La Sociedad Anónima Europea.....	260
3.3.3.2. La Sociedad Cooperativa Europea	263
3.3.4. Principios y estructura de la Directiva	265
3.3.5 Delimitación de conceptos clave	269
3.3.5.1. El concepto de implicación	269
3.3.5.2 La noción de información.....	271
3.3.5.3. El significado de la consulta.....	273
3.3.5.4. El concepto de participación	274
3.3.6. La negociación como principal instrumento para la puesta en marcha de los mecanismos de implicación	276
3.3.7. El contenido del acuerdo	282
3.3.8 La aplicación subsidiaria de las disposiciones de referencia	286
3.3.9. El contenido de las disposiciones de referencia	289
3.3.10. Otras disposiciones de variado contenido	292
3.3.11. Aspectos específicos de la Directiva de Sociedades Cooperativas Europeas	295
3.4. La Directiva 2002/14/CE, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea	298
3.3.1. Objetivos de la Directiva 2002/14/CE.....	298

3.4.2. Ámbito de aplicación.....	300
3.4.3. Modalidades prácticas de la información y consulta.....	306
3.4.3.1. Las materias y su contenido	306
3.4.3.2. Tiempo y forma de la información y la consulta.....	309
3.4.3.2.1. Tiempo y forma de la información.....	309
3.4.3.2.2. Tiempo y forma de la consulta	312
3.4.3.3. El ámbito de afectación: el nivel adecuado de las informaciones y consultas	314
3.4.3.4. Información y consulta derivadas de un acuerdo	316
3.4.4. La información confidencial	317
3.4.5. Las cláusulas de cierre de la Directiva en relación al derecho comunitario y al derecho interno	320
3.5. Dos modelos diferentes: desarrollo histórico y derechos participativos en los ordenamientos francés e italiano	321
3.5.1. El modelo francés.....	322
3.5.2. El modelo italiano	330
CAPÍTULO III: LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN, CONSULTA Y PARTICIPACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.....	335
1. Antecedentes históricos de los derechos participativos en España hasta la Constitución de 1978	335
1.1 Precedentes y primeros atisbos.....	335
1.2. Las primeras normas: el periodo 1917-1923.....	338
1.3. La dictadura de Primo de Rivera: consolidación del sistema corporativista.....	341
1.4. El periodo de la IIª República y sus vicisitudes	344
1.4.1. El bienio Republicano-Socialista (el Ministerio Azaña).....	345
1.4.2. El Bienio radical-cedista	347
1.4.3. El corto periodo del Frente Popular	348
1.4.4. La España Republicana en la Guerra Civil	349
1.5. El largo periodo de la dictadura franquista y sus distintas etapas	351
1.5.1. La España facciosa durante la guerra civil.....	351
1.5.2. El periodo de postguerra.....	352
1.5.3. La puesta en marcha de la “democracia” orgánica.....	353
2. El marco jurídico actual de los derechos participativos en España	355
2.1. El marco constitucional: el estado social y democrático de derecho y el artículo 129.2 CE en su contexto.....	355
2.1.1. Derechos y artículos conexos al artículo 129.2 CE.....	355

2.1.2. El artículo 129.2 CE	359
2.1.2.1. Consideraciones generales	359
2.1.2.2. La información, consulta y participación llevada a cabo por la representación unitaria de los trabajadores en relación con la libertad sindical	362
2.1.2.2. La información, consulta y participación llevada a cabo por la representación unitaria de los trabajadores en relación con la libertad sindical	371
2.2 Los originarios artículos 4.g), 61 y 64 ET y sus sucesivas reformas	377
2.2.1. Planteamiento	377
2.2.2. El originario artículo 64 ET del Estatuto de los Trabajadores de 1980	381
2.2.3. La Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, y su incorporación al Estatuto de los Trabajadores mediante el Real Decreto Legislativo 1/1995	387
2.2.4. Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad	388
2.2.5. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.....	389
2.3. La transposición de la Directiva marco 2002/14/CE mediante la Ley 38/2007.	390
2.3.1. La denominación de la Directiva y su introducción: claves para el análisis de su contenido.....	390
2.3.2. Los conceptos que incorpora la Directiva: especial concreción de la información y consulta	392
2.3.3. El espíritu de cooperación en el artículo 64 ET	395
2.3.4. Nuevas previsiones en cuanto al contenido de la información, consulta y participación en la norma de transposición	395
2.3.5. Referencias a la información, consulta y participación más allá del artículo 64 ET	398
2.4. Los sujetos de los derechos participativos	399
2.4.1. Los propios trabajadores	402
2.4.2. La Asamblea.....	403
2.4.3. Supuestos en los que la ausencia de representantes que requiere la elección de una representación ad hoc por parte de los propios trabajadores	410
2.4.4. Análisis de la expresión representantes.....	415
2.4.5. La representación unitaria de los trabajadores	419
2.4.4.1. Los delegados de personal.....	420
2.4.4.2. El comité de empresa	423
2.4.4.3. El comité intercentros.....	427

2.4.4.4. El comité de empresa europeo e implicación de los trabajadores en SAE y SCE.....	431
2.4.6. La representación sindical de los trabajadores	433
2.4.6.1. La sección sindical	440
2.4.6.2. Los delegados sindicales	441
2.4.7. La representación específica en materia de prevención	445
2.4.7.1. Delegados de Prevención	445
2.4.7.2. Comité de Seguridad y Salud	447
2.4.8. La comisión mixta paritaria de vigilancia e interpretación del convenio.....	450
2.5. El contenido de los derechos participativos de los trabajadores regulados en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores.....	454
2.5.1. Cuestiones generales	454
2.5.2. Los derechos participativos sobre asuntos de índole económica	458
2.5.2.1. Periodicidad y forma de los derechos participativos sobre asuntos de índole económica.....	459
2.5.2.2. La información trimestral económica.....	466
2.5.2.3. La información contable.....	469
2.5.3. Los derechos participativos sobre asuntos de índole medioambiental.....	484
2.5.4. Los derechos participativos sobre asuntos de índole laboral	488
2.5.4.1. La información en materia laboral	489
2.5.4.1.1. Previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, con indicación del número de estos, y de las modalidades y tipos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial (64.2.c).....	489
2.5.4.1.2. La realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial (64.2.c)	493
2.5.4.1.3. Supuestos de subcontratación. (64.2.c)	494
2.5.4.1.4. Estadísticas sobre el índice de absentismo y las causas (64.2.d)	497
2.5.4.1.4.1 Referencia al derecho a la intimidad de los trabajadores	498
2.5.4.1.5. Los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, y los índices de siniestralidad (64.2.d)	500
2.5.4.1.6. Los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral (64.2.d)	502
2.5.4.1.6. Los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral (64.2.d)	503
2.5.4.1.8. Modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa (64.4.b).....	504
2.5.4.1.9. Los documentos relativos a la terminación de la relación laboral (64.4.b)	505

2.5.4.1.10. Sanciones impuestas por faltas muy graves (64.4.c).....	507
2.5.4.1.11. Copia básica de los contratos (64.4 último párrafo).....	509
2.5.4.1.12. Notificación de la prórrogas y de las denuncias correspondientes (64.4 último párrafo)	515
2.5.4.2. Las consultas en materia laboral	516
2.5.4.2.1. Situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo.....	518
2.5.4.2.2. Evolución probable del empleo cuando se prevean cambios al respecto (trimestralmente) (64.5 primer párrafo)	520
2.5.4.2.3. Decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa (64.5 segundo párrafo)	521
2.5.4.2.4. Adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo (64.5 segundo párrafo)	522
2.5.4.3. El derecho a la emisión de informes laborales (artículo 64.5 tercer párrafo)	523
2.5.4.3.1. El informe en las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquélla, y en las reducciones de jornada.....	526
2.5.4.3.2. El informe en el traslado total o parcial de las instalaciones.....	527
2.5.4.3.3. El informe en los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo.....	527
2.5.4.3.4. El informe en los planes de formación profesional en la empresa.....	530
2.5.4.3.5. El informe en la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo	531
2.5.4.4. Derechos de vigilancia y control	531
2.5.4.4.1. Vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes	532
2.5.4.4.2. Vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa, con las particularidades previstas en este orden por el artículo 19 del ET.....	535
2.5.5. Los derechos participativos sobre asuntos de igualdad entre mujeres y hombres	537
2.5.5.1. Información y consulta en materia igualdad	537
2.5.5.1.1 Datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales	538

2.5.5.1.2. Medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa (en su caso)	538
2.5.5.1.3. Datos sobre la aplicación del plan de igualdad	540
2.5.5.2. La vigilancia y control en materia de igualdad	542
2.5.5.3. El derecho a colaborar en la puesta en marcha de medidas de conciliación (64.7.d).....	543
2.5.6. La expectativa de derechos participativos relativos a las obras sociales	544
2.5.7. El deber de colaboración con respecto al mantenimiento e incremento de la productividad	545
2.5.8. El derecho/deber de los representantes de los trabajadores a informar a sus representados.....	547
2.5.9. Los deberes de sigilo y secreto.....	550
2.5.9.1. El deber de sigilo.....	551
2.5.9.2. El secreto empresarial	558
CONCLUSIONES.....	561
BIBLIOGRAFÍA.....	585

ABREVIATURAS.

Art. y Arts.	Artículo y Artículos.
AMI	Acuerdo Marco Interconfederal.
AT	Accidente de Trabajo.
AUE	Acta Única Europea.
CCDSFT	Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.
CCom.	Código de comercio.
CCOO	Comisiones Obreras.
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CE	Constitución Española.
CEDH	Convenio Europeo de los Derechos Humanos.
CEE	Comunidad Económica Europea.
CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales.
CEU	Comité de Empresa Europeo.
CFTC	Confédération Française des Travailleurs Chrétiens.
CGIL	Confederazione Generale Italiana del Lavoro.
CGT	Confédération Générale du Travail.
CGT-FO	Confédération Générale du Travail – Force Ouvrière.
CISL	Confederazione Italiana Sindacati dei Lavoratori.
CSE	Carta Social Europea.
CSER	Carta Social Europea Revisada.
CTA	Cooperativa de trabajo Asociado.
DDHH	Derechos Humanos.
EEE	Espacio Económico Europeo.
EP	Enfermedad Profesional.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
ETT	Empresa del Trabajo Temporal.

LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.
LOI	Ley Orgánica de Igualdad.
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical.
LPL	Ley de Procedimiento Laboral.
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales.
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.
LSC	Ley de Sociedades de Capital.
OIT	Organización Internacional del Trabajo.
PCE	Partido Comunista de España.
PSOE	Partido Socialista Obrero Español.
RLT	Representación Legal de los Trabajadores/Representantes legales de los trabajadores.
RSCE	Reglamento de Sociedades Cooperativas Europeas.
RSE/RSAE	Reglamento de Sociedades Anónimas Europeas.
RSU	Rappresentanza Sindicale Unitaria.
SA	Sociedad Anónima.
SAE/SE	Sociedad Anónima Europea.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
SCE	Sociedad Cooperativa Europea.
SEPE	Servicio Público de Empleo Estatal.
SL	Sociedad Limitada.
SLU	Sociedad Limitada Unipersonal.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional.
TCE	Tratado de la Comunidad Europea.

TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea.
TCT	Tribunal Central del Trabajo.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRADE	Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente.
TS	Tribunal Supremo.
TTIP	Acuerdo Transatlántico para el Comercio y la Inversión.
TUE	Tratado de la Unión Europea.
Unión Europea	Unión Europea.
UGT	Unión General de Trabajadores.
UIL	Unione Italiana del Lavoro.
USO	Unión Sindical Obrera.

“Ciudadano:

*Lejos de los defensores del pueblo, lejos del pueblo mismo, esta diplomacia, esta pretendida prudencia maquiavélica, esta política hipócrita que no es buena más que para los tiranos, y que en estos últimos tiempos emplean los patriotas, les ha hecho perder los frutos más bellos de la victoria del 13 Vendimiario. Reflexiones, fundadas sobre todos los ejemplos, me han dado la convicción, de que, **en un estado popular, la verdad debe aparecer siempre clara y desnuda. Siempre hay que decirla, hacerla pública, hacer al pueblo entero confidente de cuanto concierne a sus intereses más importantes. Las circunspecciones, los disimulos, los apartes, entre las camarillas de hombres selectos y pretendidos reguladores, no sirven más que para matar la energía, falsificar la opinión, hacerla fluctuante, incierta, y, de ahí, es preocupada y servil, y dar así facilidades a la tiranía que puede organizarse sin obstáculos. Eternamente convencido de que nada grande se puede hacer sin contar con el pueblo, creo que es necesario, para hacerlo, decirle todo, mostrarle sin cesar lo que hay que hacer, y temer menos los inconvenientes de la publicidad de que disfruta la política, y contar más con las ventajas de la fuerza colosal que evita las trampas de la política... Hay que calcular toda la fuerza que se pierde dejando a la opinión en la apatía, sin alimento y sin objetivo, y todo lo que se gana activándola, esclareciéndola y mostrándole un objetivo**”.*¹

1 BABEUF, G, a Fouché de Nantes, *El Manifiesto de los Plebeyos*. París, 17 Brumario, año 4 de

INTRODUCCIÓN

Como cualquier estudio realizado en el marco de las ciencias sociales, el análisis de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en la empresa, requiere que se lleve a cabo una mirada hacia el pasado en aras de comprender el porqué de una legislación actual vigente o incluso el porqué de una u otra propuesta realizada de *lege ferenda* que pretenda cambiar lo actualmente legislado. Pero esta visión histórica no debe arrancar en el momento en que aparecen en los distintos ordenamientos jurídicos las primeras figuras de derechos informativos, consultivos o participativos de los trabajadores en el marco empresarial; ya que si esto fuera así, el análisis quedaría incompleto, recogiendo la evolución histórica de los mismos desde sus inicios – labor sin duda necesaria-, pero olvidando las causas mayormente sociales que llevaron a su implantación y desarrollo, y olvidando también la razón de ser de los mismos, eso es, las necesidades que se querían cubrir o los intereses que se reivindicaban a la hora de exigir derechos de estas características. Es por ello que, al menos, debe partirse de un somero análisis del sustrato social que dio lugar a la aparición de estos derechos.

El título de este trabajo se centra en los derechos de información, consulta y participación ya que, a grandes rasgos, son los que hoy en día podemos encontrar en nuestro ordenamiento jurídico y es a ello a lo que se dedica esta tesis. No obstante, el análisis histórico comparado del fenómeno participativo en las empresas no puede encuadrarse en el mero concepto de “derechos” ya que la participación obrera no tiene porque estar garantizada mediante esta figura, sino que cabrían otras tales como los principios o las propias obligaciones o cargas, entre otras. Por otro lado, información, consulta y participación, además de admitir un gran debate en torno a sus definiciones, son solamente tres figuras posibles dentro de las inmensas posibilidades que una regulación legal podría albergar en cuanto a la participación de los trabajadores.

Aun a riesgo de parecer que se está desviando el contenido del trabajo mediante una perspectiva histórica, que pese a ser escueta pretende ser operativa, me parece inevitable hacer hincapié en ciertas consideraciones para no perder la perspectiva y mantener a lo largo de todo el estudio una visión crítica que pretenda basar todos sus razonamientos en motivos causales y por qué no, también estructurales, en cuanto a la

materia que es objeto del mismo. Uno de los rasgos esenciales del Derecho del Trabajo es su especial “porosidad a los otros campos del saber”. En efecto, los conceptos de este sector jurídico no son sólo suyos, compartiéndolos también con la Sociología, la Economía y la Ciencia Política. (...) Esta proximidad del Derecho del Trabajo a las realidades socio-económicas, a las coordenadas que delimitan una antropología social y a los problemas esenciales de la Ciencia política, son un alegato permanente contra una elaboración del Derecho del Trabajo a partir de una metodología exclusivamente lógico-formal situada de espaldas a los problemas de los cuales depende la dignidad y la libertad de los trabajadores.² Muy al contrario, es precisamente una estructura lógico-formal la que debe estructurarse para poder garantizar el respeto a estos valores; es pues, el estudio y la construcción jurídica la necesaria para dotar a la sociedad de mecanismos válidos, complementándose así, los análisis socio-económicos con los estudios jurídicos.

Este estudio es de naturaleza jurídica, y precisamente por esta razón es necesario tener en cuenta que, como advierte MARTÍN VALVERDE, de un lado, el derecho es política en cuanto que, como instrumento de control social en manos del Estado, su contenido normativo y su empleo responden a la orientación clasista del mismo, procurando la perpetuación de las situaciones hegemónicas en el seno de la sociedad, y operando, llegado el caso, los necesarios reajustes que traduzcan los avances (o retrocesos) de los grupos sociales en posición subordinada. De otro lado, el derecho es ideología, en cuanto que la forma jurídica de regulación general y abstracta de relaciones sociales suele incorporar una serie de ingredientes que difuminan la significación real de su contenido normativo.³ A fin de cuentas, la ideología trata de plasmar en las normas una determinada dimensión ética de la regulación jurídica, que se trasciende sobre sus estructuras formales, no pudiendo el jurista desentenderse en su quehacer de la justicia o injusticia de las normas, ni de un “principio de ordenación de la realidad social misma que cumple, entre otras, la función de dar solución abstracta y

2 RIVERO LAMAS, J. *Las ideologías y la empresa: cooperación y conflicto (una reflexión sobre recientes experiencias)*. Relaciones Laborales, n° 2, 1997. Pág. 304.

3 MARTÍN VALVERDE, A. *Ideologías jurídicas y contrato de trabajo*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Anales de la Universidad Hispalense. Serie Económicas y empresariales, n°4, 1977. Pág. 77.

anticipada a las situaciones de conflicto”.⁴ Así, el componente ideológico-político aparecerá especialmente en el capítulo I, pero no dejará de ser un telón de fondo en el desarrollo de todo el trabajo.

Es necesario tener en cuenta estas consideraciones siendo consciente de que éste no deja de ser un estudio de naturaleza jurídica que, como tal, no puede olvidar su razón de ser ni centrarse únicamente en consideraciones de ámbito sociológico, sino que éstas han de conformar un telón de fondo a lo largo del trabajo que, lógicamente, no deja de ser principalmente jurídico. Así, aunque no haya que olvidar el fundamento de una u otra normativa, el desglose de las normas existentes es el núcleo de este estudio, sin perjuicio de las críticas y proposiciones que se puedan aportar por parte de la doctrina y también por mi parte, surgidas del propio estudio de la materia.

En definitiva, este trabajo puede encuadrarse en el estudio de la llamada democracia industrial y la participación en la empresa según la noción omnicomprendensiva dada por PEDRAZZOLI, es decir: “Cualquier procedimiento o mecanismo de atribución de competencias normativas, en cualquier lugar o para cualquier materia, en virtud del cual los trabajadores o sus representantes concurren a la formación de reglas (decisiones) destinadas a disciplinar las condiciones en las que se presta el trabajo”.⁵ Según JEAMMEAUD, se trata del “problema de las prerrogativas específicamente laborales de los trabajadores frente al poder empresarial en el ámbito de la organización de gestión de empresa, (...) el tema sería el de una ciudadanía específica, distinta de la ciudadanía de la sociedad política aunque ideológicamente vinculada con ésta, y que se podría llamar ciudadanía *de empresa* (modalidad de pertenencia a esta microsociedad)”.⁶ Se trata, pues, del estudio de la distribución efectiva de las relaciones de poder en la empresa, con un límite espacial (especialmente Europa y España) y temporal (especialmente centrado en el régimen jurídico vigente).

4 ALONSO OLEA, M. *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5ª edición, Cívitas, Madrid, 1994. Pág. 19. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *Derecho del Trabajo e ideología*, 5ª edición, Tecnos, Madrid. Pág. 2.

5 PEDRAZZOLI, M. *Democrazia Industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*. Giuffrè, Milan, 1985. Pág. 176 y 177.

6 JEAMMEAUD, A. *Los derechos de información y participación en la empresa: la ciudadanía en la empresa*. En AAVV. *Autoridad y Democracia en la empresa*. Trotta. Madrid, 1992. Pág. 179.

CAPÍTULO I: HISTORIA Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA ARTICULACIÓN DEL CONFLICTO LABORAL Y PARTICIPACIÓN OBRERA EN LAS EMPRESAS

“Sólo cuando el real hombre individual recoge en sí al ciudadano abstracto, y como hombre individual se convierte en ser social en su vida empírica, en su trabajo individual, en sus relaciones individuales, sólo cuando el hombre reconoce y organiza como fuerzas sociales sus “forces propres” y por eso no se separa más la fuerza social en forma de fuerza política, sólo entonces se cumple la emancipación humana”⁷.

1. El conflicto laboral: intereses opuestos y desigualdad entre las partes

Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores o de sus representantes, que son el objeto de este trabajo, no pueden entenderse sin retrotraerse en el tiempo hasta los inicios de la sociedad industrial. Pese a que desde que existe la explotación del hombre por el hombre, ha existido de una u otra forma el trabajo por cuenta ajena, es la revolución burguesa en lo político y la revolución industrial en lo tecnológico, lo que cambió las bases sociales y posteriormente jurídicas y dio lugar a las relaciones laborales tal y como las conocemos todavía hoy en día.

El liberalismo jurídico – consecuencia natural de la ideología liberal que se encontraba en la base del sistema económico- impuso el dogma de la autonomía de la voluntad; la relación laboral se configura, pues, como una mera relación obligacional.⁸

7 MARX, C. *La cuestión judía*. Nuestra América Editorial, Buenos Aires, 2005. Pág. 48.

8 DE LA VILA GIL, L.E, *Esquemas de Derecho del Trabajo, curso 1971-1972*, Universidad de Valencia, 2007. Pág. 36.

La tradicional consideración personalista e incluso cuasi-familiar, de la relación amo-servidor desaparece; ahora se piensa que cada parte quiere y debe cuidar sus propios intereses, de aquí el pacto libremente negociado. Desaparecen, en consecuencia, todas esas obligaciones de protección, custodia y tutela, y el único aspecto personal que permanece, la autoridad patronal, se ha transformado considerablemente. Considerada con frecuencia como mera consecuencia de la propiedad de la fábrica y sin otro fundamento moral para el trabajador que la amenaza del despido.⁹ Dicha relación obligacional, en un principio, formalizada mediante un contrato de arrendamiento de servicios de naturaleza civil (artículos 1583 a 1587 del Código Civil de 1889) tenía como partes firmantes al trabajador que prestaba sus servicios y al empresario que los arrendaba. Como veremos, los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores juegan su papel en el seno de la empresa en la que van a prestarse dichos servicios, siendo relevante para lo que aquí concierne, la dualidad de sujetos que juegan su papel en ella: el empresario y los trabajadores.

La empresa como tal, definida por la Real Academia de la Lengua Española como “unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos”, en el seno de la cual van a desarrollarse los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores surge, como parte esencial de la misma, a la vez que lo hace la sociedad industrial, esto es, a finales del siglo XVIII y durante el siglo XIX. El principal efecto de la revolución industrial fue el cambio en la titularidad de los medios de producción –empresas- y un crecimiento notable de la población que se concentraba cada vez más en los núcleos urbanos. Antes, trabajo y capital estaban unidos en la persona del artesano. Ahora, se disociarán capital y trabajo por cuanto para instalar una fábrica con maquinaria hará falta un mayor capital. La concentración de los medios de producción en manos de capitalistas provocará la separación del trabajador de los medios de producción, de manera que se verá compelido a ofrecer su fuerza de trabajo a cambio de un salario, estableciéndose así un nuevo tipo de relaciones entre capitalista y asalariados.

9 SERRANO CARVAJAL, J. *Notas para una aproximación histórica al Derecho del Trabajo*. R.P.S nº 119, 1978. Pág.75.

Proceso histórico que se conoce como “Revolución Burguesa”¹⁰ al ser precisamente esta clase social la que la llevó a cabo para la defensa de sus propios intereses de clase y no otros. En este contexto, triunfó la idea de que el móvil esencial de la actividad económica es la búsqueda del beneficio, el proceso productivo se concentra en la fábrica como unidad colectiva de separación entre el productor y la propiedad de los medios de producción. Ambas partes persiguen intereses bien diferentes, el capital intenta lograr el máximo beneficio, el asalariado pretende conseguir lo necesario para su subsistencia. Mucho antes de cualquier movimiento de naturaleza socialista (en sus distintas concepciones), ya en 1767 LINGUET denunciaba las verdaderas consecuencias de la relación de naturaleza civil y contractual entre patronos y obreros: “Es la imposibilidad de vivir por cualquier otro medio lo que obliga a nuestros trabajadores agrícolas a cultivar el suelo cuyos frutos no comerán y a nuestros albañiles a construir edificios que no ocuparán. Es la necesidad la que les arrastra a esos mercados donde esperan señores que harán el favor de comprárselos. Es la necesidad la que les obliga a arrodillarse delante del rico para obtener de él la autorización de enriquecerle... ¿Qué ventaja efectiva le trajo la abolición de la esclavitud? Él es libre, dicen. ¡Ah! Es esa su desgracia. El esclavo era valioso para su señor debido al dinero que le había costado pero el trabajador nada cuesta al rico que lo emplea... Estos hombres, se dice, no tienen señor (...) tienen uno, y el más terrible, el más imperioso de los señores, la necesidad. Es ella quien les reduce a la más cruel dependencia”.¹¹

El proceso de nacimiento y desarrollo de este esquema socio-económico lo explicó GRAMSCI¹² de la siguiente forma: “En la fase liberal del proceso histórico, de la clase burguesa, la célula elemental de Estado estaba constituida por el proletariado, que en la fábrica subyuga, en provecho propio, a la clase obrera. En la fase liberal el propietario era al mismo tiempo empresario, era industrial: el poder industrial, la fuente

10 ALBIOL MONTESINOS, I., CAMPS RUIS, L.M, LÓPEZ GANDÍA, J, y SALA FRANCO, T. *Derecho del Trabajo, Tomo I. Fuentes y Relaciones Colectivas*. Tirant Lo Blach, 6º Edición, Valencia, 2004. Pág. 25

11 LINGUIET, S. *Théorie des lois civiles, ou principes fondamentaux de la société*”. Pág. 274,464 y 470. Citado en MATTICK, PANNEKOEK, GORTER, BERGMANN, *Los consejos obreros y la cuestión sindical*. Castellote Editor. Madrid, 1977. Pág. 54 y 55.

12 GRAMSCI, A. *Consejos de fábrica y estado de la clase obrera*. Ediciones Roca. México D.F., 1973. Pág. 109 y 110.

del poder industrial era la fábrica, y el obrero no conseguía liberar su conciencia de la idea de la necesidad del propietario, cuya persona se identificaba con la del industrial, con la del gestor responsable de la producción y, por consiguiente, también de su salario, de su pan, de sus vestidos, de su techo. (...) En la fase imperialista del proceso histórico de la clase burguesa, el poder industrial de toda fábrica permanece fuera de ésta y se halla en las manos de un *trust*, de un monopolio, de un banco, de la burocracia estatal. El poder industrial se torna irresponsable y por consiguiente más autocrático, más despiadado, más arbitrario; pero el obrero, liberado del sometimiento al “jefe”, liberado del espíritu servil de jerarquía, impelido también por las nuevas condiciones generales en las que la sociedad se halla, independientemente de la nueva fase histórica el obrero, repetimos, realiza considerables conquistas de autonomía y de iniciativa”. En palabras de BAYÓN CHACÓN, en el nuevo régimen económico el empresario es, en múltiples ocasiones, una persona ajena al oficio, que no lo practica ni sería capaz de realizar sus faenas, que no conoce sino su labor directiva y organizadora, pero que, en cambio, posee unos medios económicos que el trabajador casi nunca llegará a alcanzar.¹³

En resumen, a la vez que surge la forma empresarial de organización productiva, gestionada por los dueños de las mencionadas empresas, surge inevitablemente la clase obrera, es decir, el conjunto de trabajadores que desempeñan el trabajo necesario para que las empresas funcionen, produzcan, distribuyan, etc. Se trata de la clase antagonista a la burguesa cuya aparición es consecuencia inevitable de las circunstancias sociales de la época, pero viéndose explotada por el sistema creado por y para otros, los burgueses. El epicentro de las nuevas relaciones laborales y sociales es, desde entonces, la empresa a la que se ha definido como la unidad productiva que toma cuerpo en la fábrica, no como mero lugar de intercambio de mercancías, de trabajo contra salario, sino como un espacio de poder. Poder económico, desde luego, pero también poder social, de una clase sobre otra, en donde se forjan las relaciones de dominación y, en fin, de poder político, a través de la ligazón existente entre la producción y la función ordenadora

13 BAYÓN CHACÓN, G. *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid, 1955. Pág. 307.

global del Estado.¹⁴ En definitiva, la escalada de la burguesía y su conversión en la clase social dominante impuso sus propias concepciones culturales y económicas.

En ese preciso momento histórico surge el conflicto social. ¿Qué papel juega esta clase trabajadora dentro de la empresa y, por extensión, dentro de la misma sociedad industrial basada en esta forma de producción? Como se ha dicho, la empresa pertenece al dueño de la empresa y no a los que trabajan para hacerla funcionar. El dueño de la empresa lo es porque aporta el capital y eso le da derecho a ser propietario de los medios de producción y también a organizar el proceso de producción. La contraparte, el trabajador, desempeña su trabajo en régimen de ajenidad, ya que los medios no le pertenecen, y de dependencia, ya que está bajo las órdenes del propietario. En este punto del análisis parece claro que tal y como se plantea la cuestión desde el punto de vista de la propiedad, que el trabajador y la clase trabajadora en su conjunto, forman parte de aquellos elementos necesarios para que el lucro empresarial (de la empresa, no de los que forman parte de ella) se logre. En otras palabras, el trabajo es un mero elemento del proceso productivo que habrá que buscar, conforme a las leyes del mercado. Junto a él se encuentran las materias primas, la maquinaria industrial, los combustibles para hacerla funcionar, etc. Al igual que materias, maquinaria y combustible, el trabajador también tiene un coste para la economía empresarial, y el coste del trabajo humano, a diferencia de los demás costes, lleva el nombre de salario, contraprestación que recibe éste a cambio de su trabajo.

Pese a tratarse de un conjunto de personas, la estructura industrial capitalista condena a los trabajadores a un papel pasivo en cuanto a las decisiones a tomar en la empresa. No se distingue, estructuralmente entre un trabajador y una máquina. De hecho, la empresa ha sido definida como una “acumulación de recursos materiales y humanos que por eso hacen un poder colectivo”.¹⁵ Ambos tienen un coste, ambos tienen una función productiva, ambos son ajenos a los resultados de la explotación industrial. Se dice también que el trabajador es ajeno a los riesgos ya que estos son soportados por la parte empresarial, sin embargo, ¿qué duda cabe de que si las cosas van mal llegarán los despidos o los recortes de salarios, de derechos etc.? De esta

14 BAYLOS GRAU, A. *Control Obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles*. En AAVV. *Autoridad y Democracia en la empresa*. Trotta. Madrid, 1992. Pág. 157.

15 KHAN-FREUND, *Labour and the Relations between Law and public Opinion in England during nineteenth Century*, London-New York, 1905.

forma, es preciso tener en cuenta que, pese a que la relación entre empresario y trabajador se regula contractualmente, el objeto de la transacción –contractual- es el trabajo humano que es un bien inseparable de la persona que lo presta. Esta consideración es la que a la postre dará razón de ser al propio Derecho del Trabajo, ya que sin ella, el capitalismo hubiese podido seguir desarrollándose en su más pura concepción y sin verse limitado por normas tuitivas tendentes a la protección de la clase obrera. En este sentido, el TC definió en 1983 al ordenamiento laboral como un “ordenamiento compensador de una desigualdad originaria entre trabajador y empresario, que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en la respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia y subordinación de uno respecto a otro”.¹⁶ Esta contradicción intrínseca que presenta la regulación jurídica de las relaciones laborales ha sido explicada por SUPIOT de la siguiente manera: “Encontrándose siempre el trabajo humano en el punto de encuentro entre el hombre y las cosas, el jurista dudará siempre a la hora de catalogarlo en el derecho de las personas o en el derecho de los bienes, y nunca podrá eludir totalmente uno u otro de estos aspectos. Siempre habrá pues una tensión, un equilibrio más o menos estable en la definición de la relación de trabajo asalariado; entre, por una parte, la idea de intercambio de trabajo por dinero, que nos lleva a la categoría del derecho de obligaciones, y por otra parte, la idea de subordinación de la persona, que nos envía a las categorías del derecho de las personas”.¹⁷ Esta disyuntiva entre derecho de las personas y derecho de los bienes, lleva a SUPIOT a plantearse las posibles consecuencias jurídicas en caso de separar o no a la propia persona del trabajo que ésta presta. Así, “decir por ejemplo que el trabajo es la causa –en sentido jurídico- del salario tan sólo es posible si existe tal separación. Ya que si fuera la dedicación de la persona como tal la que fuera la causa, esta remuneración tendría por objeto el mantenimiento de esta persona, y no estaríamos en presencia de un salario, ni de un contrato, sino de un tratamiento y de un estatus conferido a la persona como en el caso de los funcionarios. En el caso contrario, si denegáramos al trabajador su cualidad de persona y lo tratáramos como una cosa (como al trabajo que presta), tampoco estaríamos frente a un contrato: el mantenimiento del trabajador sería consecuencia de las cargas que todo propietario reconoce, y que el

16 STC 3/1983 de 25 de enero. F.J. 3º

17 SUPIOT, A. *Critique du droit du travail*. Quadrige. Paris, 1994. Pág. 32.

Estado le impone, en relación a las cosas que posee: son las cargas soportadas por el granjero para mantener a su caballo, o para el plantador de las Antillas para mantener a su esclavo”.¹⁸

En vista de las tres posibles salidas –contrato de trabajo, estatus funcionarial y esclavismo- la clase obrera desarrolló un “interés colectivo”, distinto del “interés general” y al “interés individual”, con el fin de hacer valer sus intereses. Este interés colectivo tampoco es un interés meramente plural que surja de la mera yuxtaposición de intereses individuales. Se trata en cambio de un interés de grupo, cuya satisfacción, cuando se consigue, no es divisible por cuotas partes, sino colectivamente y del que se disfruta en su caso *uti universi*.¹⁹ Al tomar conciencia de la existencia de ese interés y de sus características propias, surge el movimiento obrero. Es decir, la clase trabajadora organizada para hacer valer sus derechos, para dejar patente que las empresas donde prestan sus servicios no podrían funcionar sin su trabajo y para dejar también patente que, a diferencia de las máquinas o combustibles, se trata de personas titulares de derechos –jurídicamente reconocidos con el paso del tiempo, pero derechos propios como seres humanos incluso antes de la creación de las primeras legislaciones laborales o del propio Derecho del Trabajo o laboral-. En palabras de DE LA VILLA GIL, en un marco liberal y abstencionista la única defensa de los débiles y explotados es la agrupación y organización colectivas.²⁰

El conflicto social estaba servido, y con él surgió el embrión del futuro Derecho del Trabajo. Derecho del Trabajo consecuencia de la lucha obrera reivindicadora de mejores condiciones laborales para los trabajadores y que a la vez, servía como apaciguador de una fuerza de masas que reclamaba su papel determinante en el entramado industrial. Además de mejora de condiciones laborales –es decir, la parte urgente- también el movimiento obrero (marxista y anarquista principalmente) se organizaba pidiendo cambios en la estructura social –esto es, la parte importante- que hiciera pasar a la clase trabajadora de la parte explotada equiparada a un medio material

18 *Ibidem*. Pág. 50.

19 VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOÑLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N. *Manual de Derecho Sindical*, editorial Comares, segunda edición, Granada 2006. Pág. 9.

20 DE LA VILA GIL, L.E. *Esquemas de Derecho del Trabajo... Op. Cit.* Pág. 36.

más, a la parte dominante y relevante, propietaria de las empresas, de los denominados medios de producción que ella misma sustentaba con su trabajo.

Esta fuerza del movimiento obrero se calmó a base de concesiones concretas en lo laboral, es decir, en la parte urgente (mejores salarios, recortes de jornadas, limitación de trabajo infantil, mejoras en seguridad e higiene, etc.) a finales del siglo XIX y durante todo el siglo XX. El hecho de que la dominación del capital cree una masa de trabajadores con una situación común, que objetivamente tienen intereses contrapuestos a los de la burguesía y que potencialmente pueden acabar con su dominación, no es de por sí suficiente para que, en la práctica se ponga realmente en cuestión la dominación burguesa.²¹

Así, los poderes públicos intervinieron en el conflicto que quedará configurado desde ese momento como un asunto concerniente formalmente a tres grupos: la clase trabajadora, los empresarios y el Estado. El Derecho del Trabajo ha tenido una función o fundamento único a través de los tiempos: conseguir una armonización de los poderes político (Estado), económico (empresariado) y social (clase obrera), o, lo que es lo mismo, un equilibrio de los intereses contrapuestos de los protagonistas o interlocutores del proceso productivo.²² Y, aunque su ámbito es limitado y su aplicación escasa, las primeras leyes protectoras tienen una importancia histórica decisiva, no sólo por tratarse de los precedentes más inmediatos del actual sistema del que, puede afirmarse, constituyen su embrión sino, de forma particular, porque constituyen la primera ruptura del sistema liberal y, con ella, la puesta en juicio de la bondad del sistema. Aun así, las leyes podían tener un alcance distinto según se tratase de normas reparadoras de la situación material de los trabajadores o de aquellas que favoreciesen la progresiva emancipación de la clase obrera.²³

Optando por el reformismo se consiguió pacificar el conflicto social inherente a la forma productiva moderna sin cambiar un ápice de la estructura social del sistema capitalista. En otras palabras, han variado las condiciones, los límites y las formas de

21 MATTICK, PANNEKOEK, GORTER, BERGMANN, *Los consejos obreros... op.cit.* Pág. 8.

22 DE LA VILLA GIL, L.E. *La función del derecho del trabajo en la situación económica y social contemporánea.* Revista Derecho del Trabajo, nº76 1984. Pág. 29.

23 MONTALVO CORREO, J. *Fundamentos de Derecho del Trabajo.* Cívitas, Madrid, 1975. Pág. 154.

manifestación de los intereses, pero estos siguen siendo opuestos. Considerar al trabajo como algo necesario para que el trabajador pueda vivir de ello en vez de cómo mera contraprestación fue, sin embargo, un cambio sustancial en la visión de las relaciones laborales.

Pese a que en España no se opera una concentración sindicalista efectiva hasta principios del tercer lustro del XX, la mayor parte de los avances legislativos en el campo de las relaciones laborales se deben a esa deshilvanada y generalmente violenta acción sindical. Y ello porque la legislación obrera (el Derecho del Trabajo) no tiene su fundamento en un ánimo protector, sino en un desenmascarado ánimo defensivo de la clase capitalista detentadora del poder político; no puede admitirse con seriedad otro impulso a aquella legislación que la acción de los propios trabajadores.²⁴ De esta forma, las causas que llevaron a tomar en consideración a la clase trabajadora y a una consiguiente legislación industrial, han sido divididas en cuatro, véase: 1-2) Causas material y formal (revolución industrial, empresa capitalista, penuria social y degradación fisiológica de la clase obrera...); 3) Causa eficiente (Estado bajo la presión de la clase obrera); 4) Causa final (resolver la cuestión social, evitando tensiones determinantes de inestabilidad política).²⁵

La concesión de condiciones laborales mejores ha llevado a una relativa paz social establecedora de un orden mejor asentado pero que descansa sobre las mismas bases y principios que imperaban el siglo XIX. Este proceso de regulación y concesiones no es más que, como dijo Antonio Maura, la consecuencia de “la necesidad de efectuar la revolución desde arriba para evitar que otros la hagan desde abajo”. Sirva de ejemplo de la mentalidad de la época este extracto del año 1895: “Siéntase a la vez la necesidad de ensanchar un tanto la vida del proletario, no solamente se lograría de este modo el alivio de su miseria, sino también una nueva garantía de la tranquilidad social... (pues)...si el pobre tuviese algo en qué esperar y algo que perder no se lanzaría en empresas revolucionarias ni fraguaría conspiraciones anarquistas; si le diésemos lo indispensable para su vida y la de su familia y lo animásemos con la esperanza de poseer algo estable, desaparecería una de las raíces de sus vicios actuales, inspiraríanse sus ideas en el orden y sus aspiraciones se concretarían en el bienestar

24 DE LA VILLA GIL, L.E. *Esquemas de Derecho del Trabajo... Op. Cit.* Pág. 37

25 *Ibíd.* Pág. 38

económico”.²⁶ En palabras de GRAMSCI, “En los países en que no se producen conflictos en la calle, en los que no se ve pisotear las leyes fundamentales del Estado ni se ve como domina la arbitrariedad, la lucha de clases pierde algo de su aspereza, el espíritu revolucionario pierde impulso y se afloja. La llamada ley del mínimo esfuerzo, que es la ley de los cobardes y significa a menudo no hacer nada, se hace popular. En estos países la revolución es menos probable. Donde existe un orden es más difícil decidirse a sustituirlo por un orden nuevo”.²⁷ En definitiva, y tras haber conseguido calmar el ímpetu revolucionario con aspiraciones de clase a base de la concesión de ciertos alivios materiales, “el pathos de los traumas devastadores de la primera revolución industrial no conmueve más a nadie y el Estado se ha aburrido de indemnizar a los perdedores. (...) La desregulación significa no tanto una disminución de reglas sino más bien una distinta calidad de las relaciones entre sus fuentes para hacer disponible, derogable y flexible aquello que el derecho del trabajo tradicional ha hecho indisponible, inderogable y rígido.”²⁸

2. La representación de los trabajadores y la participación obrera

2.1. Persecución, aceptación y legalización

Con base en los principios liberales y la lógica de mercado imperante, se argumentaba contra cualquier tipo de asociacionismo obrero y consecuentemente se prohibía también jurídicamente, ya que éste actuaba como mecanismo de presión que interfería en la lógica del libre juego de la oferta y la demanda, forzando al alza la

26 MOYEVA Y PUYOL, *Derecho Obrero*, 1895 Cita de DE LA VILLA GIL, L.E, *La función del derecho del trabajo... op. cit.* Pág. 15

27 GRAMSCI, A. *Tres Principios, tres órdenes*, 1917 en *Antología* Buenos Aires, Siglo XXI, 2006 (reedición de la obra publicada en 1979 al cuidado de Manuel Sacristán). Publicado originalmente en *La Città Futura*, 11/II/1917. Pág. 73-78.

28 ROMAGNOLI, U. *Las transformaciones del Derecho del Trabajo*, en *Experiencias de Flexibilidad Normativa*, Santiago de Chile, 1992. Editado por la Universidad Nacional Andrés Bello. Pág. 10 y 11.

negociación del salario y de las demás condiciones de trabajo, coartando de esta forma las sacrosantas libertades de trabajo y de industria.²⁹

Ya fuera a base de reivindicaciones, por intervención estatal o –si alguien quiere pensarlo- por la bondad de la clase burguesa, lo cierto es que, después de años de desarrollo del fenómeno sindical o pseudosindical – piénsese en las mutualidades primitivas cuyo fin era recaudar fondos para cubrir riesgos sociales-, éste acabó por legalizarse. En oposición a la represión inicial, toman fuerza las voces que proclaman que la unión de los trabajadores es la única forma que tienen estos para hacerse oír frente a los patronos y de esta forma defender sus intereses frente a estos. La etapa de prohibición dejó paso a la tolerancia de las asociaciones obreras por parte de los poderes públicos para, finalmente, verse éstas reconocidas de pleno derecho. Este reconocimiento fue aparejado al reconocimiento también de los mecanismos típicos de actuación del movimiento sindical: la huelga y la negociación colectiva.

Una vez reconocida la legalidad de los sindicatos por la necesidad de la clase obrera de unirse para hacer valer sus intereses, conviene preguntarse cuál es la función de estos como representantes de los trabajadores y, una vez determinado, cuáles son las formas que permitirán a estas organizaciones cumplir su función. Como se ha visto, la unión de los trabajadores fue necesaria para intentar contrarrestar la posición más fuerte de los empresarios, y digo, intentar contrarrestar ya que pese a que la unión obrera es requisito indispensable para que estos se hagan oír, no es ni mucho menos suficiente para ponerse en posición de igualdad con la contraparte, y ni mucho menos la existencia de asociaciones obreras provoca un cambio en la raíz y naturaleza de las empresas, en su régimen de propiedad, gestión, organización y reparto del beneficio.

Así, tras la represión que se demostró insuficiente, una de las formas de pacificación consistió en legalizar también al movimiento obrero organizado, y entre otras cosas se consintió la existencia de representación de los trabajadores en la misma empresa y fuera de ella. Es destacable la Ley de Asociaciones de 30 de Junio de 1887, que dio cobertura legal a las primeras asociaciones obreras como la UGT. Consecuencia de este reconocimiento legal fue también la formación de órganos mixtos compuestos por obreros, empresarios y algún representante del Estado, órganos con

29 RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. *Curso de derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, 16º edición, Valencia 2007. Pág. 25.

distintos nombres y funciones a lo largo de los años de evolución del Derecho del Trabajo. Como en los demás campos del derecho laboral, la legalización de estas figuras colectivas no se hizo sino tras muchos años de luchas ilegalizadas y respondiendo al propósito de apaciguar y controlar tales luchas.

El reconocimiento de ciertos mecanismos de participación a los trabajadores o a sus representantes –tanto en las empresas como en los órganos mixtos- despertó no pocos recelos por parte de los mismos, al considerar estos que, como he dicho anteriormente, este reconocimiento podía debilitar al movimiento obrero y limitar sus reivindicaciones. Para determinadas posturas sindicales que partían de una actitud extremadamente reticente ante lo que significaba la participación, en tanto que noción “sospechosa” de favorecer la armonía y la colaboración en el proceso productivo, se producía una clara dicotomía entre aquellas fórmulas cuya misión era la de restringir el poder empresarial, sin corresponsabilidad alguna en el gobierno y fines de la empresa, y aquellas otras concebidas para compartir tal poder, lo que indicaba una corresponsabilización intensa en las decisiones adoptadas por la dirección y el establecimiento de un ambiente de cooperación a cambio de restricciones de mayor nivel en el ejercicio del poder empresarial tal como éste era tradicionalmente ejercido.³⁰ La aceptación del sistema imperante por parte de las organizaciones obreras, es decir, la renuncia a la lucha por “lo importante” centrándola tan sólo en “lo urgente” –y cada vez menos-, ha provocado durante el siglo XX un rechazo total a las organizaciones sindicales que pasaron a ser dependientes del propio sistema. Así, se han venido escuchando opiniones según las cuales la pérdida por los obreros del control de sus propias organizaciones fue, evidentemente, consecuencia de su adaptación al sistema capitalista. Tanto los trabajadores organizados como los no organizados se acomodaron a la economía de mercado, pues ésta se revelaba capaz de mejorar sus condiciones de vida y prometía ulteriores mejoras en el transcurso de su propio desarrollo. En esta situación no revolucionaria, los tipos de organizaciones eficaces fueron precisamente los partidos socialistas reformistas y los sindicatos contratantes de control centralizado. También la burguesía esclarecida vio en estos últimos, instrumentos de paz social a través de la Contratación Colectiva. Los capitalistas ya no se veían enfrentados a los

30 BAYLOS GRAU. A. *Control Obrero, democracia industrial... op. cit.* Pág. 173 y 174.

trabajadores, sino con sus representantes, cuya existencia se basaba en la existencia del mercado de trabajo capitalista, o sea, en la permanente existencia del capitalismo.³¹

Este pesimismo se ha visto contrarrestado con teorías acerca de lo positivo de la participación de los trabajadores en la empresa. Dicha participación provocaría un sentimiento de utilidad al trabajador, mejorando su eficiencia y productividad pero también su sentimiento de realización personal al verse parte activa en el proyecto empresarial. Ahora bien, el modo de organización del trabajo de nuestros días aún sigue siendo incompatible con una situación en la que todos los hombres y mujeres se reconcilien consigo a través de actividades productivas, de las que puedan extraer un significado y una finalidad, y mediante las cuales puedan comenzar a recuperar el control sobre las instituciones humanas y las situaciones históricas.³² En definitiva, muchas son las teorías sociológicas, políticas y hasta psicológicas que se han formado a lo largo de los años en cuanto a lo beneficioso o perjudicial de los distintos sistemas participativos. Es necesario, pues, un somero análisis de los diferentes marcos teórico-ideológicos del fenómeno participativo de los trabajadores en las empresas, para poder, a la postre, encuadrar las diferentes previsiones legales vigentes hoy en día -en España y Europa principalmente- dentro de uno u otro de estos marcos o encontrar en los diferentes ordenamientos las características de varios de estos marcos, así como para poder formular críticas de los diferentes modelos legales desde una perspectiva más amplia que la de las simples reformas dentro de un modelo teórico-ideológico determinado y establecido.

La representación legalizada de los trabajadores tendría, pues, que interactuar con la parte empresarial, una vez más pretendiendo deslegitimar todo movimiento que quedara fuera de los límites legalmente establecidos. Es a esta representación institucionalizada a la que se ha otorgado la capacidad de recibir información sobre la empresa por parte del empresario, y a la que se ha otorgado el derecho a ser consultada también por la parte empresarial antes de poder llevar a cabo alguna acción, y por último también es la representación legal de los trabajadores la que ostenta capacidad de participación en algunos de los escasos y limitados casos en los que existe esta figura. La llamada “democracia industrial”, consistente en pretender dar un papel activo

31 MATTICK, PANNEKOEK, GORTER, BERGMANN, *Los consejos obreros...op. Cit.* Pág. 68.

32 DAWE, A. *The two sociologies.* Journal of Sociology, 21. Pág. 211.

a los trabajadores en la empresa y de la cual deriva la existencia de estos derechos, se ha venido desarrollando desde el siglo XIX y con ella, las múltiples formas de participación de los trabajadores en la empresa. Y en este caso me refiero a participación en sentido amplio, desde su expresión más ínfima, es decir, la mera recepción de información, hasta las formas más avanzadas de cogestión entre trabajadores y empresarios.³³

A diferencia de los regímenes liberales del siglo XIX, a principios del XX surgieron sistemas de corte paternalista y corporativista que situaban a los trabajadores en una dinámica de responsabilidad para con la patria y que seguían negando su emancipación. La forma de propiedad privada de los medios de producción quedó generalmente inalterada de forma que la evolución del incipiente Derecho del Trabajo siguió su cauce reformista pero desde una perspectiva tutelar hacia los trabajadores en busca de un “bien nacional” y olvidando el carácter tuitivo del mismo. En España se dio este fenómeno con la Dictadura de Primo de Rivera vigente durante los años 20 del siglo pasado. Durante esta etapa el Derecho del Trabajo se tomó desde una óptica según la cual los trabajadores no son otra cosa que “masas” que ciertos ciudadanos elegidos “logran disciplinar”, sacándolas así de su embrutecimiento y tornándolas en grupos inteligentes”.³⁴ Una perspectiva más o menos similar, dicho esto con mucha cautela, se dará posteriormente durante el franquismo.

Un modelo de relaciones laborales totalmente opuesto al primorriverista es el de la II República española, pese a que ciertamente, la de 1931 no fue una Constitución Socialista, como en su día reconoció el Presidente de la Comisión que redactó el Proyecto, el profesor Jiménez de Asúa. Por primera vez en nuestra historia constitucional, se ocupa de modo expreso y circunstanciado del trabajo asalariado.³⁵ Se

33 En este sentido RIVERO LAMAS, J, ha definido la participación como “una variedad de formas institucionales con las que se persigue conseguir la cooperación de los trabajadores, ya sea a través de sus representantes o de forma directa, para que no sean ajenos a la adopción de decisiones y al ejercicio del poder en la misma” es también “el cauce institucional para sustantivar la idea política de democracia institucional en el marco de la empresa”. RIVERO LAMAS, J. *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial. Lección inaugural del curso académico 1986-1987*, Zaragoza (Universidad de Zaragoza), 1986. Pág. 494.

34 MONTOYA MELGAR, A. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)* Cívitas. Madrid 1992. Pág.. 178.

35 *Ibidem*. Pág. 215 y 216

tomó al trabajador como centro de las relaciones laborales y sujeto titular de los derechos subjetivos que les son propios. Definiendo España como una “República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia” (art. 1) y por primera vez otorgando carácter constitucional a los derechos participativos de los trabajadores en la empresa.³⁶

Pero no hay que olvidar el porqué de la existencia de derechos de esta naturaleza. ¿Se trata pues de derechos concebidos para apaciguar, para conceder información otorgando más criterio a la representación de los trabajadores a la hora de pedir mejoras de nuevo en lo urgente y en algunos casos escuchar la opinión de los representantes de los trabajadores acerca de ciertos temas? Es decir, que se trata de una forma más de ordenación y pacificación del conflicto de intereses que se produce por la masiva generalización del trabajo subordinado. ¿O puede irse más allá, defendiendo que se trata de derechos autónomos a la función representativa, inherentes a los trabajadores – pese a ser gestionados en ocasiones por los representantes- que prestan sus servicios y, por ende mantienen la vida de la empresa? Esta visión permitiría volver al debate estructural, al debate “de lo importante”, retomando las ideas defensoras de una participación de los trabajadores en la empresa más allá de una forma pasiva que suponga un coste empresarial y desarrolle un trabajo intelectual o manual cuyos frutos son ajenos a aquellos que los producen. Se trata en definitiva de plantearse la base estructural de la composición de una empresa y de los derechos consistentes en informarse, ser consultados y participar en las decisiones que sobre ella, su funcionamiento y sus perspectivas de futuro han tenido, tienen o habrían de tener las personas que hacen posible con su trabajo que la empresa exista.

Es necesario ser consciente de que, toda vez que con el paso del tiempo se han ido reconociendo derechos de naturaleza sindical, en la práctica no siempre encuentran una real aplicación. De ahí la importancia de estudiar, junto al sistema normativo, la

36 Dispone el artículo 46 de la Constitución republicana de 1931 que “El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidentes, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación, la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; *la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas*, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores.

realidad del fenómeno sindical, su evolución y su relación con la sociedad, tanto con los propios trabajadores, como con la patronal y con el Estado. Y resulta esencial no olvidar este aspecto ya que, pese a que formalmente queda fuera del ámbito jurídico, es la consecuencia de una falta de aplicabilidad de las propias normas reguladores de la vida sindical y empresarial y consecuentemente nos devuelve al ámbito jurídico ya que toda norma, además de contenido material, ha de ser provista de mecanismos para su eficacia en la realidad social.

Es también necesario tener en cuenta que las primeras normas surgidas en materia laboral y la posterior creación del Derecho del Trabajo -al tener este una sustantividad propia-, respondieron originariamente a un fin tuitivo de la clase trabajadora como defensa ante la amenaza que representaba ésta, al mostrar su descontento y en ocasiones su intención de emanciparse. Sin embargo, con el paso del tiempo esa finalidad tuitiva se ha ido disipando llegando a pretenderse objetiva, esto es, mediante la afirmación de que el Derecho del Trabajo, lejos de defender a la clase trabajadora, ha de contener el conflicto social y garantizar la estabilidad económica. Esta visión del Derecho del Trabajo se traduce muchas veces en recorte de derechos, utilizando las crisis económicas cíclicas propias del sistema capitalista como pretexto. Ni que decir tiene que este fin, lejos de ser objetivo, defiende otros intereses que los de la clase trabajadora, los intereses económicos de quienes precisamente detentan tal poder, el poder económico. En palabras de DE LA VILA, el denominado Derecho del Trabajo de la emergencia se presenta así como un mecanismo en buena parte dotado de una función muy diferente de la tradicional, relacionada con el “salvamento” de las economías y con la exigencia de imponer sacrificios sobrevenidos a quienes el Derecho del Trabajo había venido dando beneficios para neutralizar el sacrificio estructural esencial de sobrellevar la condición de clase subalterna o dominada.³⁷ Sin embargo, lejos de estar de acuerdo con ello, prosigue DE LA VILA recalcando que en la historia de la humanidad ha habido tantos o más periodos de crisis que de estabilidad y que los productos culturales que conocemos hoy (entre ellos, insisto, el Derecho del Trabajo) se han configurado en la sucesión de momentos de crisis y momentos estables.³⁸ Para ROMAGNOLI, se hace necesario hacer comprender que la ética de los negocios

37 DE LA VILA GIL, L.E, *La función del derecho... op. cit.* Pág. 16.

38 *Ibidem.* Pág. 17.

termina por dormitar cuando lo económico logra colonizar el derecho del trabajo en perjuicio de lo social, traicionando la vocación original de ser un derecho a la medida del hombre.³⁹

El estudio de la trayectoria histórica de esta mutación de la finalidad del propio Derecho del Trabajo en lo que a derechos participativos se refiere, va a mostrar si el campo de aplicación de estos, así como su contenido, se ven ampliados o, por el contrario, restringidos. Así, para que dicho estudio goce de un carácter integral, será necesario tener en cuenta variables distintas al mero reconocimiento y acumulación de normas reguladoras de este tipo de derechos; siendo pertinente agrandarlo mediante un análisis de los medios de ejercicio de los mismos –sindicatos y representantes de los trabajadores-, de la estructura laboral temporalizada, de la globalización económica, de la descentralización productiva, de la deslaboralización de múltiples prestaciones de servicios, y con las cifras tanto absolutas como relativas de trabajadores que se vieran privados de los derechos participativos reconocidos en las distintas normas vigentes en todos los ámbitos. En definitiva, pese a admitir las bonanzas propias de ciertos textos normativos, se precisa un espíritu crítico que pretenda encontrar una visión global de estos derechos, para determinar si existe una verdadera intención de implantación y extensión de los mismos.

Paralelamente al objeto central de esta tesis que no es otro que el estudio y desglose puntual de los diferentes textos legales encontrando el alcance y naturaleza de sus preceptos normativos; previa explicación en este capítulo de los diferentes modelos teórico-ideológicos del fenómeno participativo, será necesario realizar un análisis transversal que permita encuadrar los modelos legales vigentes en uno u otro modelo y realizar las críticas pertinentes, pudiendo incluso ensanchar puntualmente el debate a la puesta en cuestión de la estructura social de libre mercado o capitalista y a los conceptos de propiedad empresarial; perspectiva que podría dar una vuelta de tuerca al debate acerca de los derechos participativos de los trabajadores en el seno de las empresa.

39 ROMAGNOLI, U, *Las transformaciones del... op. cit.* Pág. 17.

2.2. Competencias obreras en cuanto a participación

En este sentido, la representación de los trabajadores ha visto aumentar, disminuir, o simplemente variar sus atribuciones y competencias a lo largo del siglo XX, y no siendo pertinente en este punto un análisis de las distintas etapas históricas de la misma, sí conviene en cambio resaltar las características definidoras de esta representación. Es posible dividir la labor participativa en dos partes: Cooperación y codecisión. La cooperación correspondería a las labores en las que los trabajadores pueden influir pero en las cuales no son responsables, y se concretaría en derechos como el de información, protesta, sugerencia y por último el de consulta; mientras que la codecisión se desarrollaría cuando los trabajadores tuvieran un control y una autoridad reales sobre decisiones concretas. Esta codecisión se concreta en el derecho de veto –temporal o permanente-, el derecho de codecisión propiamente dicho, y el derecho de decisión.⁴⁰

De todas formas, y sin perder de vista que el Derecho del Trabajo surge como rama jurídica para salvar el sistema capitalista, si el empleador no puede implantar en sus centros de trabajo sus propias ideas, si no puede hacer valer sus opiniones, si no tiene mecanismos para medir el rendimiento de las personas contratadas por él para trabajar, se estará abriendo una grieta peligrosísima en la función del Derecho del Trabajo.⁴¹ De esta forma, todos los mecanismos de participación encontrarán un límite implícito que no les permitiría desarrollarse plenamente dentro de esta lógica ya que para que se diese tal desarrollo sería necesaria la emancipación de la propia clase ahora subordinada y ajena a los frutos de su propio trabajo.

Se hace necesario, para poder posteriormente estudiar la naturaleza y contenido de los derechos de información, consulta y participación, conocer en qué marco se desarrollan, y si este marco representativo es el que da razón de ser a estos derechos o si en cambio, son estos derechos los que dan razón de ser a la función representativa. Se trata pues, de determinar cuál de estos dos elementos está en el origen del otro: la representación de los trabajadores o el derecho de estos a ser informados, consultados y

40 En este sentido: POOLE, M. *Hacia una nueva democracia industrial*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid .1995. Pág. 33 y 34.

41 DE LA VILA GIL, L.E, *La función del derecho... Op. cit.* Pág. 23.

a participar en el funcionamiento de la empresa. No se trata de una cuestión baladí, ya que una u otra respuesta condiciona de raíz todo cuanto se plantee sobre estos derechos.

En primer lugar, determinar que se trata de derechos propios de los trabajadores llevaría a la conclusión de que todo sistema que sólo los reconociese a aquellos que jurídicamente tengan representantes legalmente reconocidos, estaría negando un derecho a los que no encuentran estas estructuras en sus empresas o centros de trabajo. Lo cual ocurre en la gran mayoría de las empresas (pequeñas y medianas), así como en sectores enteros carentes de convenio colectivo o incluso grandes empresas que, por lo que fuere no hubieran celebrado elecciones a representantes de trabajadores. La realidad es compleja y cada país europeo tiene sus peculiaridades, de la misma forma que la propia legislación comunitaria no exige de los estados miembros estructuras representativas homogéneas, sino que se decanta más bien por una libertad de negociación entre las partes para determinar la forma en la que se ejercerán los derechos objeto de este estudio.

Por otro lado, si se entiende que los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en la empresa son tan sólo instrumentos al servicio de la labor representativa, estos quedarán *per se* mutilados, limitados a lo que en cada momento el ordenamiento jurídico aplicable reconozca a los representantes de los trabajadores. Esta visión limita el ámbito de aplicación de estos derechos a los supuestos en los que exista representación, dejando fuera a una ingente cantidad de trabajadores que carecen de ella. Ésta parece ser la realidad jurídica española, al menos según el TSJ de Navarra, según la cual “la opción del legislador ha sido clara: dar un tratamiento plenamente diferenciado a las empresas o centros de trabajo con escasos trabajadores, respecto de las que ocupan un mayor número. Y que cuando ha optado por el centro de trabajo y no por la empresa como unidad electoral, lo ha hecho teniendo en cuenta todas sus consecuencias entre ellas la de que en las empresas con diversos centros con menos de 6 trabajadores, estos queden sin representación legal unitaria, por numerosa que pueda llegar a ser la plantilla total de la empresa en su conjunto, sin que pueda imputarse a olvido la regulación”⁴² La equiparación en derechos de la representación unitaria y la representación sindical no parece ser tampoco solución al problema ya que sigue habiendo un ingente número de

42 STSJ Navarra de 31 de diciembre de 2002 (AS 2003, 385), con apoyo en STS enero 2001 (RJ 2001, 2138).

trabajadores para los cuales, al no existir representación de ningún tipo, no existen tampoco este tipo de derechos. En la práctica esta consideración supone un problema en tanto en cuanto hoy en día el sindicato no representaría más –como pretende- intereses generales prevalentes de la población, sino a grupos ahora minoritarios, sobre todo los obreros de la declinante industria masiva y algunas concentraciones de trabajadores poco cualificados del terciario tradicional.⁴³

En este análisis debe tratarse, también, el tema de la comunicación de la información recibida. Esto es, el deber de sigilo o reserva de los representantes frente a sus representados sobre la información que se les haya podido dar para ejercer su función representativa, o por el contrario el deber de comunicación a los representados de dicha información, siendo los representantes meros transmisores entre las dos partes de la relación contractual que supone un contrato de trabajo. El debate se plantea, pues, en términos de titularidad de estos derechos y de capacidad para hacerlos valer una vez determinada la finalidad y naturaleza de estos –instrumental o autónoma-.

Por último, es necesario recordar que existen ciertos derechos de información cuyos titulares son los trabajadores individualmente considerados y acerca de los cuales no se plantea, al menos en este trabajo, ninguna controversia. Se trata de derechos tales como el de conocimiento de la causa motivadora de una sanción o un despido o el conocimiento de los elementos esenciales del contrato de trabajo y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral. Estos, se refieren a cada trabajador en concreto, y es precisamente cada uno de ellos quien tiene derecho a conocer aquello que le atañe a él mismo en el seno de la relación laboral, independientemente que pueda también atribuirse tal derecho a las instancias representativas, como de hecho ocurre muy frecuentemente.

Así, según el modelo elegido, cada ordenamiento otorgará unas u otras competencias a los trabajadores o a sus representantes en materia participativa. En el ordenamiento español es el artículo 64 ET el que se ocupa en mayor medida de esta regulación, aunque existen competencias en estas materias que pueden también encontrarse en otros preceptos. A grandes rasgos, las competencias otorgadas por el ordenamiento español consisten en el derecho a que los representantes sean informados en temas relativos a la economía de la empresa, que tengan el derecho a realizar

43 TREU, T. *Relaciones laborales ¿declinar inevitable?* Relaciones Laborales, 1985. Pág. 158.

informes preceptivos pero no vinculantes sobre temas relaciones directamente con el empleo, en la puesta en marcha de labores de vigilancia y control sobre las condiciones de trabajo y cumplimiento de las normas, y finalmente la participación directa en la gestión de obras sociales y la colaboración con la dirección de la empresa al mantenimiento e incremento de la productividad y en cuanto al fomento de la conciliación.

El marco jurídico que supone en artículo 64 ET –y los demás artículos que tratan los derechos participativos en nuestro ordenamiento vigente- responde, como cualquier norma jurídica y, más aún, en esta materia, a uno o diversos modelos teóricos determinados. En este sentido es necesario un previo estudio de los principales modelos teóricos existentes en la historia para, a posteriori, poder determinar cuál está vigente hoy en día en España, en caso de estarlo uno en concreto, o parcialmente varios de ellos.

3. Los diferentes modelos teóricos de participación obrera

Es conveniente centrarse en el estudio de la participación obrera en el seno de las empresas desde un punto de vista teórico e ideológico ya que, sin comprender primero los fundamentos ideológicos que sustentan un sistema u otro, es imposible llegar a realizar un estudio íntegro de cualquier modelo presente o pasado o, incluso, aventurarse a prever una posible modificación de estos. En caso de intentar proponer algún tipo de reforma de *lege ferenda* también es necesario tener conocimiento de los orígenes teóricos del sistema a modificar, para entender hasta qué punto se va a intentar ahondar en él, cambiarlo de rumbo o, incluso, quebrarlo. Al jurista lo que más le importa de las ideologías es cómo éstas han incidido en la evolución de los conceptos e institutos jurídicos a consecuencia de los cambios normativos que impulsan, así como la incidencia de los factores anónimos a que se hacía referencia, porque aquellas y estos

contribuyen a decidir el curso de la historia de los hechos sociales y económicos.⁴⁴ Con base en la teoría desarrollada por el antropólogo HARRIS⁴⁵ llamada “Materialismo Cultural”, y aplicando ésta al entorno jurídico, RIVAYA⁴⁶ expone que la ciencia jurídica, la dogmática es una ciencia que se dedica a interpretar las normas jurídicas, a ordenarlas, a sistematizarlas, a señalar sus defectos técnicos, etc., por lo que no puede ser una ciencia pues, amén de que tenga un carácter ideológico, falseador de la realidad, la ciencia no se dedica a semejantes cometidos sino a explicar las causas de los fenómenos. Por tanto, la verdadera ciencia jurídica sería la que se dedicase a desentrañar la causa de que haya Derecho, de que tenga uno u otro contenido o de que se aplique como se aplica y no de una forma distinta. En consecuencia, para poder llevar a cabo un análisis presuntamente científico de lo que son hoy en día los derechos participativos de los trabajadores, no puede obviarse el origen teórico de los mismos que es el que determinará la existencia de todas las premisas necesarias para que hoy en día se den estos de una manera y no de otra, y sobre todo determinará la existencia de límites muchas veces no escritos a la hora de ponerlos en marcha y desarrollarlos.

Con todo, no hay que olvidar que todo modelo teórico no puede sino inspirar un sistema jurídico positivo. No obstante, nunca podrá un modelo puramente teórico ser aplicado al cien por cien en la práctica, sino que más bien los sistemas, pese a tender o aproximarse en mayor o en menor medida a unos u otros modelos, combinan características de varios de ellos. Así, en el sistema americano que podría tomarse como el más próximo al modelo teórico liberal existen, por ejemplo, las cooperativas y ciertos derechos sindicales; de la misma manera que en el sistema cubano, clasificable como socialista, existen ciertas empresas privadas. Con esta reflexión no pretendo negar la existencia de sistemas clasificables por no pertenecer puramente al modelo teórico que los inspira, sino que se hace más bien necesario diferenciar lo que es un modelo teórico puro –sea éste el que sea- de un sistema jurídico-político que, si bien podrá ser clasificado con el nombre de uno u otro modelo por aproximarse a él en su mayor medida, nunca podrá alcanzar la aplicación completa de éste en la práctica.

44 RIVERO LAMAS, J. *Las ideologías y la empresa...op. cit.* Pág. 304.

45 HARRIS, M. (1927-2001), antropólogo norteamericano padre de la teoría del Materialismo Cultural.

46 RIVAYA, B. *El materialismo jurídico. La presunta teoría del Derecho de Marvin Harris.* DYKINSON. Madrid, 2007. Pág. 259.

El tema de la participación obrera en los asuntos empresariales está dotado de una fuerte carga ideológica, lo cual ha permitido a diferentes escuelas desarrollar lo que, a su entender, debería ser la relación de los trabajadores para con los asuntos que conciernen a sus “empresas”. Aun acotando este estudio al periodo que abarca desde el fin del Antiguo Régimen hasta nuestros días, sigue resultando difícil realizar una investigación sobre todas y cada unas de las teorías acerca de los derechos participativos de los trabajadores. Sin embargo, sí es posible agrupar en cinco grupos las principales escuelas del pensamiento que han ahondado en este asunto durante los últimos dos siglos y principalmente dentro de la cultura occidental. Se trata del modelo liberal, del anarquista, del marxista, de un modelo que podría llamarse corporativista del que evolucionan en ciertos casos ideas de corte fascista, y por último, del modelo socialdemócrata. Estos cinco modelos pueden englobar a grandes rasgos casi todas las vertientes teóricas dentro del marco espacial y temporal mencionado, sin embargo, ni siquiera cada uno de ellos admite una sola interpretación y, consecuentemente, existen multitud de vertientes y derivaciones en cada uno de ellos. Pese a ello, y pudiendo haber englobado estas tendencias dentro de un mismo marco, sí es posible encontrar las características propias de cada grupo, sin perjuicio de que haya que mencionar en algún caso ciertas características propias de algún subgrupo teórico, o ilustrar estas teorías con ejemplos puestos en práctica en determinado lugar y momento histórico.

Será necesario centrarse principalmente en dos aspectos concretos para poder comprender la naturaleza de la participación de los trabajadores según cada modelo. En primer lugar, resulta fundamental el análisis de la relación entre el Estado y los medios de producción, es decir, si el primero interfiere en la actividad económica o si no lo hace, y hasta qué punto. En segundo lugar, será necesario un estudio de la relación intraempresarial de los miembros que componen la empresa con base en el estudio de ciertos derechos reales como la propiedad y la posesión públicas, privadas, colectivas, etc.

Cabe insistir en que los diversos modelos que se expondrán a continuación son modelos teóricos que no se dan en puridad en la realidad, por mucho que ciertos sistemas en la práctica tiendan a asemejarse más a uno u otro de ellos.

3.1. El modelo liberal y neoliberal

La ideología liberal y también la neoliberal podrían ser enmarcadas dentro de un mismo modelo teórico al respecto de la participación obrera en el entorno empresarial. En primer lugar, ambas corrientes ideológico-económicas, pese a admitir la necesidad de la existencia del Estado, propugnan su mínima intervención reduciéndolo a sus funciones de defensa principalmente. Así, el Estado quedaría totalmente ajeno a las relaciones sociales entre ciudadanos, lo cual engloba a las relaciones laborales entre empresarios y trabajadores.

La primera característica consiste en que los medios de producción han de ser de propiedad privada sin ninguna sujeción ni deber de búsqueda de un interés común y social. Conjugado con el principio de libertad individual, quedan así excluidas las posibilidades de relaciones de carácter funcional –Estado/funcionario- y también la esclavitud. La consecuencia es la existencia de relaciones de naturaleza contractual entre empresarios detentores de la propiedad de los medios de producción, y trabajadores emplazados como simples oferentes de servicios. La libertad contractual y el mutuo acuerdo harán fluir las relaciones “laborales” siempre en el ámbito privado y sin la intromisión de normas propiamente laborales ni de un derecho del trabajo con fines tuitivos para con el trabajador, según la teoría liberal.

En segundo lugar, la libertad de empresa otorga la propiedad exclusiva y excluyente a quien detenta el capital en ella. Se trata pues, de un tipo de propiedad sin apenas límites y que, en lo que aquí respecta, no se ve obligada a ceder cierto poder en el ámbito ni informativo, ni consultivo, ni mucho menos participativo a los trabajadores, quienes no hacen más que prestar un servicio a cambio de un precio.

Técnicamente, la posibilidad de poner en práctica cooperativas donde los trabajadores hayan sido quienes aporten a su vez el capital no está excluida en este modelo. De esta forma quienes trabajan poseen y consecuentemente detentan derechos y poderes de participación entre iguales. No obstante, si existiesen diversos tipos de trabajadores, unos habiendo aportado capital a la empresa y otro que no, estos últimos se verían privados de dichos derechos equiparándose a los trabajadores de las empresas de corte convencional. Es decir, que ni siquiera en las cooperativas sería el trabajo el

que otorgaría un estatus que permitiera “participar”, sino que seguiría siendo el capital quien marcará dicha pauta.

Por último, puede darse la posibilidad de que dentro del modelo teórico liberal o neoliberal exista la posibilidad de que los trabajadores sí puedan ostentar funciones participativas de diversos tipos. Ahora bien, nunca se trataría de derechos –entendidos estos como obligaciones a cumplir por los empresarios mediante imperativo legal o de cualquier otro tipo- sino más bien de concesiones. El empresario puede llegar a la conclusión de que es beneficioso para el desarrollo del entramado empresarial que los – o ciertos- trabajadores se vean implicados en los asuntos propios de la empresa “para lograr una cooperación más estrecha de los trabajadores a los intereses de la empresa en su dimensión funcional y optimizar la consecución de sus objetivos productivos”⁴⁷. En todo caso, y al tratarse de concesiones, estas serían en todo caso revocables por el patrón ya que dentro de estos modelos no encajaría la existencia de figuras como la del derecho adquirido o la condición más beneficiosa.

Existe también la posibilidad de entrelazar la teoría liberal con la puesta en marcha de la autogestión. Es posible del mismo modo situar la autogestión simplemente en el prolongamiento de un liberalismo corregido y aumentado, pronto a llegar hasta el extremo de su inspiración fundamental. Una vez realizada la democracia en el plano político, parece lógico extender los derechos de la ciudadanía a todos los sectores de la vida pública y profesional, en particular al sector económico abandonado –en contradicción con los derechos del hombre vivamente proclamados por el liberalismo- a las crueles leyes de la selva. En lugar de hacer de las relaciones industriales el campo de batalla de una lucha de clases despiadada, el liberalismo parece consecuente consigo mismo cuando intenta introducir allí los fundamentos de una democracia industrial.⁴⁸

3.2. ¿Existe un modelo en el pensamiento anarquista?

La ideología anarquista, pese a no haber llegado a materializarse en ningún momento ni lugar, al menos a gran escala, tiene mucho que aportar en lo que se refiere a la participación obrera en el entorno laboral. En primer lugar, es necesario destacar

47 RIVERO LAMAS, J. *Las ideologías y la empresa...op. cit.*. Pág. 324.

48 AVRON, H. *La autogestión*. Fondo de cultura económica. México, 1982. Pág. 10.

dos características propias del anarquismo y de su modelo teórico propuesto para un sistema sociopolítico futurible. Por un lado, el Estado como tal ha de desaparecer. Así, la teoría del ideal anarquista preconiza la puesta en marcha de una revolución – violenta- para destruir al Estado y al sistema capitalista, no con el fin de sustituirlo por otro tipo de Estado sino para acabar con una sociedad regida por un ente estatal superior, sea éste del tinte que sea. Por otro lado, los anarquistas hablan de una revolución proletaria, obrera. La clase obrera, y no otra, es la que ha de llevarla a cabo por y para ella misma, por y para su emancipación final.

Estas dos consideraciones, pese a parecer demasiado generalistas, son fundamentales para poder enmarcar un posible modelo teórico anarquista en cuanto a la participación de los trabajadores en su entorno laboral. La inexistencia de un Estado imposibilita de raíz la existencia de una relación de ámbito funcional ya que una de las partes intrínsecas a esta relación –el Estado- no existe. De la misma manera no es posible la puesta en marcha de una legislación centralizada de naturaleza laboral en lo genérico, ni referida a los derechos participativos en lo concreto, al no existir un poder legislativo propiamente dicho. A PROUDHON, el autoritarismo estatal le parece incompatible con una gestión libre; en nombre de la autonomía de las personas se opone a cualquier organización social impuesta y venida de lo alto.⁴⁹ Por su parte, BAKUNIN se apoya preferentemente en la existencia de compañías o asociaciones obreras, ligadas unas a otras, pero libres e independientes en sus decisiones.⁵⁰

Por su parte, la emancipación de la clase obrera implica la toma del poder por ésta y la eliminación –física o transformación de hecho- de la clase burguesa y demás grupos sociales no productivos como la nobleza o el clero. Se trata pues de poner al trabajo en el centro de las relaciones sociales; sólo la persona trabajadora –dejando a un lado por supuesto los casos de incapacidad física o mental temporal o permanente, niñez, vejez, desempleo forzoso, o cualquier otra circunstancia que escape a la capacidad de trabajar- puede entrar en el esquema social, de modo que no es posible

49 AVRON, H. *La autogestión...op. cit.* Pág. 17 y 18. En referencia al *Manifiesto Electoral* de Proudhon de 1948.

50 *Ibidem.* Pág. 23.

erigirse en dueño de una fábrica por la mera aportación de capital, no es posible vivir de las rentas que no sean fruto del trabajo, etc.⁵¹

En lo que a las empresas respecta significa que en las fábricas o centros de trabajo no existe un jefe o un patrón, sino que serán los trabajadores los que se organicen para hacer funcionar la producción y repartir los beneficios si los hay. Desde el punto de vista de la propiedad, no existe pues la propiedad pública estatal ni tampoco la propiedad privada de los medios de producción basada en la aportación de capital, sino que ésta sólo podría darse perteneciendo a todos los trabajadores que aportan a dicho medio productivo. El concepto más manejado entre los teóricos anarquistas es el de posesión de los medios de producción.

En lo concreto, el modelo teórico anarquista otorga a todos los trabajadores de forma conjunta todos los derechos de información, consulta o participación existentes y necesarios para que los medios productivos –que no especulativos- funcionen con normalidad. Conjugado esto con la falta de un poder legislativo estatal, la consecuencia sería la existencia de una multitud de sistemas de participación diferentes aunque siempre respetando la máxima según la cual es la clase trabajadora la única que puede y debe decidir.

La empresa o como mucho el grupo de empresas sería el ente de ámbito más extenso desde un punto de vista económico. Cabe también la posibilidad de centralizar la toma de decisiones en entes de naturaleza territorial –desprovistas de los medios coercitivos propios de los Estados- como puede ser un soviet en el que entrarían no solamente las empresas o centros productivos de una zona, sino también todo el tejido social existente. Tanto en uno como en otro caso los trabajadores seguirían teniendo el poder decisorio en toda su extensión. Ahora bien, al no existir un Estado, las relaciones entre los diversos entes, si bien pudieran llevarse de un modo federado o colaborativo, gozarían a la postre de autonomía en independencia entre sí, quedando desplazada la puesta en marcha de una economía planificada al no existir –al menos según el modelo teórico- ningún órgano planificador. La gestión de la sociedad económica que, por los acuerdos de reciprocidad, por regular ora las relaciones entre los productores, ora las relaciones entre productores y consumidores, no solamente en el marco nacional sino

51 Todo lo relativo a este párrafo es igualmente aplicable a la teoría marxista que vendrá a continuación.

también internacional, se realiza independientemente del Estado; en un principio Proudhon llega a sostener que la economía sustituirá totalmente a la política. (...) Por estas mismas razones, Proudhon cree conveniente una economía de mercado competitivo. “Suprimid la competencia (...) y la sociedad, privada de fuerza motriz, se detendrá como un péndulo en el que el resorte está flojo”.⁵²

En conclusión puede afirmarse que desde un punto de vista macroeconómico el modelo anarquista se asemeja al modelo liberal al existir una multitud de entes autónomos e independientes entre sí y que miran, en principio, por su propio interés, mientras que no existe ningún Estado de ámbito superior a estos que marque ninguna directriz en el terreno económico como puede ser una legislación laboral o una planificación de la producción. No obstante, desde el punto de vista microeconómico – dentro de las empresas o entes territoriales- la perspectiva es completamente distinta a la del modelo liberal ya que son los trabajadores los que tienen de forma exclusiva y excluyente todos los derechos de decisión y ejecución.

3.3. Los diferentes modelos de inspiración marxista

Se hace difícil detallar un modelo teórico único que englobe al marxismo en todas sus vertientes. A diferencia del anarquismo, éste sí ha sido llevado a la práctica y en consecuencia se ha vuelto a teorizar y se han desarrollado teorías de modos divergentes con base en los escritos de Marx y Engels. Esto es así hasta tal punto que Lenin no solamente creó una rama dentro del marxismo, sino que lo completó y lo actualizó a su tiempo. Se hace también muy difícil deslindar un modelo puramente teórico desde el momento en que la teoría y la práctica han de ir siempre de la mano según la propia teoría marxista. Pese a estos inconvenientes se hace necesario encontrar ciertos puntos comunes a las diferentes teorías dichas marxistas.

Ya que, según el materialismo histórico de Marx, la historia no se explica por sucesos sino por procesos, la teoría política del desarrollo social conlleva también un proceso. Pese a lo aventurado de resumir toda la teoría sociopolítica de Marx y Engels en un solo párrafo, el proceso en cuestión consistiría en lo siguiente: En la sociedad

52 AVRON, H. *La autogestión...op. cit.* Pág. 13. En referencia al *Manifiesto Electoral* de Proudhon de 1948.

capitalista aparece la clase obrera necesaria para el desarrollo de ésta, pero a la vez que necesaria es antagonista de la clase burguesa que se beneficia del sistema socioeconómico. Dicha clase obrera toma conciencia de su condición –la llamada conciencia de clase- y pasa de ser una clase en sí a ser una clase para sí. En este momento comienza a luchar por su emancipación hasta que ésta es lograda –de forma violenta mediante una revolución⁵³-. Una vez tomado el poder por la clase obrera y derruido el Estado burgués, se construye un Estado socialista que garantizará el poder obrero de forma transitoria. Finalmente el Estado socialista y sus mecanismos de represión se irán disipando al dejar de ser necesarios y éste se convertirá en una mera organización de las cosas en una sociedad sin clases llamada Comunismo.

El modelo teórico marxista en cuanto a la participación obrera es, consecuentemente, cambiante según la etapa en la que se encuentre la sociedad, siendo en este punto pertinente el estudio de la etapa capitalista en primer lugar, de la etapa socialista en segundo lugar y el de la etapa comunista en tercer lugar.

1.– En la fase capitalista, los obreros han de tomar conciencia y organizarse con el fin de mejorar sus condiciones salariales y de vida –lucha económica sindical-, pero también para conseguir derrocar al poder burgués y llegar a una sociedad socialista –lucha política del partido y de los consejos obreros-. Un extracto del II Congreso de la Internacional Comunista⁵⁴ transcurrida en verano de 1920 puede ilustrar un posible modelo teórico de lucha obrera en este sentido: “La conciencia siempre en aumento de las masas obreras hizo surgir entre ellas una tendencia a crear organizaciones capaces de sostener la lucha por el resurgimiento económico mediante el control obrero ejercido sobre la industria por los consejos de producción. Esta tendencia a crear consejos industriales obreros (...) se inspira, en definitiva, en el esfuerzo realizado para concretar el control de la industria, tarea histórica especial de los consejos industriales obreros. (...) La lucha de los comités de fábrica y de empresas contra el capitalismo tiene por objeto inmediato la introducción del control obrero en todos los sectores de la

53 La toma del poder y consecuente transformación a una sociedad socialista fue concebida por la socialdemocracia como algo alcanzable mediante paulatinas reformas dentro del sistema. Esta socialdemocracia que en sus albores se autoproclamaba marxista, abandonó durante el siglo XX sus aspiraciones socialistas y apartó el marxismo de su ideario. Esta es la razón de que su análisis vaya a realizarlo en un apartado diferente al marxismo como un modelo teórico propio y diferenciado.

54 *El movimiento sindical, los comités de fábrica y de empresas*. II Congreso de la Internacional Comunista (19 de julio – 7 de agosto de 1920).

industria. (...) Los comités obreros se verán forzados, en su acción contra las consecuencias de esta decadencia, a superar los límites del control de las fábricas y las empresas aisladas y pronto se enfrentarán con el problema del control obrero a ejercer sobre sectores enteros de la industria y sobre su conjunto. (...) Provocarán sin embargo, por parte de la burguesía y del gobierno capitalista, medidas de rigor contra la clase obrera, lo que transformará la lucha obrera por el control de la industria en una lucha por la conquista del poder por parte de la clase obrera. (...) El reparto de todas las tareas de la clase obrera entre los comités industriales obreros y los sindicatos es el resultado del desarrollo histórico de la revolución social. Los sindicatos han organizado a las masas obreras con el objetivo de una lucha por el alza de los salarios y por la reducción de las jornadas obreras y lo hacen en amplia escala. Los consejos obreros industriales se organizan para el control obrero de la industria y la lucha contra la desorganización económica; abarcan a todas las empresas obreras, pero la lucha que sostienen no puede revestir sino muy lentamente un carácter político general”.

2.- En el socialismo existe un Estado, un Estado proletario pero un Estado al fin y al cabo, entendido éste como la violencia organizada de una clase para la opresión de otra. Siguiendo los mismos parámetros anteriormente tomados, esto conlleva en primer lugar la relación de carácter funcional entre el trabajador y su empresa o incluso con el conjunto del Estado socialista. Significa también la existencia de normas homogeneizadoras de ciertas circunstancias laborales como pueden ser los derechos participativos de los trabajadores.

Dentro de la empresa, la situación se concreta en la inexistencia de dueños o patronos ya que la clase burguesa ha sido despojada de sus medios de producción por parte del pueblo y del Estado. Consecuencia de ello es lo que dispuso el Decreto soviético de 14 de noviembre 1917 al suprimir el secreto comercial. Sí existen, no obstante, límites al poder decisorio o participativo de los trabajadores ya que las empresas socialistas han de enmarcar sus objetivos con base en una economía planificada. La teoría dicta que es la clase obrera la que democráticamente elija a sus representantes para que, a la postre, la agencia de planificación no suponga un poder despótico sobre los trabajadores, sino que se trate de un órgano de representación popular con el encargo de planificar debidamente la economía, al entenderse que la

sociedad ha de caminar al unísono para poder así cubrir las necesidades humanas de forma efectiva.

Así, los derechos de los trabajadores de cada empresa en cuanto a la cantidad o calidad de los productos o servicios a producir o a ofrecer se verán mermadas o prácticamente anuladas. No así los demás derechos enmarcados como participativos como pudieran ser los informativos, consultivos o decisorios en otras materias. En otras palabras, los obreros habrían de tener el derecho de decidir cómo producir y de regular sus condiciones laborales en pleno conocimiento de todos los datos y circunstancias relativos a la empresa, siempre y cuando cumplan con la producción establecida por el plan económico global. En contraposición a las ideas anarquistas, los marxistas-leninistas afirman que “el modelo autogestionario no es sino la reactualización del socialismo pequeñoburgués que Marx denuncia en Proudhon”. Se sitúan en la línea de un marxismo auténtico para el cual las exigencias de la sociedad prevalecen sobre el egoísmo de los individuos.⁵⁵

En este sentido, el II Congreso de la Internacional Comunista dispuso en 1920 que “Una organización económica que responda a los intereses de las masas obreras sólo es posible si el Estado es gobernado por la clase obrera y si la mano firme de la dictadura proletaria se encarga de suprimir al capitalismo y de realizar la nueva organización socialista. (...) Mientras los comunistas hacen de los sindicatos y de los consejos industriales un arma poderosa para la revolución, esas organizaciones de masas se preparan para el gran papel que les tocará desempeñar cuando se establezca la dictadura del proletariado. Su deber consistirá en convertirse en la base socialista de la nueva organización de la vida económica. Los sindicatos, organizados en calidad de pilares de la industria, basándose en los consejos industriales obreros que representarán a las organizaciones de fábricas y de empresas, enseñarán a las bases obreras su deber industrial, harán de los obreros más progresistas directores de empresas, organizarán el control técnico de los especialistas, estudiarán y ejecutarán, de acuerdo con los representantes del poder obrero, los planes de la política económica socialista”.⁵⁶ Esta dicotomía entre fábricas y Estado planificador es expresada por GRAMSCI⁵⁷ cuando

55 AVRON, H. *La autogestión...op. cit.* Pág. 148.

56 *El movimiento sindical, los comités de fábrica y de empresas.* II Congreso de la Internacional Comunista (19 de julio – 7 de agosto de 1920).

recuerda estas dos consignas: “todo el poder de la fábrica a los comités de fábrica” y “todo el poder del Estado a los Consejos de obreros y campesinos”. La planificación económica -ya no sólo nacional sino mundial- surgida desde la célula más básica es también definida por él cuando afirma que el Consejo obrero de fábrica es la primera célula de un proceso histórico que debe culminar en la Internacional Comunista, no ya como organización política del proletariado revolucionario, sino como reorganización de la economía mundial y como reorganización de toda la convivencia humana, tanto nacional como internacional.⁵⁸

En la elaboración teórica de los derechos intraempresariales de los obreros, el propio LENIN retomó ideas puestas en marcha en la Comuna de París. Concretamente, al referirse a los administradores empresariales, propuso no solamente la elegibilidad sino también la revocabilidad en todo momento; el salario que no podría ser superior al de un obrero; y la adopción inmediata de medidas, a fin de que todos desempeñen funciones de control y vigilancia, de que todos se conviertan durante cierto tiempo en “burócratas”, y que de este modo nadie pueda convertirse en “burócrata”. Afirma el líder soviético que no cabe hablar de la abolición repentina de la burocracia, en todas partes y hasta sus últimas raíces. Esto es una utopía. Pero al destruir de golpe la antigua máquina burocrática y comenzar a construir de inmediato otra nueva, que permita ir reduciendo gradualmente a la nada toda burocracia, no es una utopía; es la experiencia de la Comuna, es la tarea directa, inmediata, del proletariado revolucionario.⁵⁹

La realidad marca que existen muchas derivaciones de la teoría marxista y que con base en este esquema se han desarrollado muchas vertientes diferentes que desarrollan esta teoría y para las cuales los derechos participativos son muy cambiantes. Quizá, por el tema tratado, la teoría más relevante sea la de la llamada autogestión socialista que pudo verse materializada en la Yugoslavia de Tito.

El sistema yugoslavo no contemplaba una relación contractual de los trabajadores con sus empresas o empresarios ya que, en esencia, estos últimos no existían. “Los trabajadores no deben ser contratados. “Ser contratado” significa estar subordinado a un superior; significa estar reducido a esclavitud. Los trabajadores

57 GRAMSCI, A. *Consejos de fábrica... op. cit.* Pág. 22.

58 *Ibidem.* Pág. 111.

59 LENIN, V.I. *El Estado y la revolución (1917)*. Alianza editorial. 2008. Pág. 92.

participan como iguales en las organizaciones, son aceptados como iguales y participan en la creación y distribución de las recompensas mediante el voto democrático. (...) Existe un grupo de coordinadores y administradores, pero no hay gerentes. Los derechos de la autogestión, el derecho, la responsabilidad de participar y decidir, se apoyan en las garantía constitucional y están defendidos por la ley; la violación de estos preceptos por algún administrador autocrático puede ser causa de enjuiciamiento legal”.⁶⁰ En este sentido la relación entre trabajadores y empresas es definida como propiedad social lo cual otorgará unos amplios derechos de gestión a los trabajadores al tratarse de los propietarios, pero limitará en ciertos aspectos las potestades de enajenación ya que la propiedad es compartida entre todos los miembros de la sociedad y no pertenece tan sólo a los trabajadores. La autogestión yugoslava intentaba así guardar un equilibrio entre aquello que pertenecía a los trabajadores de cada empresa y aquello debido a la sociedad en su conjunto con el fin de que la economía planificada pudiera satisfacer las necesidades de toda la sociedad. “En Yugoslavia, “propiedad social” significa que los recursos están en manos de la sociedad en general. Por ello, el activo de una empresa es propiedad de la sociedad; los miembros de la organización pueden disponer de él, obtener utilidades y distribuirlos entre ellos, después de asignar una parte de tales ganancias a la sociedad, como intereses devengados por el uso de esos recursos. (...) La ley obliga a la empresa a no reducir su propio valor neto. Por ejemplo: la empresa no puede vender activo fijo ni distribuir salarios más elevados”.⁶¹

3.- Por su lado, en la fase comunista –que nunca ha sido llevada a cabo- el Estado deja de contar con sus mecanismos de represión inherentes –policía, ejército, tribunales- al no existir ya clases sociales, y pasa a ser una mera organización de las cosas. Así, la sociedad pasaría a ser algo parecido a lo que preconiza la teoría anarquista en lo microeconómico, aunque en lo macroeconómico siempre debería haber una especie de planificación para poder satisfacer todas las necesidades humanas, aunque ésta no fuera llevada a cabo mediante órganos propios de un Estado.

60 ADIZES, I. *Autogestión: la práctica yugoslava*. Fondo de cultura económica. México D.F., 1977. Pág. 72.

61 *Ibidem*. Pág. 73.

Cabe hacer finalmente una mención a la teoría de la autogestión. BRAUT afirma que la autogestión (también aplicable a la teoría anarquista) en las organizaciones implica los siguientes derechos y deberes para los integrantes de ellas:

– Administrarlas directa o indirectamente, a través de consejos de dirección elegidos por ellos mismos, para organizar la producción o cualquier otra actividad de las organizaciones.

– Tomar decisiones en todos los asuntos de la organización; decidir sobre la distribución del ingreso, asegurando simultáneamente el desarrollo futuro de la empresa, es decir, por lo que respecta a inversiones, etc. Decidir acerca de la admisión de nuevos integrantes o la expulsión de los trabajadores.⁶²

Los teóricos o tratadistas de la autogestión interpretan la teoría occidental de la administración de empresas como la que parte de una situación centralizada y que especifica las circunstancias en las cuales se debe descentralizar, para determinar en seguida la manera de hacer y conservar al mismo tiempo el dominio. En contraste, el sistema autogestor comienza por el extremo opuesto. Empieza con una situación de descentralización absoluta, en la que todo el mundo participa y decide. En seguida, se preguntaba en qué momento la toma de decisiones debe delegarse hacia arriba, qué derechos están dispuestos a ceder los integrantes de la organización, y la manera de supervisar los resultados.⁶³

3.4. El modelo histórico del corporativismo: inspiración para el fascismo

Existe también una concepción corporativista del fenómeno laboral y para la cual podrían encontrarse ciertos rasgos definitorios. Con base en un sistema económico que podría no dejar de ser capitalista, el corporativismo aboga por la abolición de la lucha de clases en pro de un colaboracionismo interclasista en el interior de las empresas que no dejarían de ser privadas. Se trata de la creación de un interés objetivo de empresa superior y que se impone a las partes, vinculando cualquier forma de

62 BRAUT, R; JAEGER, A y NOVAK, M. *Prirucnic o Organizaciji Poduzeca*. Informator. Zagreb, 1966. Pág. 70.

63 NOVAK, A. *Organizacija poduzeca u socijalizmu*. Informator. Zagreb, 1967. Pág. 2.

representación de intereses a la colaboración entre empresario y trabajadores y a la idea de armonía social.⁶⁴

En este esquema existiría un Estado propiamente dicho con sus correspondientes normas laborales, y la propiedad empresarial seguiría siendo privada. No obstante, en cuanto a la existencia de normas acerca de la participación de los trabajadores, éstas habrían de servir al colaboracionismo entre obreros y patronos y no a la defensa de unos intereses diferenciados entre ambos. Se admite así la existencia de clases sociales diferentes pero se obliga a la clase trabajadora a colaborar con la burguesía para la consecución de un fin denominado común: “el bien de la empresa”.

Basándose en esta idea han existido en Europa occidental diversas figuras representativas del personal –no sindicalizadas- con la finalidad de aumentar la producción y evitar conflictos de trabajo. Así, en la Francia de 1917, la “función de los delegados obreros en las minas y en las fábricas de guerra se concebía como una función de conciliadores o intermediarios entre sus representados y la dirección para los conflictos individuales, entre los obreros y el control de la mano de obra, para los conflictos colectivos”.⁶⁵ Esta corriente corporativista encontrada dentro de sistemas de los cuales son herederos los actuales sistemas europeos, admite así formalmente la imposibilidad de mantener una dirección única y autocrática en la empresa, a través de la creación de órganos de representación de intereses de los trabajadores de la misma, pero funcionarizados a la idea de colaboración con los fines económicos de la misma y que doten de legitimación añadida a las facultades de dirección y de mando. A ello, concurren aquellas tendencias ideológicas que defienden tanto la participación en beneficios de la empresa, a través de la institución del accionariado obrero, como algún tipo de órgano de conciliación y consulta en los lugares de trabajo.⁶⁶ Atisbos de este modelo teórico se encuentran en textos tan recientes como las Directivas del Consejo 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, y 2003/72/CE, de 22 julio de 2003, por la que se completa el estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

64 BAYLOS GRAU. A. *Control Obrero, democracia industrial... op. cit.*, Pág. 163.

65 PICARD, R. *Le contrôle ouvrier sur la gestion des entreprises*. Paris, 1922.

66 BAYLOS GRAU. A. *Control Obrero, democracia industrial...op. cit.* Pág. 164.

Pero que la propiedad empresarial sea privada indica que esta obligación de colaborar no es más que una fachada conciliadora con el fin de desactivar las reivindicaciones de la clase trabajadora y desposeída de los medios de producción. Ésta es la razón por la cual del modelo teórico corporativista han derivado sistemas de corte fascista o pseudofascista como pudiera ser el sistema en la España de Primo de Rivera o, por supuesto, el sistema del III Reich. En cuanto a la dictadura primorriverista, ésta implantó un sistema de corte autoritario que se estructura sobre las bases corporativistas inspiradas en un cierto catolicismo social y en los iniciales proyectos del fascismo. La Organización Corporativa Nacional creada en aquella época se basaba en una serie de comités paritarios, integrados por patronos y obreros y presididos por representantes del Ministerio de Trabajo cuyo objetivo era sustituir la lucha de clases por la colaboración interclasista. Ideológicamente se parte de la simultánea animadversión hacia el liberalismo y el marxismo, a quienes se acusa indistintamente de todos los males y desórdenes de los tiempos modernos.⁶⁷ Por su parte, en el sistema del III Reich se distinguía entre el empresario (*Unternehmer*) y el jefe de empresa (*Führer des Betriebes*). Era este último el que ostentaba todo el poder de dirección en materia laboral, mientras que la dirección económica era la retenida por el empresario, persona individual jurídica. Al jefe de empresa “correspondía el cuidado del personal”, transfiriendo la ley una tutela que en la etapa política anterior había estado a cargo de los sindicatos obreros y de los consejos de empresa. La función del personal de la empresa (*Gefolgschaft*) quedaría limitada a colaborar con el jefe de empresa a través de un consejo de confianza (*Vertrauensrat*).⁶⁸

En España, el sistema constitucional actual no permite la puesta en marcha de sistemas de esta índole y de esta forma lo ha expresado el Tribunal Constitucional en sentencia 120/1983, de 15 de noviembre: “No cabe defender la existencia de un deber de lealtad, con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad constitucional ampara el texto constitucional”. Así, el legislador ordinario hubo de elegir el sistema de participación de los trabajadores en la empresa. Y entre el

67 MONTROYA MELGAR, A. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales. (1873-1978)* Cívitas, Madrid. Pág. 143.

68 RIVERO LAMAS, J. *Las ideologías y la empresa...op. cit.* Pág. 312.

reivindicativo y el de colaboración en la gestión optó por el primero aunque no en toda su pureza, configurando un sistema en el que, sobre todo hasta la reforma de 1994, predominaba el carácter reivindicativo, y la acción de cooperación de los trabajadores en la empresa, tenía, y aún tiene legalmente pese a dicha reforma, un protagonismo más reducido.⁶⁹

El profesor BAYLOS⁷⁰ resume en tres las respuestas a grandes temas que ofrece este sistema corporativista. En primer lugar, consolida el poder económico privado en la empresa. En segundo lugar, se desvincula de este planteamiento el nexo existente entre la participación de los trabajadores en las opciones generales económicas y sociales de un país y la que se opera en las decisiones concretas y en la organización de las empresas. Se pierde así la reivindicación democrática global que hacía indisolubles las nociones de una democracia industrial económica. Por último, (...) se establece una radical separación entre la acción sindical, que no puede penetrar en la empresa, y unas formas representativas *ad hoc* que no expresan una relación de conflicto, sino que, por el contrario, están generadas para la colaboración y el consenso.

3.5. El modelo socialdemócrata en el sistema capitalista

Como apuntaba anteriormente, la socialdemocracia sufrió durante el siglo XX una transformación en su ideario que es necesario explicar para poder entender qué modelo de participación obrera preconiza en su modelo teórico. De origen presuntamente marxista, la socialdemocracia aceptaba todas las premisas de esta corriente en cuanto a la crítica al capitalismo y compartía también sus fines en cuanto a la transformación social hacia el socialismo para alcanzar ulteriormente el comunismo. La diferencia esencial con el Marxismo-Leninismo estribaba en que, para la socialdemocracia, no era pertinente la revolución violenta para derrocar al Estado burgués, sino que bastaba con la paulatina implantación de reformas sobre el propio

69 SAMPER JUAN, J. *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*. En AAVV. *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*. XVII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Salamanca, 18 y 19 de mayo de 2006. Universidad de Salamanca. Pág. 206.

70 BAYLOS GRAU, A. *Control Obrero, democracia industrial... op. Cit.* Pág. 165.

sistema capitalista que, poco a poco, transformarían la sociedad y alcanzarían el socialismo.

Precisamente en estas reformas encontraremos el modelo teórico de la socialdemocracia para la participación obrera en el entorno empresarial ya que éstas habrán de consistir en el reconocimiento de derechos participativos a los trabajadores con el fin de contrarrestar el poder empresarial. Así, en el origen de la teoría de la socialdemocracia, estos derechos irían en aumento de forma escalonada pero sin encontrar un límite final en el poder empresarial que habría de ser disuelto por las sucesivas reformas.

Ahora bien, los socialdemócratas de la Segunda Internacional fueron olvidando el fin de la transformación social y a fuerza de intentar parchear el sistema capitalista adoptaron éste como suyo. La contradicción capital-trabajo era ahora vista como un elemento con el cual había que lidiar, pero no como una contradicción con la que había que acabar. Consecuentemente, las reformas sociales en general y las reformas en cuanto a la participación obrera en particular, pasaron de no tener un techo aparente a tener uno bien definido: la libertad de empresa y el derecho de propiedad del empresario sobre los medios de producción. Así, frente al consejismo de tipo soviético, se cree en la posibilidad de iniciar una fase de desarrollo político institucional en la que se limite la unilateralidad del poder empresarial, desarrollando unos organismos de representación de los trabajadores cuya función es la de incidir en la gestión y gobierno de la empresa.⁷¹

La experiencia de la república de Weimar supone el ejemplo histórico idóneo para ilustrar la puesta en práctica de este modelo teórico. Su Constitución de 1919 disponía en su artículo 165 que “para salvaguarda de sus intereses económicos y sociales se atribuye a los trabajadores y empleados representación legal en los consejos obreros de empresas, así como en los consejos obreros de distrito, agrupados por regiones económicas, y en un Consejo Obrero del Reich”. La introducción de los Consejos es una operación que lleva implícita importantes limitaciones. Estos mecanismos representativos no buscan la sustitución del poder económico de los titulares de la empresa; se trata de una institución compatible con el sistema de libre iniciativa económica privada. (...) Más aún, las representaciones de empresa (...) deben

71 *Ibidem.* Pág. 160.

cooperar con el empresario en el gobierno de la empresa. Los consejos obreros tienen la función de tutelar los intereses de los trabajadores empleados en la empresa, pero también la de colaborar con el empresario en la consecución de los fines empresariales.⁷² Este deber de cooperación con los fines empresariales acerca el modelo weimariano también hacia el corporativismo heredado de la época anterior además de hacia la socialdemocracia.⁷³ La noción jurídico-política de la comunidad de trabajo, la preponderancia de la “función económica” de los Consejos, y, en fin, una cierta visión por obra de la jurisprudencia que construía la empresa como “tercero” sobre las partes, trabajadores y empleador, impidió el desarrollo de estas instituciones de democracia industrial como “control” o “contrapoder”, funcionando por el contrario como elemento de integración que se veía forzado a tutelar el interés de empresa por encima y contra los intereses de los trabajadores representados.⁷⁴

Conscientes de su cambio de rumbo ideológico, los socialdemócratas renunciaron al marxismo también explícitamente eliminando este término de sus textos aunque conservaron la palabra socialista dándole un significado totalmente diferente al original. Baste recordar las palabras de Felipe GONZÁLEZ a finales de los años setenta del siglo pasado: “Hay que ser socialistas antes que marxistas”⁷⁵.

En definitiva, el modelo socialdemócrata se concreta en la aceptación de la propiedad privada de los medios de producción pero también en la existencia de un Estado y unas leyes – o normas colectivas- que doten a los trabajadores de ciertos derechos participativos –información y consulta, por ejemplo- con el fin de otorgar a estos un cierto poder de conocimiento y de expresión con el fin de poder negociar unas mejores condiciones laborales. Se trataría en este caso de derechos y no tan sólo de concesiones como las encontradas en el modelo liberal.

En conclusión, el turnismo ininterrumpido entre liberales o neoliberales y socialdemócratas en los gobiernos de Europa occidental desde la segunda guerra

72 *Ibidem*. Pág. 161.

73 Lo cual es comprensible ya que al referirnos a modelos puestos en práctica nunca se encontrará la traslación de un modelo teórico puro, sino más bien desviaciones o mezclas entre diferentes de estos modelos.

74 VARDARO, G. *Il diritto del lavoro nel “Laboratorio Weimar”*, en *Laboratorio weimar: conflitti e diritto del lavoro nella germania nazista*. Lavoro. Roma, 1982. Pág. 23.

75 28º Congreso del PSOE, mayo de 1979.

mundial y en España desde la transición, lleva a la implantación de sistemas a medio camino entre uno y otro modelo teórico, con atisbos de corporativismo. Esto es, la Existencia de un Estado; el respeto a la propiedad privada de los medios de producción con relaciones laborales de naturaleza contractual; y una legislación protectora de ciertos derechos como pueden ser los participativos, que han ido en aumento o en declive según el momento histórico y el gobierno de turno, pero siempre con un techo infranqueable bien definido, como es el de la propiedad privada empresarial.

Será el análisis concreto del sistema jurídico europeo y español el que determine, no obstante, en qué dirección camina la participación de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo, cuál es su fundamento ideológico, y si existe realmente una verdadera intención de implantación y extensión de los mismos.

4. Conceptualización de los diferentes tipos de derechos participativos en la historia

4.1. Cuestiones terminológicas

Los derechos objeto de este estudio son de naturaleza heterogénea, en consecuencia, se hace complicado enmarcarlos dentro de un solo concepto que los englobe a todos. Información, consulta y participación son, no obstante, tres de los tipos de derechos que hoy en día aparecen en la legislación tanto española como europea y es esa la razón por la cual han de ocupar este trabajo que los lleva en su propio título. Pero calificaciones las hay diversas, algunas concretas, otras que engloban diversos conceptos y otras que pretenden dar una visión omnicomprendiva de este tipo de derechos.

En este sentido BAYLOS⁷⁶ aclara que prácticamente desde la segunda postguerra mundial, la propia terminología, tan relevante, va difuminando sus aristas. Control, democracia industrial y participación se emplean indistintamente para referirse matizadamente a las mismas realidades. De hecho, “participación” es la noción más

76 BAYLOS GRAU. A. *Control Obrero, democracia industrial, ... op. cit.* Pág. 165.

amplia, elástica y omnicomprendensiva, adaptable a casi la totalidad de los contextos en los que se utilice. Por su parte, aunque manteniendo la misma generalidad, “democracia industrial” se identifica más con un diseño estratégico y político que con un concepto polivalente. “Control” es el más restrictivo de los tres términos y se aplica prioritariamente a un tipo de participación en las empresas, caracterizado, como luego se verá, por determinadas facultades de información y consulta.

La actividad legislativa europea en este campo mediante la redacción de ciertas Directivas, ha ido de la mano de la creación de un concepto propio a las instituciones europeas como es la implicación. Este concepto de implicación no es más que la suma de la información y las consultas –dejando también la puerta abierta a la puesta en marcha de otros mecanismos de participación consensuados- que, pese a haber sido matizadas en los diferentes textos comunitarios, no han supuesto una novedad de fondo de gran calado. La introducción del término implicación parece obedecer más bien a un intento de apariencia de cohesión y novedad en el entorno europeo que a la puesta en marcha de unos sistemas de derechos realmente diferenciados de lo que ya existía anteriormente. El artículo 2 h) de la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre, por la que se contempla el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, define la implicación de los trabajadores como *“la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa”*. Es decir, que frente a la denominación de participación referida de forma genérica a todos los derechos de naturaleza participativa, la Comisión decidió emplear la palabra implicación que no se confunde con el mecanismo concreto de la participación y evita malentendidos. Implicación es, según la Real Academia de la Lengua, repercusión o consecuencia en algo. Evidentemente los derechos de los que trata esta Directiva suponen una repercusión de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas, sin embargo, el desarrollo normal de la prestación de servicios de cada trabajador también supone dicha repercusión. En este sentido, el término implicación parece demasiado laxo y hubiese sido mejor el recurso a otro que se centrara en estos derechos en concreto. No obstante, y desde el momento en que el desempeño de una prestación de servicios supone la participación, implicación, etc. de un trabajador en su empresa, desde el momento en que todo trabajador, por el hecho

mismo de trabajar en una empresa participa de su actividad⁷⁷, se hace muy difícil encontrar un término que trate de desligar ambos conceptos. Precisamente por ello es legítima la existencia de este tipo de derechos que encuentran su cúspide en la cogestión o incluso en la autogestión, ya que los trabajadores están implicados y participan en la empresa por el mero hecho de serlo. Pese a que ya no se habla del derecho a participar de los trabajadores sino del derecho de implicarse en las cuestiones y decisiones que afecten a la vida de las sociedades⁷⁸; dicha mutación terminológica no responde tanto a un cambio de contenido, sino simple y exclusivamente a un avance más en la configuración de un modelo singular y específico de relaciones laborales en las empresas de dimensión comunitaria, con una denominación propia que se desmarca de las particulares de los distintos sistemas nacionales.⁷⁹

Con base en este tipo de derechos de participación o de implicación, parece que la vieja idea de la democracia industrial escapa al marco jurídico existente hoy. “La democracia industrial es una democracia *sui generis*. En la empresa siempre hay algunos que mandan y muchos que obedecen; en la empresa no existe la posibilidad de un cambio de roles: gobierno y oposición permanecen siempre fijos”.⁸⁰ “Pero en la empresa privada las cosas no funcionan así. Por muy inteligente que seas, por loables que parezcan tus opiniones, por intenso tu esfuerzo y trabajo, por sólida tu lealtad, con todo ello jamás conseguirás traspasar el umbral de la propiedad, nunca “ascenderás” a la categoría de propietario del medio de producción. Esa es la gran barrera, la que separa a unos de otros. Y los separa económica, social y hasta existencialmente”⁸¹.

Se trata por tanto del análisis de una estructura de “contrapoder” que se plasma normalmente en ciertas funciones de control de la gestión de la empresa, a través del

77 OIT, *La participación de los trabajadores en las decisiones que se adoptan en las empresas*. Ginebra, 1969. Pág. 13.

78 AAVV, *La Implicación de los Trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 d octubre*. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2007. Pág. 41.

79 ESPÍN SÁEZ, 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 año 2003. Pág. 238.

80 ROMAGNOLI, U. *Estructura de la empresa*. CDT 4. 1978, Pág. 9.

81 CONDE CONDE, M. A. *Los días de gloria*. Ediciones Martínez Roca (4a edición - diciembre 2010) Pág. 108.

reconocimiento de determinadas facultades instrumentales, y que encuentran asimismo una concreta formulación organizativa de representación de intereses de los trabajadores de la misma.⁸²

Con todo, el ordenamiento español utiliza el término participación como término genérico, aunque también lo hace como término concreto con el significado distinto del de información y consulta y situado un estadio por encima de estos. El derecho de participación en la empresa aparecía así en el artículo 4 g) del ET hasta la entrada en vigor de la Ley 38/2007, de 16 de noviembre que transpone al ordenamiento español la Directiva marco 2002/14/CE. A partir de entonces, este epígrafe incluye a la información y la consulta junto a la participación. Y no es que anteriormente no existieran los derechos de información y consulta y haya sido la Directiva la que los haya incluido, sino que antes de transponer la Directiva 2002/14 el término participación tenía un significado genérico en el que ambos conceptos –información y consulta- podían subsumirse. Desde 2007, parece más bien que, en lo que al artículo 4 g) se refiere, participación significa algo más que la información y la consulta, significa el escalón más alto de los derechos participativos genéricamente concebidos. El término “participación” aparece también –y lo hacía ya en los mismos términos antes de 2007- en el artículo 61 ET que dispone que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de esta Ley y sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en este Título. LANZA ZAPIRAIN es de la opinión de que si queremos ser coherentes con el lenguaje, es necesario afirmar que el artículo 61 ET no está definiendo como fórmulas de participación a los derechos de información y consulta, ampliamente recogidos en el artículo 64 ET, sino al derecho a tomar parte en la organización compleja que es la empresa, tomando parte como miembro de la misma en aquellos aspectos “decisionales” que le incumben o le afectan al trabajador en su condición de “partícipe en la empresa-organización”.⁸³ Personalmente, no acabo de estar de acuerdo con esta apreciación por distintos motivos. En primer lugar, debido a que este precepto es anterior a la reforma de 2007 cuando el término “participación” era

82 BAYLOS GRAU, A. *Control Obrero, democracia industrial... op. cit.* Pág. 166.

83 LANDA ZAPIRAIN, J.P. *Las nuevas formas de participación en la empresa.* En AAVV. *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales.* XVII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Salamanca, 18 y 19 de mayo de 2006. Universidad de Salamanca. Pág. 277.

omnicomprensivo y englobaba también los conceptos de información y consulta. En segundo lugar, ya que se trata de un precepto sin concreción alguna y que por sí solo no significa la existencia de ningún derecho palpable. En consecuencia es necesario acudir a los preceptos donde se desarrollen los derechos a los que pudiera aludir el artículo 61 ET. Sin duda, este precepto de desarrollo no es otro que el artículo 64 ET, en el que se encuentra la tercera mención a la participación en el único y poco relevante caso – desde la óptica del poder obrero en la empresa- de la gestión de las obras sociales. Así, si la participación del artículo 61 se refiriera al escalón más alto y no al término genérico, resultaría del todo innecesaria y sobre todo inútil la redacción de este artículo para luego referirla tan sólo al caso de la gestión de obras sociales. Atendiendo al conjunto del sistema de “implicación” de los trabajadores que aparece en el ET, y teniendo en cuenta que los posibles derechos de esta índole han de aparecer y de hecho aparecen en su propio texto y no en un decreto de desarrollo, no puedo llegar a otra conclusión. Pudiera ser de otra manera si, o bien, el ET fuera una Ley que espera desarrollo en cuanto a este tipo de derechos y, aunque no hubiera sido desarrollada, la potencialidad de estos derechos de participación permitiera compartir las tesis de LANDA; o bien, si el propio ET hubiese desarrollado un elenco de derechos de participación en estos términos digno de reconocimiento, y con unas características cuantitativas y cualitativas que hicieran necesario un artículo genérico introductorio como el artículo 61 ET, lo cual no es el caso.

4.2. El concepto de información

Pues bien, el primer nivel de lo que puede clasificarse como derechos participativos sería aquel de la información –pasiva-. Podría entenderse ésta como “el deber de comunicación que funciona en una sola dirección y que no supone para estos (los trabajadores) más que el derecho a la recepción de la misma,”⁸⁴ o como “el más elemental e imprescindible derecho de los representantes a estar informados, con el correspondiente deber patronal de informarles”⁸⁵. Conviene, no obstante, matizar dos cuestiones; la primera es la histórica clasificación de la información dentro de este tipo de derechos llamados participativos; la segunda es la propia definición que merece ser desglosada y hasta ampliada en ciertos casos.

Así, el derecho a la información ha sido siempre clasificado como el nivel más bajo de los derechos participativos pero siempre dentro de este grupo. Resulta chocante que un derecho que por definición es totalmente pasivo como este, pueda entrar – aunque sea al más bajo nivel- dentro una noción esencialmente activa como es la participación. Soy de la opinión de que este derecho no es participativo por lo obvio de la contradicción que ello supone, sin embargo, es conveniente el estudio de la información a la vez que se estudian los derechos participativos activos ya que la primera, aunque no es participación por sí misma, sí es condición *sine qua non* para poder llevar a cabo una ulterior participación, al menos de un modo efectivo. Es decir, que no podrán los trabajadores participar correctamente de cualquiera de las formas existentes si anteriormente no hubieran recibido información acerca de los ámbitos en los que van a intervenir. La propia definición de consultas encontrada en los textos legales más recientes da buena cuenta de ello, aunque no se trate del único ejemplo válido en este sentido. A modo de ejemplo cabe destacar que la información económica puede servir indirectamente a los representantes sindicales a la hora de negociar un convenio colectivo concreto por conocer esta situación financiera de la empresa y poder así exigir o transigir en sus peticiones, aunque el nexo causal entre la recepción de esa información y la negociación en concreto no se encuentre por escrito como en el caso de las consultas. En conclusión, una clasificación de la información fuera de los

84 RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. *La participación de los trabajadores en la empresa*. RPS 121. 1979. Pág. 421.

85 SAMPER JUAN, J. *Los sistemas tradicionales... op. cit.* Pág. 257.

derechos participativos resultaría totalmente inoperante y dejaría al análisis del fenómeno participativo, en cierto modo, incompleto. De esta manera, pese a no tratarse estrictamente de un derecho participativo, es indispensable que el derecho a la información se clasifique junto a, e incluso como, uno de los derechos participativos.

Conviene destacar que, según el Tribunal Supremo⁸⁶, este derecho a la información no es un derecho genérico que permita a los representantes de los trabajadores solicitar la información que precisen. No cabe exigir de la empresa un deber de información más extenso o intenso que los previstos en las normas laborales y convencionales. Este es un derecho acotado, limitado a lo establecido en la ley, de modo que la información se ceñirá a lo que pueda derivarse de las normas jurídicas que la regulen y no podrá, según el Tribunal Constitucional⁸⁷, ser susceptible de una interpretación extensiva. La razón que esgrime el Tribunal Supremo a la hora de establecer este límite, más allá de que no existe ningún precepto que indique la generalidad del derecho a la información y que ésta está prevista en casos tasados, es que, pese a que ésta se fundamente en los artículos 129.2 y 9.2 de la Constitución, supone una evidente limitación del derecho de dirección del empresario que también consagra la propia Constitución en su artículo 38 y recoge el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 20.

En cuanto al contenido de la información, la definición anteriormente citada puede y debe ser analizada y completada. En primer lugar, aunque se haya definido aquí como un deber, la naturaleza jurídica de la información podría no ser ésta, sino un principio o incluso una concesión empresarial en función de la fuerza del texto legal que la propugne, si es que lo hay. En segundo lugar, se trata de una comunicación, es decir, del traslado de datos, opiniones, etc. que bien pudieran darse por escrito que de palabra. De nuevo cada texto determinará el modo de transmisión de la información. En tercer lugar, ésta funciona en una sola dirección. A grandes rasgos, se trata de información que da la empresa a los trabajadores y no al revés. Ahora bien, lo que se entienda por empresa y por trabajadores, es decir, el estudio de los sujetos emisor y receptor, supone un extenso estudio que no procede realizar todavía en este punto. Baste ahora con decir que existen múltiples posibilidades para determinar el sujeto

86 STS de 2 de noviembre de 1999, (1387/99).

87 STC 39/86, 9/88 y 127/89.

concreto en cada caso, tanto de un lado como del otro. En cuarto lugar, el papel de la parte social se limita a la mera recepción de dicha información. No se desprende de este derecho ningún deber ni derecho activo en sí mismo, ya que se estaría traspasando la definición del derecho a información para adentrarse en otros conceptos.

Este desglose es, no obstante, insuficiente hoy por hoy ya que existen definiciones del derecho a la información que sobrepasan estos términos añadiendo elementos necesarios para que éste se haga efectivo. Así, la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002 por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, define ya la información en su artículo 2 f) como la “transmisión de datos por el empresario a los representantes de los trabajadores para que puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo”. Se añade aquí un nuevo elemento como es el objetivo de la información. La información se da con el fin de que la parte receptora pueda tener conocimiento del tema tratado y examinarlo. En consecuencia, se está exigiendo que la forma de la comunicación permita la comprensión de la misma hasta el punto en que la información pueda ser analizada. De esta premisa pueden surgir diversas interpretaciones de exigibilidad a la parte emisora como son la redacción de la información en el idioma adecuado, o la simplificación de algún documento que presente cierta dificultad. En todo caso, no es este el momento de entrar al detalle de esta cuestión.

Pero son las Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo y sobre la implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas Europeas⁸⁸, las que han introducido –aunque sólo sea en su ámbito- tres elementos que dotan al derecho de información de una aplicabilidad adecuada. Disponen estas Directivas que la información ha de realizarse “en un momento, de un modo –o manera- y con un contenido, que permitan a los representantes de los trabajadores

88 - Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.
- Directiva 2009/38/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 las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.
- 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.
- Directiva 2003/72/CE del Consejo, de 22 julio de 2003, por la que se completa el estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.

evaluar en profundidad las posibles repercusiones – o realizar una evaluación pormenorizada- y, en su caso, preparar la consulta”.

Puesto que no se trata aquí de detallar el alcance de la información en lo que respecta estas Directivas, baste con apuntar la exigibilidad de ciertos elementos como el momento, el modo y el contenido que han de ser aptos para que la parte receptora lleve a cabo la finalidad que ya advertía la Directiva 2002/14/CE. Sin detallar cual es el momento, el modo ni el contenido, esta definición da un paso más que la existente en 2002, y muestra en qué aspectos ha de llevarse a cabo correctamente la transmisión de la información. Estos tres elementos de momento, modo y contenido, podrán así ser alegados en lo concreto a la hora de hacer valer este derecho por parte de sus titulares.

El último elemento a destacar es la relación que se explicita entre la información y las consultas ya que la primera, si bien no siempre da lugar a unas ulteriores consultas, es condición indispensable para que las segundas se lleven a cabo de modo correcto. De este modo, se introduce la información no tan sólo como derecho completo, sino también como derecho accesorio de otro cuando corresponda, lo cual da a la información una perspectiva más amplia y resuelve la controversia acerca de la clasificación de la información como derecho participativo al estar subsumida dentro del concepto de las consultas en ciertos casos.

De la misma manera, el derecho a la información puede también desglosarse entre la información pasiva recién tratada y la denominada información activa, que consistiría en el derecho de los representantes de los trabajadores a informar tanto a sus representados como a la empresa⁸⁹. Este derecho de informar a la empresa no sería otro que las propias consultas, mientras que el derecho de informar a sus representados implica toda una serie de consideraciones para poder ser estudiado correctamente. Éste vendrá determinado por el tipo de mandato –imperativo o representativo- entre representantes y representados, y limitado en mayor o en menor medida por los deberes de sigilo y secreto que impiden la transmisión de toda la información que los representantes reciben pasivamente de la empresa.

89 SAMPER JUAN, J. *Los sistemas tradicionales... op. cit.* Pág. 260.

4.3. La noción de consulta

La consulta se situaría un estadio por encima de la simple información y exigiría, esta vez sí, de la actitud activa de la parte obrera mediante la manifestación de una opinión. En la consulta el contenido prevalente, al menos, del mensaje son las opiniones, ideas, juicios de valor o valoraciones de determinados hechos, proyectos empresariales o circunstancias o situaciones de orden diverso⁹⁰. Las consultas son hechas por la parte empresarial hacia la parte de los trabajadores o de sus representantes y estos, a su vez, responden a la parte empresarial acerca del tema sobre el que trate dicha consulta. La consulta presupone la información y comporta un deber de escuchar y de toma en consideración de las opiniones de los representantes de los trabajadores respecto a la materia objeto de consulta.⁹¹ La consulta podría ser tanto una pregunta cerrada a modo de referéndum, como varias preguntas, como también la apertura de un periodo de negociación prolongado con intercambio fluido de opiniones entre las partes, podría tratarse de la redacción de un informe o dictamen, de consultas-conjuntas o examen conjunto, “audiencia” previa, etc.⁹². A modo de definición puede decirse que las consultas determinan la existencia de un derecho a ser escuchado por la empresa, a que se inicie una discusión franca y abierta entre ésta y los trabajadores, con carácter previo a la adopción de determinadas decisiones. Dicha intervención puede estar configurada como un mero sistema de control externo al proceso de elaboración de decisiones o, diversamente, formar parte integrante del mismo, dato importante a tener en cuenta a efectos de valorar eventuales incumplimientos empresariales.⁹³

Las consultas pueden clasificarse según la obligación que tenga la parte empresarial de realizarlas. Así, existen consultas obligatorias y consultas potestativas. Son obligatorias las que vendrán reguladas imperativamente por ley al determinarse ante qué decisión empresarial es necesario recabar la opinión de los trabajadores o de

90 MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Civitas. Madrid, 1992. Pág. 105.

91 *Ibidem*. Pág. 101 y 102.

92 *Ibidem*. Pág. 104.

93 NORES TORRES, L.E. *El periodo de consultas en la reorganización productiva empresarial*. CES, Madrid. 2000. Con base en a POOLE, M. *Hacia una nueva democracia...op. Cit.* Pág. 97, MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de... op. cit* Pág. 101-102-109 y Jiménez García, J. *Participación y control en la empresa*. Las Palmas. Universidad/UGT. Pág. 30-31.

sus representantes. También cabe dar carácter obligatorio a ciertas consultas por vía de un convenio colectivo al establecerse mediante este mecanismo la obligatoriedad de consultar en cierta situación en la que la ley no lo obligue. Por otro lado, las consultas potestativas o voluntarias pueden realizarse en cualquier momento. Resulta obvio que para recabar la opinión de los trabajadores o de sus representantes no hace falta una facultad expresa ya que esto supone una ventaja para estos. Parece que la obligatoriedad o voluntariedad de las consultas recae solamente del lado empresarial en la medida en que es éste el que está obligado o no a realizar la consulta en cada caso. Sin embargo, la parte obrera no parece encontrarse obligada a nada en ningún caso. Es decir, que ante la consulta empresarial –sea ésta obligatoria o potestativa-, los trabajadores o sus representantes no estarían obligados a contestar, ya que el derecho a la consulta es suyo y la decisión de no ejercerlo es, en este caso, legítima.

No obstante, esta última afirmación aunque se mantendrá cierta, ha de ser matizada en la medida en que si el sujeto consultado es la representación de los trabajadores –sea mediante el órgano que sea- y no el conjunto de los trabajadores en su totalidad, sería necesario entrar a valorar el tipo de mandato que rige entre representantes y representados. Si se tratara de un mandato representativo que otorgara la titularidad de los derechos a los representantes, las consultas nunca podrían ser obligatorias para los representantes de los trabajadores que ni por un lado –la ley o las normas que corresponda-, ni por otro –la parte empresarial-, ni por el último –sus propios representados- podrían verse obligados a responder a las consultas. Por el contrario, si se tratara de un mandato imperativo, los trabajadores representados, que serían los titulares de los derechos, podrían obligar a los representantes a manifestarse en respuesta a las consultas formuladas por el empresario, resultando ser éstas en cierto modo obligatorias para los representantes de los trabajadores. Aun así, la naturaleza de las propias consultas no podría calificarse como obligatoria para la parte consultada, ya que en este caso el sujeto del derecho serían los propios trabajadores a los que nadie obliga, sino que serían ellos que podrían obligar a sus representados a ejercer el derecho delegado. En conclusión, pese a que será necesario tener en cuenta la naturaleza del mandato para la total comprensión de las consultas, el calificativo de obligatorio de éstas viene referido en un principio a la parte empresarial.

Las consultas pueden ser también clasificadas según la fuerza que tenga la contestación realizada por la parte trabajadora. Así, éstas pueden ser o no ser vinculantes. Lo que resulta vinculante es la opinión manifestada por la parte trabajadora ante una o varias preguntas concretas. Las consultas vinculantes suponen que la parte empresarial ha de atenerse a lo que los trabajadores o sus representantes hayan opinado y llevarlo a cabo y respetarlo en caso de haber ejercido el derecho de veto sobre la adopción de cierta decisión empresarial. Si, por el contrario, las consultas no son vinculantes no existe esta obligación y el empresario podrá seguir actuando según su parecer. En este caso, el poder empresarial quedará totalmente inalterado. Ante esta situación nada impide que el empresario tenga en cuenta la opinión obrera, opinión que podrá materializar total o parcialmente si lo cree conveniente, pero que podrá también ignorar por completo. Simplemente, la intervención *ex ante* de la representación de los trabajadores puede entrañar “una posibilidad de reconsideración de la medida”⁹⁴. A este nivel, su grado de influencia sobre las decisiones de gestión objeto de consulta es mayor que en el derecho de información e inferior, en su caso, al derecho de negociación colectiva, que es un específico mecanismo de codecisión, o de adopción de decisiones conjuntas.⁹⁵

Conjugando el factor obligatorio de las consultas con el factor vinculante de éstas, estaríamos en el límite entre el propio derecho a consultas y lo que supone ya la participación obrera por derecho. Esto es así ya que si el empresario está obligado a recabar la opinión de los trabajadores sobre cierto tema y de ponerla en marcha obligatoriamente, la única diferencia con la participación directa supone que la ejecución de la opinión de los trabajadores o de sus representantes no es llevada directamente por estos sino por la parte empresarial. Por lo demás, se trata de una participación por derecho en toda regla. Esta es la razón por la que algunos autores son de la opinión de que las consultas son *per se* no vinculantes y que la figura que permite ejercer el derecho de veto pertenece ya al terreno de la participación, aunque también se encuentran opiniones discrepantes que admiten la figura de las consultas dotada del derecho de veto. En todo caso, unas consultas vinculantes pero no obligatorias podrían ser calificadas como participación pero no como derecho. Se trataría más bien de una

94 CUEVAS LÓPEZ, J. *Estructura y función de la representación colectiva en al empresa*. Pamplona, 1982. Pág. 263.

95 MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de... op. cit.* Pág. 102.

concesión empresarial. Con todo, y del mismo modo que ocurre en los referéndums políticos, si quien formula la pregunta puede decidir los términos y el momento de ésta, e incluso si formularla o si no, y además es parte muy interesada en el asunto, el mecanismo de consultas vinculantes pero no obligatorias resultaría ser por norma general una inducción empresarial con vistas a legitimar su posición, más que una participación activa de los trabajadores.

El concepto de las consultas ha de diferenciarse del de la negociación colectiva en tanto en cuanto el segundo desemboca en una decisión conjunta, mientras que en las consultas el resultado final conduce a una decisión empresarial más o menos influida por la opinión de los representantes de los trabajadores.⁹⁶ No obstante esta diferencia, las similitudes entre ambos conceptos son evidentes y consecuentemente han aparecido en diversos textos legales como la Directiva 75/129/CE, de 17 de febrero, sobre despidos colectivos, o la Directiva 77/187/CE, de 14 de febrero, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los supuestos de transmisión de empresas, figuras a medio camino como las llamadas consultas-negociación consistentes en realizar consultas pero con vistas a llegar a un acuerdo. Con esta fórmula, se va más allá del simple deber de escuchar a la contraparte y se exige de los interlocutores la realización de los esfuerzos necesarios para tratar de alcanzar un acuerdo.⁹⁷ Se podrá estimar que existe un deber de negociar, pero no un “deber de convenir”, que obliga a iniciar una negociación, a intentar llegar a un acuerdo, no a alcanzarlo necesariamente.⁹⁸

En lo concreto, las consultas han sido definidas por la Directiva marco 2002/14/CE como “el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario”. La ley 38/2007 que modificó el artículo 64 del ET las define, con base en esta misma Directiva, como “el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo”. Por su parte, la Directiva 2001/86/CE referida a la implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas Europeas, definió las consultas de la

96 CAMPS RUIZ, L. M; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.; SALA FRANCO, T. *Fundamentos de Derecho Sindical*, Madrid, 1977. (Ediciones la Torre). Pág. 133.

97 NORES TORRES, L.E. *El periodo de... op. cit.* Pág. 31.

98 Utilizando la expresión formulada por ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. *Derecho del trabajo*, Madrid, 1987. Pág. 656 y ss.

siguiente manera: “la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre el órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores y el órgano competente de la SE, en un momento, de un modo y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores, a partir de la información facilitada, expresar una opinión sobre las medidas previstas por el órgano competente que pueda ser tomada en cuenta en el marco del proceso de toma de decisiones en la SE”.

Como se aprecia en la literalidad de los tres textos, las consultas son definidas como algo más que una pregunta con su respuesta concreta. Se trata, en cambio, de la apertura de un diálogo, lo cual implica un tiempo -indefinido- en el que las opiniones de ambas partes se van matizando y respondiendo a la opinión del interlocutor. Las consultas requieren así de un periodo de tiempo. La forma de las consultas no viene definida, pero podría entenderse que un diálogo es predominantemente oral, aunque bien pudiera mantenerse por escrito mediante diversos medios; en todo caso, se hace referencia en la Ley 38/2007 a un informe que, como todo informe, habrá de revestir la forma escrita, en un principio. La definición de la Directiva sobre Sociedades Anónimas Europeas es, pese a ser la anterior en el tiempo de las tres mencionadas, la más completa y detallada. En ella se encuentran términos como el momento el modo y el contenido de las consultas, así como el fin que éstas persiguen, que no es otro que el de permitir a los representantes de los trabajadores expresar su opinión sobre las medidas previstas por el órgano competente y que pueda ser tomada en cuenta en el marco del proceso de toma de decisiones en la SE. En la misma línea que la definición de información dada por la misma Directiva, ésta trata de asegurar que al ser consultados, los representantes de los trabajadores entiendan aquello sobre lo que se les pregunta y puedan trasladar su opinión al empresario siempre con el tiempo suficiente para que su opinión –si bien no es vinculante- pueda ser tomada en cuenta en el proceso de toma de decisiones. No se entiende muy bien la razón por la cual, siendo la Directiva marco posterior en el tiempo, no incluye ésta una definición tan detallada de las consultas, sino una mucho más escueta que puede llevar a confusión y a muchos problemas interpretativos.

4.4. ¿Qué se entiende por participación?: Tipos de participación

Finalmente, pese a que el concepto de participación que puede ser utilizado de forma genérica para englobar a todos los derechos llamados de implicación en la órbita comunitaria, también ha venido referido al escalón más elevado de los que se encuentran bajo la definición genérica y en este sentido ha sido también llamado codecisión. Aun así, sigue tratándose de un concepto bastante indefinido que no puede concretarse en una sola categoría como sí se ha podido hacer tanto con la información como con las consultas. La participación en la empresa se ha presentado así, dentro del debate ideológico y político general y de su plasmación jurídica, como una etiqueta estándar que, por estar en condiciones de dar cobertura a un amplio inventario de formas organizativas de los trabajadores en el centro de trabajo, que van desde la más elemental expresión de la representación obrera en el mismo hasta la más refinada manifestación autogestionaria, ha llegado a alcanzar la extraña virtud de poder significar todo y nada al propio tiempo.⁹⁹

Pero si ha de encontrarse una característica que pudiera definir el concepto de participación entendido de esta manera sería el hecho de que los trabajadores o sus representantes acaban influyendo en las decisiones y desarrollo de la empresa, o quebrando en cierta medida el principio de ajenidad participando de los frutos o de ciertas cuotas de propiedad empresarial. Ellos, por sí mismos, llevan a cabo ciertas acciones o gozan de ciertos derechos que son de aplicación en la empresa, más allá de sus normales prestaciones de servicios que dan lugar a sus relaciones laborales. RIVERO LAMAS¹⁰⁰ la ha definido como una variedad de formas institucionales con las que se persigue conseguir la cooperación de los trabajadores, ya sea a través de sus representantes o de forma directa, para que no sean ajenos a la adopción de decisiones y al ejercicio del poder en la misma, instrumentando su presencia activa a través de órganos situados en el nivel económico de la empresa o en el de gestión de los centros

99 PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *La participación de los trabajadores en la empresa. (Una revisión institucional)*. Ponencia inaugural. En AAVV. *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*. XVII Congreso nacional de derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Salamanca, 18 y 19 de mayo de 2006. Universidad de Salamanca. Pág. 15.

100 RIVERO LAMAS, J. *Participación y representación de los trabajadores en la empresa*. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 84. Pág. 494.

de trabajo. Con todo, esta definición de participación no puede entenderse como omnicomprensiva de todo aquello que ha sido englobado bajo este concepto en la medida en que describe un modelo concreto colaboracionista e instrumentado por la participación dentro de los órganos empresarial, y deja de lado otros tipos de participación.

En definitiva, los tipos de participación son diversos pudiendo ser acotados en cinco modelos como pudieran ser la participación productiva, la participación sectorial, la participación en beneficios, la participación en propiedad y finalmente la autogestión de la que ya se ha hablado en referencia a los modelos teóricos. Esta es la clasificación por la que yo he optado a la hora de desglosar los derechos de participación posibles; pese a ello, tengo que advertir que debido a la heterogeneidad y complejidad del concepto de participación existen múltiples clasificaciones posibles incompatibles entre sí al optar cada una de ellas por criterios dispares para separar unas participaciones de otras. De este modo, se podría separar un modelo de participación reivindicativa de otro modelo de participación colaboracionista con la empresa. En consecuencia, en este estudio, tanto una como otra se van a ver diluidas en diferentes tipos de participación según el criterio que yo he utilizado, lo cual no implica que no vaya a realizar un análisis de estos componentes.

4.4.1. La participación productiva

Se trata en este caso de que los trabajadores participen en la toma de decisiones acerca de la producción de la empresa. El trabajador deja de ejecutar órdenes constantemente y pasa a tener un papel activo en la toma de decisiones. Se trata de trasladar parte del papel que han tenido históricamente los jefes y directivos al conjunto de trabajadores. En términos negativos esta participación ha sido definida como aquella situación contraria al “estado de aislamiento del trabajador, simple ejecutor de órdenes jerárquicas y de tareas sumamente específicas, que no tiene más que un mínimo de contactos con sus colegas, con el medio en que trabaja en sentido amplio y con el contexto general de la empresa”.¹⁰¹ Esta participación no puede, no obstante, gozar del calificativo de derecho ya que, por norma general, no lo es en absoluto. Se trata de una

101 Consejo de Europa, *La participación de los trabajadores en la vida de la empresa*, 1979. Trad. cast. Ministerio de Trabajo, Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1980. Pág. 5

concesión o de una atribución con el fin de preservar el orden establecido en la empresa. Incluso podría tratarse de un deber de los trabajadores ya que estas tareas podrían estar incluidas dentro de las que pueden ser encomendadas al mismo según su propio contrato de trabajo. Esta participación encuentra un límite bien definido ya que quien determina hasta qué punto los trabajadores van a participar, qué trabajadores van a participar, en qué aspectos van a hacerlo, y cuándo dejarán de hacerlo, sigue siendo el propio empresario.

La participación (productiva) hoy en día ha sido entendida como aquello que pretende asegurar que la práctica de nuevas formas de gestión de los recursos humanos permita vincular al trabajador con su empresa, aumentando la productividad y reduciendo los conflictos industriales. El concepto productivo de participación desarrolla diferentes sentidos, contenidos y prácticas en cada empresa o centro productivo en relación a las interpretaciones y decisiones que sobre su aplicación establecen los organizadores de la producción; sin embargo, lo común en las décadas de los años ochenta y noventa es el acuerdo sobre la necesidad y ventajas empresariales de la implicación de los operadores. “Puede que exista desacuerdo sobre el medio preferido para esa implicación; si, por ejemplo, debe realizarse a través de la negociación colectiva, la consulta, la codecisión y codeterminación, o la participación a nivel de taller, o incluso algún tipo de conjunción de estos medios. Puede que exista un desacuerdo sobre los objetivos de la participación de los trabajadores: si, por ejemplo, se basa en los derechos laborales independientemente de cualquier implicación práctica o preocupaciones pragmáticas para obtener su consentimiento a las medidas de cambio (...). Puede que exista desacuerdo sobre si la implicación de los trabajadores debe ser voluntaria u obligatoria, pero existe un completo acuerdo sobre lo deseable de esa implicación”.¹⁰²

Desde el campo de la psicología se han apuntado los efectos, por lo general beneficiosos desde el punto de vista empresarial, que supone el fomento de la participación productiva para los trabajadores. La mayoría de psicólogos admiten que la participación produce un incremento de la moral y de la satisfacción laboral y efectos

102 LAHERA SÁNCHEZ, A. *La participación de los trabajadores en la empresa. ¿Hacia la democratización de las relaciones industriales? Una propuesta metodológica de análisis*. En AAVV. *Sobre la democracia económica. La democracia en la empresa*. El Viejo Topo. España, 2001. Citando a Daniel, en Cressey y Di martino, 1991: 169; subrayado, ALS). Pág. 70 y 71.

relacionados con ella como la reducción de la rotación, el absentismo y el conflicto; también tiene que ver con la eficacia en la producción, tanto en sus aspectos cuantitativos como cualitativos.¹⁰³ Como es de suponer, los estudios sobre la materia llevados a cabo desde el campo psicológico suponen una complejidad que escapa a este trabajo, sin embargo, es conveniente haberlo mencionado en la medida en que conviene mostrar escuetamente el tipo de razones que llevan a fomentar este tipo de participación y que, en última instancia, son aquellas encaminadas a mejorar la producción y productividad en y para la empresa y el empresario.

Otra figura que bien podría entrar en esta categoría es la de la participación en los órganos de las sociedades o participación en la gestión. Se trata de la posibilidad de que los representantes de los trabajadores gocen de cierto porcentaje de presencia en los órganos decisorios de las empresas o sociedades. Estas figuras tienen su origen en la experiencia weimariana que vivió Alemania y que implantó un modelo de corte corporativista. La legislación alemana de 1952 sobre constitución, régimen y organización social de las empresas introducía para todas las sociedades anónimas y comanditarias por acciones, la llamada participación “tercia” de los asalariados –un tercio de los asientos del consejo de vigilancia para los representantes de los trabajadores-. En Francia, por ejemplo, están previstas figuras que se acercan a este modelo, aunque su participación se limita a la pasividad más absoluta en la medida en que, si bien pueden acceder a la misma documentación que otro miembro del órgano correspondiente, no tienen voto en el mismo y el deber de sigilo es muy riguroso, lo que convierte a este derecho en algo más parecido a la información o a las consultas que a la participación propiamente dicha. Aun así, en base a estas figuras y otorgándoles además voto como a cualquier otro miembro, la participación sería un hecho, aunque entonces sería cuestión de estudiar qué porcentaje de representación ha sido otorgado a los representantes de los trabajadores ya que si éste fuese testimonial en la práctica poco podrían estos participar en los asuntos de la empresa. En palabras de BAYLOS, la pura estructuración de la participación a través de un órgano mixto no determina necesariamente el nivel de intensidad del control ejercido.¹⁰⁴

103 PEIRO, J. M. *Psicología de la organización*. UNED, Madrid, 1991. Pág. 430.

104 BAYLOS GRAU, A. *Control Obrero, democracia industrial, ... op. cit.* Pág. 172.

4.4.2. La participación sectorial o participación en la gestión social

La participación sectorial viene denominada de esta manera ya que es la que llevan a cabo los trabajadores o sus representantes en determinados ámbitos muy concretos, pero que quedan fuera del ciclo productivo propiamente dicho. La participación en la gestión social ha sido definida como la participación en la gestión ordinaria de aquellos asuntos que, con independencia del resultado productivo, tienen un efecto en el bienestar y seguridad de los propios trabajadores¹⁰⁵. Estos tipos de participación no se refieren, pues, a la producción aunque sí pueden referirse a la productividad. De hecho el artículo 64. 7 c) del ET dispone que el comité de empresa tiene la competencia de colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, así como la sostenibilidad ambiental de la empresa, si así está pactado en los convenios colectivos. Asimismo, el epígrafe b) del mismo artículo se refiere a que el comité de empresa tiene la competencia de participar como se determine por convenio colectivo, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares. Por último, el epígrafe d) del artículo 64.7 ET dispone también que el comité de empresa haya de colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación.

De esta forma, nuestro ordenamiento mezcla dos conceptos, el de participar y el de colaborar para referirse a ciertos sectores en los que los representantes de los trabajadores pueden intervenir, como son la productividad, la sostenibilidad medioambiental o la conciliación en cuanto a la colaboración, y la gestión de las obras sociales en cuanto a la participación propiamente dicha. En cuanto las obras sociales, pueden éstas tener un contenido muy variado, y la ley no especifica ni las formas ni la intensidad de la participación, remitiéndose a lo que se “determine por convenio colectivo”. Es claro que éste puede establecer facultades de codecisión en aquella gestión¹⁰⁶, aunque también es claro que el Convenio Colectivo pudiera no desarrollar este precepto desapareciendo tanto las obras sociales como la participación obrera a ellas referida. Además, el ET exige para ciertas materias el acuerdo entre el empresario

105 LANDA ZAPIRAIN, J.P. *Las nuevas formas de... op. cit.* Pág. 280.

106 SAMPER JUAN, J. *Los sistemas tradicionales... op. cit.* Pág. 269.

y los representantes de los trabajadores, normalmente en defecto de regulación por parte del convenio colectivo en sentido propio: sistemas de clasificación profesional de los trabajadores (art. 22.1), sistemas de ascenso (art. 2.1), modelo distinto de recibo de salarios (art. 29.1), fecha de percepción de las pagas extraordinarias (art. 31), distribución irregular de la jornada a lo largo del año (art. 34.2).

La característica de este tipo de participación es que viene referida a ámbitos empresariales que se encuentran fuera del propio ciclo productivo y es quizá por ello que se otorgan a los trabajadores estos derechos más amplios, que pueden llegar incluso a la codecisión, al no tocar la esencia empresarial en sí misma. Por supuesto, es necesario llevar a cabo un estudio mucho más profundo de lo que estos tres epígrafes del artículo 64 y los demás artículos mencionados suponen para el comité de empresa, empezando por separar los conceptos de colaboración y de participación manejados por el ET en su artículo 64.7, pero esto se hará más adelante.

Relacionada con este tipo de participación puede estar también la llamada revitalización de la acción social en la empresa. En ocasiones, su utilización responde a compromisos (u operaciones de buena imagen corporativa) derivados de los “códigos de conducta” (...). Se trata de aquellas actividades financiadas por la empresa, por motivos inicialmente altruistas, que repercuten positivamente en la aceptación social de la actividad de la empresa, por un lado, y/o en la mejora de la satisfacción en el trabajo por parte de sus empleados, lo cual contribuye normalmente a la mejora de la productividad (préstamos vivienda, vehículos, estudios, servicios culturales y de ocio, seguros sanitarios, pensiones complementarias, etc.) Lo realmente interesante es intentar averiguar si a esta acción social –que también se ejerce hacia fuera, sobre el entorno social y cultural de la empresa- se está acompañando una simultánea revalorización de la participación de los trabajadores en la gestión de la misma, y, por consiguiente, con hipotéticas facultades de codeterminación de su gestión. Sin que conozca la existencia de ningún estudio de campo sobre esta cuestión particular, la impresión que tengo es justo la contraria, la de que su progresiva proliferación va acompañada de mecanismos de individualización de estas percepciones, justo lo contrario de una gestión colectivamente participada de las mismas.¹⁰⁷ En consecuencia, esta acción social de la empresa ligada muchas veces a los códigos de conducta, no crea

107 Reflexión de LANDA ZAPIRAIN, J.P. *Las nuevas formas de... op. cit.* Pág. 360 y 361.

derechos participativos, sino ámbitos de actuación empresarial donde la empresa podría –aunque parece no hacerlo- dar ciertas competencias de gestión a los trabajadores, enmarcándose así dentro del modelo liberal de concesiones pero no de derechos.

4.4.3. La participación en beneficios

La participación en los beneficios, junto con la participación en la propiedad, han sido descartadas de este tipo de análisis por ciertos autores¹⁰⁸ que no las consideran tipos de participación entendida ésta como participación en la gestión. Esto es así ya que entienden que la participación en el capital o la participación en los beneficios hacen referencia a cuestiones relacionadas con la propiedad o con el sistema de remuneración, y dejan intacta la estructura de poder empresarial. Pese a estas opiniones, me parece necesario realizar, aunque sea de forma somera, un pequeño análisis de estas dos figuras que sí entran en el concepto amplio de lo que se entiende por participación.

La participación en beneficios consiste en otorgar a los trabajadores cierta parte del reparto de los beneficios empresariales más allá de su salario. Se trata de recompensar a los trabajadores por el aumento de la productividad o por el simple aumento de beneficios reales. La participación en este caso no es activa sino pasiva, limitándose los trabajadores a recibir una cantidad dineraria en cada caso. No obstante, y pese a ser consciente de que este tipo de participación no es de la misma naturaleza que los derechos participativos, tal y como vienen siendo analizados en este estudio, no puede ésta dejarse totalmente de lado. La peculiaridad de esta figura y que la convierte en merecedora de mi atención es la fractura del principio de ajenidad que junto con la dependencia configuran la estructura de las relaciones laborales hoy en día en España y en Europa. La introducción de mecanismos de participación sobre los beneficios conlleva que los frutos del trabajo no sean ya del todo ajenos a los trabajadores que los han fabricado o servido. Ciertamente es que los productos propiamente dichos, así como los servicios prestados por las empresas –según el sector productivo del que se trate- siguen siendo ajenos a los trabajadores, pero de la misma manera que en economía se habla de

108 Idea recogida por NORES TORRES, L.E. *El periodo de... op. cit.* Pág. 22. en referencia a CAMPS RUIZ, L. M; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.; SALA FRANCO, T. *Fundamentos de... op. Cit.* Pág. 123, o RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. *La participación de... op. cit.* Pág. 419, o RIVERO LAMAS, J. *Limitación de los poderes empresariales... op. Cit.* Pág. 37.

costes directos e indirectos para cada unidad producida, podría hablarse aquí de frutos directos e indirectos en la producción, siendo en este caso los frutos directos ajenos pero los frutos indirectos –los beneficios- ya no del todo ajenos. De este modo, la participación más allá de lo que puramente viene entendiéndose como la prestación de servicios de los trabajadores toma forma y deviene interesante a este estudio puesto que de lo que se trata es de averiguar hasta qué punto existe un interés en implantar o desarrollar la llamada democracia industrial como sistema en el marco de las relaciones laborales. Pero para poder hablar en estos términos se requiere que este tipo de participación sea colectiva, del conjunto de los trabajadores y entendido como un derecho ostentado por estos en su calidad de tal. La introducción de cláusulas particulares en contratos de trabajo que den a trabajadores en concreto ciertos derechos de participación en beneficios escapa al objeto de este trabajo que ha de centrarse en los derechos participativos colectivos.¹⁰⁹

ESPINA¹¹⁰ sale en defensa de este tipo de sistemas ya que según él, a nadie se le puede ocurrir que con revisar los salarios conforme a la inflación prevista se agote el proceso de distribución de la renta de las empresas, porque el negocio resultaría totalmente insatisfactorio para los trabajadores y ruinoso para el sindicato que lo defendiera. Para que el sistema diseñado en los acuerdos funcionase tendría que haberse complementado con la introducción de fórmulas de mejora retributiva en las empresas individuales que significasen una participación de los asalariados en sus beneficios, de manera que el crecimiento se viera acompañado de una mejora del nivel de vida.

Sin embargo, la participación en beneficios ha sido vista como un mero complemento salarial que además pretende incentivar a los trabajadores a trabajar más y mejor con la esperanza de engrosar el plus “salarial” correspondiente. Se trata de un nexo con el resultado económico de la explotación, sin el soporte jurídico de la propiedad.¹¹¹ Parece claro que en su propia matriz lleva impresa la idea de legitimación permanente de la empresa y de sus poderes, mediante la corresponsabilización, a través

109 En este sentido cabe apuntar que en 2001 un 25% de las empresas españolas tenía esquemas de participación en beneficios, pero que sólo un 52% de éstas daban cobertura a más del 50% de su plantilla, según el estudio de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo: Employee share ownership and profit-sharing in the EU.

110 ESPINA, A. *Las relaciones industriales y la democracia*. Relaciones Laborales nº 1, 1991. Pág. 879.

111 RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. *La participación de... op. cit* Pág. 419.

de la remuneración, del resultado productivo, y una correlativa negociación de la idea de control.¹¹² La realidad de los hechos nos muestra que esa teoría institucional, aparentemente renovadora, ha sido utilizada sobre todo para defender la empresa tradicional y patrimonialista, cediendo en la forma, pero no en el fondo, creando, por lo común, formas de cogestión tan tímidas, de participación en los beneficios tan escasas y de accionariado obrero tan incipiente, que en verdad la empresa sigue siendo regida por los titulares del capital sin que tal “participación” pase a ser un revoco de la fachada del edificio, pero sin cambio en la estructura del sistema de participación de los trabajadores en la empresa.¹¹³

En lo concreto, será necesario analizar a qué concepto se refiere la palabra “beneficio”, y de esta forma resulta imprescindible acudir al derecho mercantil y al desglose de las cifras empresariales en diversos conceptos. Un ejemplo de este análisis es el que surgió en torno al antiguo artículo 14 del Convenio Colectivo de la banca privada (hoy artículo 18). Numerosas sentencias se dedicaron durante los años 80 principalmente a determinar qué cifra del balance empresarial es la que había de tomarse como “beneficio” a la hora de ser repartido. La respuesta dada en sede judicial fue que los beneficios a tener en cuenta y a los que se refería el convenio colectivo de la banca privada en cuanto a la participación de los trabajadores, no eran tanto los beneficios efectivos del banco en cuestión, sino los beneficios a repartir. Así, dicho artículo se refería al dividendo; la atribución de acciones liberadas, como reparto indirecto de beneficios a modo de fruto diferido, no es computable a efectos de la paga de beneficios. En conclusión, lo que se establece es una paga de beneficios en relación exclusiva “con el dividendo líquido satisfecho a los accionistas”.¹¹⁴ Dicha apreciación fue matizada posteriormente por la Audiencia Nacional¹¹⁵ resolviendo ésta que el precepto convencional utiliza significativamente el término “importe del dividendo líquido”, lo cual implica que las partes conscientemente tomaron como módulo de

112 BAYLOS GRAU. A. *Control Obrero, democracia industrial, ... op. cit.* Pág. 168.

113 BAYÓN CHACÓN, G. *Posibilidades de evolución del sistema de participación de los trabajadores en la empresa*, en varios, *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*. FDUCM, Madrid, 1967, Pág. 207.

114 Por todas: SNT TCT de 22 de abril de 1983, de 26 de noviembre de 1984, y de 6 y 7 de mayo de 1986.

115 SNT AN Sala de lo Social 108/90, de 16 de junio.

cálculo para la paga no la cantidad total aprobada como tal dividendo sino la cantidad efectiva y real que se abona a los accionistas, deduciendo la cuantía del impuesto. Concluye RODRÍGUEZ PIÑERO¹¹⁶ en su estudio sobre esta problemática que la llamada participación en beneficios prevista en el artículo 14 del Convenio Colectivo de la banca privada (ahora artículo 18), es más bien una paga “extraordinaria” condicionada al montante del dividendo líquido abonado a los accionistas y que se trata por tanto, de un complemento retributivo, cuya cuantía se hace depender del importe del dividendo abonado al accionista.

En otro orden de cosas, no hay que olvidar que la participación en beneficios, al tener su origen en un montante variable, puede dar lugar a retribuciones muy diversas según el ejercicio económico. Así, el trabajador individual o el conjunto de trabajadores colectivamente que tengan reconocidos derechos de ésta índole habrán de poder acceder a ciertos documentos contables en los que se explique el desglose de las cuentas que dan lugar al montante concreto que materialice su derecho de participación en beneficios en cada caso. En la vertiente individual, éste derecho ha sido consagrado expresamente en nuestra legislación desde la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. El artículo 44 de la Ley de Contrato de Trabajo establecía que si la remuneración consiste total o parcialmente en la participación en los beneficios de la empresa, el trabajador tendrá respecto del examen de los libros y cuentas el derecho a pedir comunicación de la parte de los libros referentes a tales beneficios y valerse para su examen de un perito contable, cuyo honorario estará a cargo del empresario si éste fuese considerado parte temeraria en el juicio posterior. Y pese a que, en este caso, se trate de un derecho de índole individual que pudiera escapar al objeto de este estudio, responde a la necesidad natural de toda participación en beneficios. De esta forma, las figuras participativas colectivas han de llevar aparejadas el reconocimiento del derecho de poder examinar las cuentas de las cuales se derivan los beneficios repartidos entre los trabajadores ya que, de lo contrario, se trataría de un derecho fácilmente vulnerable al estar desprovisto de mecanismos de control.

Resumiendo, la cuestión de la efectividad o no de un sistema participativo va más allá de la implantación de uno u otro sistema, como pudiera ser éste de la

116 RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. *Derechos de información del sindicato y paga de beneficios*. Relaciones Laborales n ° 2, 1990 Pág. 55 y ss.

participación en beneficios. En la línea de lo anteriormente expuesto, y pese a que la introducción de líneas de fisura en el esquema tradicional de las relaciones laborales verticales supone por sí mismo un objeto digno de estudio por el potencial del que está dotada, es la intensidad de los derechos puestos en marcha junto con el sistema global de participación el que determinará si realmente existen o no avances hacia la llamada democracia industrial o si se trata de simples sistemas de incentivación a la productividad desde el punto de vista del interés de la empresa. Así, un sistema de participación en beneficios leve junto con la potestad puramente empresarial de determinar el alcance de esta participación deja el sistema blindado tal y como se concebía desde el siglo XIX, y no supone más que un incentivo para el trabajador que se sienta esperanzado ante la promesa de un plus salarial a cambio de un mayor esfuerzo. En definitiva, no hay que confundir el potencial de una idea innovadora con su alcance real en un momento determinado, de modo que es necesario intentar desarrollar ese potencial sin contentarse de haber puesto en marcha formalmente un mecanismo que, a priori, parezca otorgar unos derechos que no tienen porque ser tales.

4.4.4. La participación en la propiedad

La participación en la propiedad se asemeja a la participación en beneficios en cuanto a su distinción con respecto a los derechos participativos de naturaleza activa. En principio, tampoco se trata en este caso de participar mediante hechos, mediante decisiones por parte de los trabajadores o sus representantes en la gestión empresarial. Aquí la participación implica el derecho de propiedad mediante acciones. El objetivo buscado es que los trabajadores se conviertan en propietarios de parte de la empresa, lo que normalmente sólo se articula para aquellas empresas en las que la propiedad adopta la forma jurídica de sociedad por acciones. En estos casos, el sistema de distribución de poder y contrapoder no se altera en nada: La posición de los trabajadores, convertidos en propietarios de una parte del capital, no se modifica, siguen siendo trabajadores por cuenta ajena y su titularidad parcial no supone en ningún momento una influencia decisiva sobre la gestión de la sociedad o de la empresa.¹¹⁷

117 RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. *La participación... op. cit.* Pág. 418.

De nuevo en este caso, la intensidad de la participación va a marcar si ésta cumple o no una función realmente participativa. La adquisición de acciones no conlleva por sí solo poder decisorio, sino que solamente a partir de cierto porcentaje de éstas la influencia comienza a ser real. En cada tipo societario y en cada sistema jurídico los pormenores varían de modo que no es cuestión de lanzarse a hablar de porcentajes concretos ni de mayorías en cuanto a tal o cual capacidad de intervención por vía accionarial en este momento; baste con apuntar que los derechos de los socios minoritarios no son parangonables con aquellos de los miembros de los órganos gestores y que son, en definitiva, quienes tienen el poder decisorio empresarial.

Desde la óptica de los derechos colectivos de los trabajadores, la vía más real (o directa) para poder participar en la administración de la sociedad de capital es la de la participación a través de una cartera de acciones, donde se agrupen las acciones de los trabajadores accionistas con el fin de poder intervenir, ya sea en la junta general, o bien, en su caso, en el consejo de administración.¹¹⁸ Esta participación conjunta de los trabajadores es la que supondría un derecho colectivo, supondría realmente la existencia de un contrapoder ejercido por el banco social de la empresa que actuaría al unísono. Las adquisiciones particulares de acciones por parte de los trabajadores no entrarían en el elenco de derechos participativos tal y como vienen siendo estudiados en este trabajo, ni siquiera aunque fuera una adquisición generalizada que llevaran a cabo todos los trabajadores.¹¹⁹ El elemento cualitativo que hace de la participación en acciones de los trabajadores un derecho colectivo es el ejercicio por parte de estos de los derechos que se les otorgan de un modo conjunto. La práctica determinará que, al tratarse de sociedades de determinada dimensión, la ejecución de estos derechos sea llevada a cabo por representantes del personal. Pero este ejercicio no tiene porque significar que los titulares de los derechos sean los representantes ya que estos podrían no ser más que los ejecutores; no obstante, tal y como se configuran los derechos participativos hoy en día, lo normal será que sean los representantes los titulares, y no los trabajadores.

118 LANDA ZAPIRAIN, J.P. *Las nuevas formas de... op. cit.* Pág. 342.

119 En el año 2001, el 19% de las empresas españolas tenían un plan accionarial para sus empleados, pero solo el 26% de entre ellas cubría un porcentaje de la plantilla superior al 50%, según el estudio de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo: Employee share ownership and profit-sharing in the EU.

Con todo, la norma general es que aunque exista una formal apropiación de parte de la propiedad empresarial por los trabajadores, en nada influya ésta en cuanto a la participación obrera en la toma de decisiones. En este sentido se manifiesta el Tribunal Constitucional alemán¹²⁰ en 1979 al afirmar que, “lógicamente, esta participación institucional derivada de la adquisición de cierta cantidad de acciones por parte de los trabajadores- no podría llegar a significar que los trabajadores alcanzasen la mayoría del consejo de vigilancia –o trasladándonos a nuestro vigente Derecho Mercantil, ni del consejo de administración- porque en ese caso estarían ejerciendo con sus decisiones el poder y las funciones del empresario, y el vínculo societario prevalecería sobre el laboral, tal y como sucede –desde la lógica jurídica formal- en las sociedades cooperativas. En tal caso no habría, ni ajenidad, ni dependencia para los trabajadores accionistas”.

Existe pues, un techo de cristal que impediría romper el modelo existente. La contradicción que supondrían estas situaciones podría solucionarse admitiendo que la naturaleza de la participación mediante acciones es otra que la salarial. En este sentido LANDA ZAPIRAIN afirma que una regulación adecuada de la participación accionarial debe partir de la consideración básica de que las acciones no son salario, ni pueden reemplazarlo total o parcialmente, su función es otra, complementaria de la remuneración del trabajo, pero desligada de la misma, porque de otra manera estaríamos poniendo en cuestión la ajenidad del contrato de trabajo, por la cual la remuneración salarial se debe con independencia de los resultados y beneficios empresariales.¹²¹ Con todo, no estoy de acuerdo con esta reflexión en la medida en que la naturaleza salarial o extrasalarial de las acciones de los trabajadores ha de fijarse en función del estudio de sus características y no a priori con el fin de no quebrar formalmente un principio como es en este caso el de la ajenidad. La ajenidad, igual que la dependencia, son principios que rigen las relaciones laborales pero no son dogmas. Es decir, que en múltiples ocasiones estos dos principios quiebran en mayor o en menor medida en función de las circunstancias materiales que concurren en cada caso concreto. Aun así, si siguen siendo predominantes podremos seguir afirmando que estos dos principios rigen las relaciones laborales. En un caso hipotético caso de

120 Sentencia de 1º de marzo de 1979 del Bunderverfassungsgericht.

121 LANDA ZAPIRAIN, J.P. *Las nuevas formas de... op. cit.* Pág. 347.

participación financiera en la que se otorgara una acción empresarial a cada trabajador el principio de ajenidad habría sido fisurado pero continuaría mandando con fuerza suficiente como para poder definir la relación laboral como ajena. Se impone aquí el principio dialéctico según el cual la cantidad se transforma en calidad, y me explico. La mínima expresión de quiebra del principio de ajenidad en estos términos en nada altera la naturaleza de las relaciones laborales, no obstante, un aumento paulatino de esta fisura mediante el aumento de la participación obrera llevaría al momento en el que los trabajadores pudieran ejercer el control sobre la empresa habiéndose convertido la cantidad –de acciones- en calidad –poder decisorio. Estaríamos ante un ejemplo claro de puesta en práctica de la teoría socialdemócrata de inspiración marxista originaria.

Buen ejemplo de ello serían quizá las propuestas Suecas de los años 70 de los fondos de inversión que podrían resumirse de la siguiente manera: en síntesis, se trata de una transferencia de la propiedad de la empresa de la sociedad que actualmente la detenta a los trabajadores, a través de ir destinando una parte de los beneficios de la misma en forma de acciones, que se van acumulando hasta lograr la mayoría del paquete, a un fondo de inversión de los trabajadores. Se trataría (...) de una expropiación del capital por etapas.¹²² Esta propuesta chocaría de frente con los argumentos del Tribunal Constitucional Federal alemán en su sentencia antes mencionada de 1 de marzo de 1979, en la medida en que opina éste que el derecho constitucional de propiedad se vería vulnerado por una ley que permitiera un figura como la expropiación del capital por etapas, habiéndose de declarar inconstitucional la ley que previera dicha posibilidad.¹²³

Según la UE, España no está cumpliendo correctamente las recomendaciones en la materia de la participación accionarial de los trabajadores. La participación financiera es considerada un factor positivo para la consecución de los objetivos de la denominada Agenda de Lisboa (2000), y sigue siéndolo por la Estrategia Europea para el Empleo. En efecto, la Comisión entiende que la participación financiera es un elemento motivador de los trabajadores, al equiparar sus intereses con los de los

122 En este sentido: MEIDNER, R. *Capitali senza padrone. Il progetto svedese alla formazione collettiva del capitale*. Lavoro, Roma, 1980. Pág. 75-95 y 105-132.

123 Un estudio pormenorizado sobre dicha sentencia y los argumentos a favor y en contra en ella esgrimidos en: GAMILLSCHEG, F. *La cogestión de los trabajadores en el derecho alemán. Balance a tenor de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1 de marzo de 1979*. Revista Española de Derecho del Trabajo, n° 2 año 1980. Pág. 169 y ss.

accionistas y sirve como factor de contratación y fidelización del personal, además de contar con ventajas tales como incrementar la productividad y el empleo, o la participación de los trabajadores. Sobre esta última ventaja, la Comisión afirma en su Comunicación del 5 de julio de 2002 que “los efectos positivos de la participación financiera son máximos cuando están bien estudiados e integrados en un contexto general de gestión participativa basada en la cooperación”.¹²⁴ Resulta esclarecedor el examen de los motivos por los cuales la Comisión opina que la participación financiera puede tener efectos positivos. Habla de motivación, de fidelización del personal y de incremento de la productividad, es decir factores positivos desde el punto de vista empresarial y no obrero; y cuando habla de la participación –entendida ésta como participación activa- no duda en hablar de un sistema basado en la cooperación acudiendo a los principios teóricos corporativistas y descartando así el modelo reivindicativo donde los trabajadores ejerzan un contrapoder en pro de defender sus intereses de clase.

4.4.4.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional 20/2002, de 28 de enero

El interés que presenta esta sentencia consiste en el análisis que realiza del régimen jurídico aplicable a un trabajador que, a la vez, es accionista de la misma empresa en la que trabaja. El supuesto de hecho que conoce esta resolución del TC puede resumirse de la siguiente manera: Se trata del director de la sucursal de un banco que como tal es trabajador de dicha entidad, pero que además es accionista de la misma. Estando éste presente en la junta de accionistas, intervino dirigiéndose a su presidente y se expresó en unos términos que la empresa consideró suficientemente graves y culpables para proceder a su despido. Ante tal despido el trabajador presentó demanda contra la empresa por despido nulo y/o improcedente que, tras agotar todos los recursos en los Tribunales Ordinarios, desembocó en la interposición de un Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional.

Poco importan ahora las resoluciones de los Juzgados y Tribunales ordinarios en el asunto, y poco importan también ahora ciertas valoraciones que todos ellos y también el Tribunal Constitucional hayan podido realizar respecto a asuntos que no conciernen a

124 LANDA ZAPIRAIN, J.P. *Las nuevas formas de... op. cit.* Pág. 344 y 345.

este estudio. En este punto me limitaré pues, a resaltar él o los argumentos principales del Tribunal Constitucional en referencia a los derechos y deberes del trabajador-accionista en su calidad de tal y lo que se refiere a las cualidades dependientes o independientes de ambas posiciones ostentadas en la misma persona del actor. La sentencia concede el amparo al trabajador, no obstante lo hace con base en unos razonamientos en cuanto a la ponderación del poder empresarial frente a los derechos fundamentales (la libertad de expresión en este caso) del trabajador, que no es pertinente analizar al detalle en esta sede.¹²⁵

Esta sentencia analiza la doble condición que presenta el trabajador como accionista de una entidad financiera y trabajador de la misma como director de una sucursal bancaria. Constata que intervino en la citada junta general en su calidad de accionista, pues era únicamente esta condición la que le legitimaba para participar en dicho órgano social, sin embargo, entiende, esta condición resulta inseparable de la de trabajador, pues, con independencia de que las manifestaciones encuentran su base no sólo en el conocimiento adquirido como accionista, sino en la experiencia fruto de las funciones que desempeñaba en la entidad bancaria, la realidad es que el origen de la decisión de prescindir de los servicios de trabajador es la citada crítica.

En conclusión, el elemento determinante no es si las manifestaciones respondieron en mayor o menor medida a una u otra cualidad, sino el hecho de que fueron la causa de su despido y trascendieron del ámbito mercantil como accionista, condición en virtud de la que participó en la junta general y emitió sus opiniones y juicios de valor negativos sobre la gestión de la entidad, al laboral como trabajador, condición en virtud de la cual fue despedido. Habiendo sido esto así, es desde la perspectiva contractual laboral desde la que debe analizarse el contenido de tales manifestaciones.¹²⁶

Así, la concesión del amparo nada tiene que ver con que el trabajador además de tal condición ostentara la de accionista, sino con que, según el TC, como trabajador tenía derecho a expresarse en los términos en que lo hizo ya que se limitó únicamente a señalar ante la junta general algunas deficiencias o irregularidades en el funcionamiento

125 Un análisis completo de la STC 20/2002, de 28 de enero en: SALIDO BANÚS, J. L. *La libertad de expresión de un trabajador que a la vez accionista*. Actualidad laboral n ° 21, 2002. Ref. 637. Pág. 865 a 876.

126 *Ibidem*. Pág. 872.

de la entidad, que en modo alguno supusieron la revelación de secretos relativos a la explotación y negocios del empresario, que pudiera justificar la restricción empresarial de su derecho a la libertad de expresión.

En cuanto a lo se refiere a los derechos de participación en el supuesto de los trabajadores-accionistas, es relevante que en un supuesto como este, los actos realizados en calidad de accionista trascienden en lo laboral. El supuesto de hecho enjuiciado en la STS 20/2002 estudia las manifestaciones concretas de un trabajador que, según el TC, no son motivo de despido en su simple calidad de trabajador, lo cual indica que, aunque no hubiera sido accionista tampoco hubiera cabido dicho despido. Pues bien, esa es la razón de la nulidad del despido y no la cualidad de accionista; todo indica que un trabajador-accionista conserva todos sus derechos como trabajador, pero que desde el punto de vista del accionista se ve coartado de una forma que los demás accionistas no lo están. Al trascender, según el TC, la manifestaciones hechas en calidad de accionista al ámbito laboral, se está rebajando la capacidad de expresión del accionista a la capacidad de expresión del trabajador ya que, al estar ambas figuras reunidas en la misma persona, ésta se verá castigada, sancionada por vía del despido si sobrepasara los límites de los trabajadores en cuanto a la libertad de expresión. No es pertinente analizar al detalle ambos límites, los del accionista y los del trabajador, en cuanto a la libertad de expresión en la empresa, siendo suficiente convenir que el accionista como propietario está menos limitado que el trabajador como subordinado.

En definitiva, si en el caso que ocupa la STC 20/2002, los hechos que propiciaron el despido originario se hubieran encontrado entre el umbral permitido a los trabajadores y el umbral permitido a los accionistas, éste trabajador-accionista hubiese sido despedido aunque hubiera seguido siendo accionista. No cabe, a mi entender, realizar una separación artificial tal que sugiera que esta posibilidad sea perfectamente aceptable basándose en que la sanción sea laboral y no mercantil, y que al permanecer intacto el derecho sobre las acciones del actor no se estuvieran vulnerando sus derechos, ya que esta separación obvia el hecho de que se trata de una sola persona aunque ésta ostente dos cualidades. La conclusión a la que puedo llegar tras todo este análisis se resume en que, según el criterio del TC, un trabajador, por el hecho de serlo, al adquirir acciones de la empresa en la que presta sus servicios, no podrá equipararse en derechos con los demás accionistas ya que existe sobre él la amenaza de verse

sometido al derecho laboral –de naturaleza vertical-, pese a que formalmente actúe según el derecho mercantil –de naturaleza horizontal-. Así, el TC ha creado un criterio que limita en exceso cualquier atisbo de participación efectiva por medio de la figura del accionariado obrero, pero que, además se entromete en el derecho mercantil modificando a la baja la naturaleza jurídica de la institución del accionariado cuando ésta es ejercida por los trabajadores.

¿Qué ocurriría si los que tienen voz en la Junta de Accionistas son los representantes de los trabajadores en virtud de un derecho colectivo –a diferencia de lo ocurrido en el caso enjuiciado- que los confiriera el derecho de defender los derechos del conjunto de los trabajadores? En este caso, sería mucho más fácil aceptar la libertad de expresión de los representantes en la Junta sin que por ello se vieran sancionados en su vertiente laboral en la medida en que, como representantes, gozarían de ciertas garantías que blindarían su posición. Además, la figura de representación colectiva permite defender los derechos de todos los trabajadores y no solamente de un individuo. En conclusión, mediante esta figura los derechos participativos serían mucho más efectivos ya que permitirían una mayor libertad de expresión y de opinión de los trabajadores, y permitirían que todos ellos estuvieran representados.

4.4.4.2. Las opciones sobre acciones o “stock options”

Merecen una atención especial los supuestos de entrega de opciones sobre acciones a empleados. En estos supuestos la empresa concede a los trabajadores afectados un derecho de compra de acciones de la sociedad empleadora u otra compañía perteneciente al mismo grupo a un precio determinado durante un periodo concreto. Debido a la falta de legislación positiva sobre este supuesto resultan de especial importancia las resoluciones judiciales y las opiniones doctrinales al respecto.¹²⁷

127 La importante STS Sala de lo Social, de 24 de octubre de 2001; DESDENTADO BONETE, A. y LIMÓN LUQUE, M. A. *Las stock options como retribución laboral*. *Aranzadi Social*, n ° 5, 2002, Pág. 51 y ss.; BARROS GARCÍA, M. *Doctrina jurisprudencial sobre la entrega de opciones sobre acciones a empleados: estado de la cuestión*. *Relaciones Laborales* n ° 2, año 2007. Pág. 1347 a 1359; Jurisprudencia también completada por las STS, Sala de lo Social, de 4 de febrero de 2010 y 11 de abril y 1º de octubre de 2002, comentadas por Gutiérrez-Solar, B. *Las stock Options: naturaleza, estructura, y cómputo a efectos de la indemnización por despido*. *Relaciones Laborales*, n ° 3, año 2003, Pág. 35 y ss.

En un principio ciertos tribunales¹²⁸ consideraban que la entrega de sock options no era de naturaleza salarial ya que se consideraba que se trataba de un negocio jurídico de naturaleza mercantil que se dirige a fomentar la participación de los empleados en el capital social. Además, se argumentaba que al ser imposible el conocimiento a priori del importe exacto de la retribución y al existir condicionantes y limitaciones en su ejercicio, la naturaleza salarial no podía ser la que rigiera esta figura. Esta línea podría hacer entrar la entrega de opciones sobre acciones dentro de la categoría de la participación en propiedad de los trabajadores, no obstante, pronto iba a ser rebatida.

Así, ulteriores Sentencias como la STSJ Madrid, de 22 de febrero de 2001, y STS de 24 de octubre de 2001, STS de 4 de febrero, 10 y 11 de abril y 1 de octubre de 2002, y también STS de 26 de enero de 2006, todas de las salas de lo social, han declarado la naturaleza salarial de la entrega de stock options a los trabajadores. Existen distintos argumentos para ello, pero el más relevante es el basado en el artículo 26.3 ET que hace referencia a “complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o *a la situación y resultados de la empresa*, que se calcularán conforme a los criterios que se pacten”. No obstante, las ganancias que puede obtener el empleado como consecuencia de la venta de las acciones adquiridas al ejercitar la opción no se consideran retribución, sino que se trata de una plusvalía o incremento patrimonial que no trae causa en su relación laboral.

En lo que aquí respecta, cabe concluir que la entrega de opciones sobre acciones a empleados no supone en modo alguno una forma de participación de los trabajadores, sino un mero beneficio de naturaleza salarial. La participación en sí no existe, ni de modo activo ni en la modalidad de participación en la propiedad ya que la simple entrega de una opción sobre una acción no es suficiente para hacerla efectiva al estar condicionada a ciertas limitaciones y, por supuesto, a la voluntad de ejercer la opción por parte del propio trabajador. No obstante, al ser ejecutada la opción, y siendo el trabajador también propietario, la naturaleza salarial de la opción desaparecería para dar paso a un derecho participativo accionarial en los términos antes estudiados.

128 STSJ Madrid, de 10 de abril de 1992 (Rec. n.º 5028/1991). y, en cierta medida, STSJ Galicia de 24 de septiembre de 1999 (Rec. n.º 3312/1999).

4.4.5. La autogestión

Por último, la participación encuentra su punto más álgido en el concepto de la autogestión. Históricamente, el término “autogestión” fue introducido en Francia a finales de los años sesenta para designar la experiencia yugoslava intentada a partir de 1950 con vistas a instaurar un socialismo antiburocrático y descentralizado¹²⁹. Con todo, la autogestión abarca más experiencias que la yugoslava y se ha teorizado sobre ella y se ha intentado poner en marcha más allá de aquel fenómeno concreto¹³⁰. El término ha sido definido como la toma en sus manos, sin intermediarios y a todos los niveles, de todos sus asuntos por todos los hombres.¹³¹ La autogestión es en principio la gestión por parte de las comunidades de base –municipalidades y empresas, luego regiones, de las tareas de naturaleza estatal que a su nivel les son propias. Pero es también el ejercicio permanente de los poderes de decisión política y de control de aquellos que los ejecutan.¹³²

En definitiva, la autogestión supone la participación total de los trabajadores en los asuntos empresariales en la medida en que no existen empresarios. Como he advertido anteriormente, la autogestión en un modelo anarquista cumpliría esta premisa sin filtros, mientras que en un modelo marxista-leninista, ésta debería ceder parte del poder decisorio empresarial para amoldarse a la economía planificada derivada del poder obrero a un nivel más alto que el de la empresa, normalmente el estatal.

De este modo, la autogestión supone la participación de los trabajadores normalmente de forma directa, aunque también pudiera ser mediante representantes. Los empresarios ya no serían tales sino simple gestores-trabajadores cuyo mandato sería en todo caso revocable. Asimismo, todos los tipos de participación anteriormente expuestos podrían caber dentro de la definición de autogestión, aunque no lo harían forzosamente en el caso de existencia de una economía planificada como en el caso yugoslavo donde, entre otras cosas, no existían acciones que los trabajadores pudieran

129 AVRON, H. *La autogestión...op. cit.* Pág.7.

130 Así, resultan de interés las experiencias Argelinas de los años 60, las ideas del socialismo africano de los años 70, o los kibutz israelíes, entre otros. Un estudio sobre todos estos fenómenos se encuentra en AVRON, H. *La autogestión...op. cit.* 1982.

131 BOURDET, Y. y GUILLEM, A. *L'autogestion.* Seghers, 1975. Pág.3

132 ROUGEMONT, D. *L'avenir est notre affaire*, Stock, 1977.

detentar ya que la propiedad de los medios de producción era pública y por lo tanto de todos los ciudadanos.

Pero también es posible enmarcar ciertos fenómenos bajo la rúbrica de la autogestión dentro del sistema actual de economía de mercado. Las empresas cooperativas son la consecuencia de la adaptación de este modelo dentro del sistema capitalista. La autoemancipación, es decir, la emancipación de los trabajadores por sus propios esfuerzos, (...) inspira las tentativas (...) de crear en el seno mismo de la sociedad capitalista empresas de las que los trabajadores sean sus propios amos y trabajen bajo las órdenes de un director elegido por ellos.¹³³

La participación obrera en la gestión, el interés colectivo en la productividad, la elección directa de los órganos de gestión sobre la base cooperacional, la perfecta igualdad entre todos los votantes en virtud del principio según el cual “un hombre, un voto”, la definición de objetivos colectivos para el conjunto de la empresa común, la rotación de las responsabilidades, son algunos instrumentos inventados por la cooperación y continuados por los autogestionarios de nuestro tiempo.¹³⁴

VALDÉS DAL-RÉ¹³⁵ ha definido las cooperativas de trabajo asociado como la asociación de sujetos que asumen el compromiso de prestar trabajo de forma personal y directa con vistas al ejercicio de empresa. Según el profesor, de un lado, las CTA persiguen, al menos tendencialmente, abolir ciertas leyes no escritas del capitalismo, señaladamente la que confiere al propietario del capital invertido el derecho a extraer de la fuerza de trabajo empleada una utilidad superior a la de su coste; (...) es un instrumento de “emancipación” de los socios trabajadores. De otro lado, la CTA se afirma como una fórmula de autogestión en el ámbito de la democracia industrial, una forma de participación de los socios-trabajadores en el gobierno de la empresa. Es en esta concepción pura del cooperativismo en la que cabe utilizar el término autogestión, no así en otros supuestos prácticos que entran hoy en día dentro de la nomenclatura “cooperativa”. Y ni siquiera la CTA se adapta a estas características genéricas que se le

133 AVRON, H. *La autogestión...op. cit.* Pág. 114.

134 AVRON, H. *La autogestión...op. cit.* Pág. 115.

135 VALDÉS DAL-RÉ, F. *La cooperativa de trabajo asociado: una mirada desde las legislaciones estatal y autonómica.* Relaciones Laborales, n ° 19, quincena del 8 al 23 de octubre de 2010, Tomo 2. Editorial La Ley. Pág. 1.

atribuyen ya que la legislación vigente, tanto estatal como autonómica, permite por un lado la entrada de socios colaboradores que pueden ser incluso personas jurídicas y que contribuyen con aportaciones sociales, y por otro lado la entrada de trabajadores que no ostentan la condición de socios, quebrando así los principios más elementales de la autogestión. VLADÉS DAL-RÉ llega a afirmar en este sentido que el socio colaborador es, en la CTA, una “vergonzante” versión de la figura del socio capitalista en la sociedad cooperativa. Es un verdadero troyano que, allí donde existe, desactiva la concepción y la concreción de la cooperativa de trabajo asociado –y del propio sistema cooperativo– como la fórmula de ejercicio de actividad empresarial alternativa a la empresa capitalista.

5. Los derechos participativos: ¿Instrumentos al servicio de la representación o derechos autónomos?

5.1. El entendimiento como derechos instrumentales

Una posible interpretación acerca de la naturaleza de los derechos de información, consulta y participación es la de considerarlos como derechos instrumentales al servicio de la función representativa. Se pretendería pues, defender una tesis según la cual, sin representación de los trabajadores institucionalizada o legalizada, estos derechos no tendrían razón de ser. CASAS ha afirmado que los derechos de información vienen contemplados en el ET como situación jurídica instrumental, medial o preparatoria al ejercicio de la acción representativa del Comité de Empresa y de los Delegados de Personal, medios que le permiten desarrollar efectivamente sus funciones en los lugares de trabajo y cumplir con su cometido institucional. La lectura del precepto permite, pues, llegar a la conclusión de que la titularidad de esos derechos se reserva por ley sólo a esos Delegados de Personal y Comités de Empresa.¹³⁶

La función de los representantes de los trabajadores vendría a marcar el alcance y límites de estos derechos sin que cupiera una normativa que se desmarcara de ésta. Como he indicado, el movimiento obrero, desarrolló dos vertientes reivindicativas que

136 Cita encontrada en: RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. *Derechos de información... op. Cit.* Pág. 57.

he venido definiendo como la de lo urgente y la de lo importante –lo cual no significa que lo urgente carezca de importancia, sino más bien que se limita al corto plazo, al día a día, sin entrar a trastocar la estructura sobre la que descansa el modo de producción y reparto de la propiedad y beneficios empresariales-. Pues bien, los sindicatos que ostentan la representación de los trabajadores se decantaron, -al menos mayormente- con el tiempo, hacia la reivindicación de lo urgente. Esto ha sido definido como la lucha económica, en contraposición a la lucha política, desarrollada más bien por los partidos políticos obreros.¹³⁷

La consideración de los derechos de información, consulta y participación como derechos instrumentales de la función representativa recoge esta evolución histórica, esta voluntad de centrarse en las reivindicaciones que atañen al día a día del trabajador en la empresa y consecuentemente ven su ámbito de aplicación limitado a aquellos asuntos que afecten a cuestiones directamente relacionadas con el empleo tales como: cuantía salarial, tipos y modalidades de contratos de trabajo utilizados en la empresa, accidentes laborales, enfermedades profesionales o sanciones a los trabajadores, entre otros. También se reconocen hoy en día derechos de este tipo en cuanto a cuestiones no directamente relacionadas con el empleo, como el conocimiento de documentos contables tales como el balance o la cuenta de resultados de la empresa, pero que en última instancia responden a la necesidad de los representantes de conocer ciertos datos de carácter económico con el fin de poder negociar o ser consultados con cierto criterio acerca de las condiciones de trabajo anteriormente expuestas. En definitiva, la información que se proporciona en estos casos está indirectamente relacionada con el empleo ya que es utilizada como medio con el fin de desarrollar la labor representativa para la defensa de “lo urgente”.

En este sentido, de la misma forma que el contenido de estos derechos no podría ir más allá de lo necesario para ejercer la función representativa, tampoco podrían estos derechos encontrar límites que no permitieran a los representantes desarrollar su labor

137 En este sentido HARNECKER, M. ha desarrollado estos conceptos propios de LENIN, V.I. (*¿Qué hacer?*, 1902, en *Obras escogidas*, t. I, Pág. 168. Ediciones Progreso, Moscú.) en *Clases Sociales y Lucha de Clases*, editorial Akal, 1979, pág. 23 y 24, edición revisada de *Lucha de clases (I y II) Cuadernos N° 4* de la serie: *Cuadernos de Educación Popular: ¿Qué es el socialismo?* 1972.

en condiciones de normalidad. Esta labor, todo sea dicho, no es otra que la de proteger y hacer valer los intereses de los trabajadores mediante los instrumentos legalmente establecidos para ello. A su vez, los derechos de información, consulta y participación serían medios para poder llevar a cabo la labor representativa, como por ejemplo una negociación de un convenio colectivo que defina ciertos aspectos laborales en una empresa.

Según esta tesis son los representantes los titulares de estos derechos, no teniendo sentido otorgar capacidad informativa, ni mucho menos consultiva o participativa a los trabajadores que carecen de representantes en las empresas donde prestan sus servicios, creando así una desigualdad notoria entre unos trabajadores y otros. También supondría la incapacidad de los trabajadores de exigir a sus representantes el buen ejercicio de tales derechos ya que los trabajadores no serían titulares de estos, siendo la única forma de contestación a una mala gestión el castigo electoral en las elecciones a representantes de los trabajadores en las empresas o incluso la no sindicación en uno u otro sindicato. Nos situamos de esta forma en el plano de un mandato de carácter representativo.

En esta línea la naturaleza jurídica de estos derechos de información, consulta y participación, habría de ser la de potestad jurídica, ya que la titularidad del derecho es otorgada a los representantes pero para la defensa de un interés ajeno –el de los trabajadores–, lo cual imposibilitaría definirlos como derechos subjetivos ya que estos se caracterizan por ser poderes de actuación para la satisfacción de unos intereses propios. El ejercicio de estas potestades se traduce en situaciones de derecho-deber en las cuales el titular ha de actuar cuando sea legal o convencionalmente establecido, no estando simplemente determinado por la voluntad de este.¹³⁸

Por otro lado, otorgar la titularidad de estos derechos a los representantes posibilitaría su integración como parte de la libertad sindical, con su consiguiente protección constitucional –al menos en el ordenamiento español– del artículo 28.1 CE o incluso del artículo 37 CE en tanto que para poder llevar a cabo una negociación colectiva en condiciones de igualdad la parte sindical ha de estar bien informada sobre ciertas cuestiones. Es decir, que los derechos de información, consulta y participación

138 En este sentido: 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 (CES) Madrid. 1995. Pág. 71 y siguientes.

podrían formar parte del derecho a la libertad sindical en su vertiente colectiva, esto es, referida al conjunto de derechos y facultades que corresponden al sindicato como sujeto colectivo. Una faceta de esta libertad sindical colectiva es el libre ejercicio de la actividad sindical, en la empresa o fuera de ella, y que se resuelve en una serie de medios de acción, muchos de ellos regulados como derechos de manera separada a la libertad sindical.¹³⁹ Sin embargo, y como será ampliado en el tercer capítulo de este trabajo, el TC ha venido a construir una teoría restrictiva según la cual la libertad es otorgada tan sólo a los sindicatos como tales pero no a las instancias de representación unitaria de los trabajadores que de hecho ejercer labores de naturaleza sindical.

Otro problema que surge con la calificación jurídica de estos derechos no es otro que el de la transmisión de la información recibida por los representantes a los trabajadores representados. Tampoco encuentra razón de ser esta transmisión desde el momento en que los representantes, al haber tenido acceso a esta información, pueden desarrollar su labor sin necesidad de transmitirla a los trabajadores. A través de la función mediadora participativa se canaliza hacia los trabajadores tan sólo una parte de la información que el órgano puede recibir, siendo por lo demás su determinación cualitativa y cuantitativa ajena a los trabajadores.¹⁴⁰ De la misma forma, tampoco sería necesario que los representantes consultasen con sus representados antes de ser ellos mismos consultados mediante un informe o en un periodo de consultas; y por último lo mismo ocurriría en el caso de que existieran mecanismos de participación en la empresa.

Como se verá más adelante, los distintos ordenamientos jurídicos incluyen la necesidad de que la información recibida por parte de los representantes sea transmitida a los trabajadores, pero también existe en todos los casos una figura que niega o al menos limita la anterior, como puede ser un deber de sigilo que, obviamente, limita esta misma transmisión de la información. En este momento no es preciso entrar en detalles acerca de estas distintas figuras ni acerca de su alcance y límites, sin embargo sí es necesario denotar que esta contradicción existe y que, según la tesis que se viene exponiendo, sería el sigilo quien determinase hasta qué punto la información puede o

139 BAYLOS GRAU, A. *Sindicalismo y Derecho Sindical*. Editorial Bomarzo, 4º edición. Albacete, 2009. Pág. 22 y 23

140 GARRIDO PÉREZ, E. *La información en la empresa.. Op. cit.* Pág. 75.

debe ser transmitida y no viceversa. Se trata de una visión limitadora de los derechos de información, consulta y participación que exigiría cada vez la prueba de que es necesario informar, consultar o participar para que la labor representativa pudiera llevarse a cabo.

Estas consideraciones llevan directamente a plantearse cuál es la naturaleza de la representación de los trabajadores y si una vez elegidos como tales, los representantes son libres de actuar como crean conveniente –siempre dentro del respeto a la buena fe y a los fines de la propia representación-, o si, por el contrario, se trata de una representación cuya mera razón de ser es la de facilitar el diálogo y el contacto entre trabajadores y empresario, es decir, un mero interlocutor sumiso a los dictados de sus representados.

En definitiva, definir la representación de los trabajadores como un mandato representativo, esto es, otorgando libertad de actuación a los representantes una vez estos han sido elegidos, podría desembocar en que los derechos de información, consulta y participación fueran considerados instrumentos de dicha representación y ostendados, por consiguiente, por dichos representantes. Ámbito material limitado a temática de empleo, deber de sigilo con mayor cobertura legal y negación de estos derechos a los trabajadores que no cuentan con representación en sus centros de trabajo son algunas de las consecuencias de esta consideración.

Sin embargo, cabe la posibilidad de optar por la opción de que la representación de los trabajadores se configure como un mandato imperativo, esto es, que exija que el representante actúe como mera correa de transmisión necesitando por tanto estar en mayor contacto con sus representados. Se apoyaría de esta forma la tesis según la cual estos derechos son autónomos de la función representativa y que, consecuentemente, los sujetos titulares de los mismos sean los propios trabajadores, como veremos a continuación.

5.2. El carácter de derechos autónomos

Considerar a los representantes de los trabajadores como meros interlocutores entre las partes implicadas –trabajadores y empresario- simplemente trasladando la opinión y defendiendo los intereses de los primeros, llevaría directamente a considerar

los derechos de información, consulta y participación, como derechos autónomos, propios de los trabajadores, y distintos de la mera labor representativa, pasando a ser ella misma instrumento para el ejercicio de los derechos de información, consulta y participación y no viceversa. El carácter eminentemente interno de una información circunscrita al funcionamiento y desarrollo de una concreta empresa como actividad económica y organizativa, es la que inicialmente daría origen a la constatación de un interés privado, el que poseen los elementos personales de dicha actividad a tener conocimiento de determinados datos sobre la misma.¹⁴¹ Esta posibilidad vendría dada según un análisis literal del artículo 4 g) ET al disponer éste que los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de: Información, consulta y participación en la empresa. En consecuencia, aunque el contenido y el alcance pueda ser delimitado o limitado por una específica normativa, los sujetos de derechos son los trabajadores. Delimitar el alcance y contenido de un derecho no puede suponer una modificación de su naturaleza ni del sujeto de derecho, así, y siempre según la literalidad del artículo 4 g) ET, los derechos de información, consulta y participación en la empresa serían derechos autónomos de los trabajadores, y la función de los representantes no sería más que la de hacerlos valer y ejecutarlos.

Esta tesis encuentra su fundamento en la consideración de los trabajadores como parte integrante de la empresa, a la postre como personas de la propia empresa y no como meras partes materiales con un coste económico para ésta. Se trata de otorgarles unos derechos a ellos mismos por el “mero” hecho de ser quienes con su trabajo dan vida a la propia actividad empresarial. Estos derechos irían más allá de la entrega de un salario como contraprestación y de la existencia de unos límites de explotación encaminados a aliviar o limitar ciertas condiciones penosas o peligrosas en el desarrollo de la prestación laboral.

Se trataría pues de derechos anteriores a la existencia de la propia representación de los trabajadores, derechos propios de estos trabajadores para los cuales en ocasiones es necesario o simplemente proporciona una mayor funcionalidad la existencia de representantes de los trabajadores en la empresa. Toda vez que, si no existiera tal figura –la del representante- no dejaría de existir un deber legal del empresario de

141 *Ibidem*. Pág. 67.

proporcionar cierta información o de consultar a los propios trabajadores e incluso de hacerlos participar mediante algún mecanismo en los asuntos empresariales que correspondiera.

Sería también conveniente un reconocimiento, no solamente legal de esta titularidad de los derechos por parte de los trabajadores y de sus consecuencias aplicativas, sino también un reconocimiento de carácter constitucional. Una cobertura que reconociera la existencia de estos derechos explícitamente, o como poco a consecuencia de la elevación de la condición del *trabajador*. Una definición del trabajo que implicara que quien lo desempeña es algo más que un elemento del engranaje empresarial. Ejemplo de ello es el artículo 1 de la Constitución de la II República española de 1931, según el cual “España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia”. Una definición de estas características es muy recomendable sin duda, sin embargo y como vengo diciendo, el reconocimiento constitucional de estos derechos debería ser explícito evitando la posibilidad de que se recurriera a interpretaciones posteriores de un precepto genérico como el artículo 1 de la Constitución republicana, que pudieran llevar a la conclusión de que no basta tal definición para concluir que los trabajadores han sido en lo concreto provistos de unos derechos tales como los de información, consulta o participación en el seno de sus empresas.

En mi opinión, si bien una definición de este tipo no explicita la existencia de estos derechos, sí en cambio, sería premisa suficiente para desarrollar un sistema de relaciones laborales que elevara al trabajador a un nivel superior con capacidad participativa en el seno de las empresas. Sistema que debería sin lugar a dudas recoger la existencia de derechos de información, consulta y participación cuyos titulares serían los trabajadores. De esta forma, el artículo 46 de la Constitución de 1931 configura el trabajo como “obligación social” y estipula que la legislación social de la República regulará, entre otras cosas, “la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores”. Encontramos una posible referencia de esta naturaleza en el artículo 129.2 de la Constitución Española de 1978, al disponer este artículo que “los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa...”. Sin embargo, ni se trata de un derecho –ni mucho menos de un derecho

fundamental-, sino más bien de un mandato a los poderes públicos; ni se refiere a los trabajadores como posibles titulares de un ulterior derecho en el caso de que los poderes públicos desarrollaran este precepto, cosa que si hizo la Constitución republicana. En definitiva, en modo alguno la Constitución Española pone al trabajador en el plano que viene definiéndose.

Se estaría reconociendo a los trabajadores como titulares de estos derechos, no simplemente por razones de conservación o mejora de condiciones laborales, sino con un fundamento teleológico encaminado a elevar al trabajador a una posición activa en la empresa, a una posición que, pese a no entrar en el terreno de la propiedad, se acercaría al menos a unas potestades de gestión mucho más importantes que de las que gozan hoy en día.

Si esta tesis es aceptada, el contenido de los derechos de información, los temas y situaciones sobre las cuales los trabajadores –o sus representantes- habrían de ser consultados y sobre los mecanismos de participación habrían de ver su contenido material ampliado. Y esto es así ya que no se trata de dar información o consultar acerca solamente de cuestiones de empleo sino que como *parte de la empresa* los trabajadores podrían exigir, o el legislador debería concederles, derechos de información sobre otros temas como por ejemplo aquellos relativos a la contaminación que produce la empresa, los clientes con la que ésta trata y el respeto de estos por las normas internacionales, o incluso crear mecanismos de participación, ya no sólo en la gestión, sino también mediante el reparto de beneficios entre los propios trabajadores.

Las consecuencias se revierten en todos los aspectos que han sido analizados con anterioridad en cuanto al carácter instrumental de estos derechos. No está de más recalcar que en ningún momento se está negando la existencia o la idoneidad de una representación de los trabajadores en la empresa. Ésta es muchas veces necesaria incluso en más casos de los que hoy en día son reconocidos. Simplemente, la función representativa es un instrumento para que los propios trabajadores vean ejercido su derecho por sus representantes. Pero estos derechos no se detendrían en el punto de los derechos reconocidos a los representantes, al ser autónomos y previos a la propia representación, sino que podrían ir más allá. Esto quedaría patente tanto en los casos en que, pese a existir representación, los derechos expresamente otorgados a los representantes no abarcasen todo el contenido de los derechos de información, consulta

y participación, y también, por supuesto, en los casos en los que directamente los trabajadores de un centro o empresa carecieran de toda figura representativa de sus intereses y tuvieran que ser ellos mismos quienes de primera mano ejercieran sus derechos.

Los representantes de los trabajadores, en el caso de que los hubiera, llevarían a cabo un mandato imperativo, ligados a los dictados de sus representados y obligados a rendir cuentas a estos. En la práctica esto implicaría ya no sólo el derecho de los representantes a informar a sus representados acerca de aquello sobre lo que han sido informados o consultados, sino el deber de estos de informar a los trabajadores e incluso a consultar con ellos antes incluso de llevar a cabo su labor. Lo que podría suponer un problema de aplicabilidad de los derechos y de ralentización de la vida empresarial con lo cual no podría tampoco llevarse al límite esta apreciación, manteniendo unos límites de independencia de actuación de los representantes que no impidieran que estos ejercieran su función encaminada a defender los intereses de los trabajadores en el seno de las empresas o centros de trabajo. Por otra parte, el intento de aplicación de mecanismos participativos de estas características ha encontrado en los mismos sindicatos un opositor, ya que debido al celo por mantener su posición dentro del sistema industrial, los dirigentes sindicales a menudo acogieron con recelo muchas de las ideas más ambiciosas de control total por parte de los trabajadores. Así pues, los dirigentes de las organizaciones de trabajadores consolidadas están interesados en asegurar que la participación de los trabajadores esté claramente integrada en la estructura sindical establecida.¹⁴²

En mi opinión se trata de un error confrontar esta tesis con la importancia del fenómeno sindical y de la representación de los trabajadores. No hay que olvidar la función histórica del asociacionismo obrero, ésta es una mejor instrumentalización y canalización de los intereses de clase. Es decir, si los derechos de información, consulta y participación son titularidad de los trabajadores y, consecuentemente, pueden hacerlos valer en todo caso, se estaría fomentando la creación de sindicatos allá donde ahora no los hay precisamente para una mejor instrumentalización de estos nuevos derechos. Existiría, pues, una demanda social en pro de crear estructuras representativas en las numerosísimas empresas y centros carentes de ellas.

142 POOLE, M, *Hacia una nueva democracia... op. cit.* Pág. 159.

En cuanto al deber de sigilo o figuras similares que se vienen imponiendo a los representantes de los trabajadores, cabría concluir que éstas no tendrían sentido entre los representantes y sus representados por todo lo que se viene explicando. Consecuentemente, se habría de llegar también a la conclusión de que es necesaria una especie de “inversión de la carga de la prueba” en cuanto a la transmisión de información entre representantes y representados, debiéndose probar por parte del empresario, en este caso, el perjuicio que para la empresa supondría llevar a cabo tal transmisión de información, o tal consulta o participación, existiendo en cambio, una presunción *iuris tantum* acerca de la idoneidad de estos derechos cuyos titulares son el conjunto de los trabajadores.

En cambio, sí deberían seguir existiendo estos límites a la transmisión de la información entre los representantes y terceras personas y por supuesto deberían también existir entre los propios trabajadores -que recibieran ciertas informaciones de primera mano o mediante sus representantes- y terceras personas ajenas a la empresa ya que éstas no forman parte de la vida empresarial y son por lo tanto ajenas a dichas informaciones.

La información, consulta y participación se configuran pues, no solamente como derechos subjetivos de los trabajadores, sino también como deberes. Deberes de los representantes de los trabajadores consistentes en ejercer su labor con diligencia ya que están ejercitando un derecho que no les pertenece de primera mano; pero también deberes de los propios trabajadores a los cuales se les han otorgado unos derechos que los ubican en un estadio más alto dentro de las estructuras empresariales y que, han de ir aparejados a una mayor responsabilidad, a unos deberes genéricos también de diligencia y buena fe en el trato y ejercicio de esta información, consulta o participación. Pero también se derivan de ello unos deberes concretos como el de sigilo, que si bien es una figura que se aplica a los representantes de los trabajadores, en este caso se aplicaría a los propios trabajadores como titulares de estos derechos. De esta forma, los trabajadores, como tales, deberían implicarse y conocer las informaciones a las que tienen acceso, igualmente deberían realizar los informes pertinentes, ya no porque tuvieran derecho a hacerlo, sino porque se trataría de su deber como parte activa en la empresa y en su funcionamiento. Podrían incluso entenderse estos derechos como un deber jurídico, concretamente como una carga, entendida esta como “un

comportamiento al cual el sujeto está constreñido para realizar un interés propio; es decir, una necesidad para realizar un derecho suyo.¹⁴³

Pero establecer estos deberes y este tipo de responsabilidades cuando la propiedad empresarial no les pertenece corre el riesgo de caer en concepciones corporativistas que falsean la real contradicción capital-trabajo imperante en el sistema capitalista. Los derechos participativos autónomos pueden entenderse, pues, en un contexto democrático en la empresa, es decir, cuando esta presenta el modo cooperativo real –sin figuras como la del socio capitalista- o cuando se trata de una empresa de titularidad pública.

Lo que no ocurre en ningún caso es que pueda llamarse democrático un modelo en el cual empresa sea sinónimo de capital repartido en acciones, participaciones, etc. cuya propiedad se adquiera por diversos medios ajenos al trabajo (desembolso de capital, herencia, etc.), y los trabajadores sean “sujetos” ajenos a todo ello desempeñando un rol meramente productivo. De hecho, se ha descrito el objeto del consenso político y jurídico del constitucionalismo de posguerra como un intercambio entre seguridad material de las clases trabajadoras y renuncia a la democratización radical de la vida política y económica¹⁴⁴.

Estas consideraciones llevan directamente a plantearse las consecuencias que acarrearía en el conjunto de la legislación laboral una real implantación de los derechos participativos. O más bien habría que plantearse la puesta en marcha de distintas condiciones previas esenciales para que esta implantación fuera real y adecuada. Al estar trastocando de raíz la figura del trabajador como tal, dicha legislación debería amoldarse a esta figura. El ordenamiento jurídico –laboral en este caso- ha de ser coherente en su conjunto, evitando contradicciones conceptuales y aplicativas. De esta forma, si se pasa a considerar al trabajador como algo más que un simple elemento cuasi-deshumanizado que presta un servicio dentro de unos límites legales de salario, higiene, seguridad, etc., para considerarlo parte activa en la empresa como una especie de “ciudadano” dentro de la misma, el régimen de contratación y despido debería verse consecuentemente afectado. No son aceptables dentro de este esquema figuras como,

143 BLASCO GASCÓ, F. en AAVV: *Derecho Civil. Parte general Derecho de la Persona*. Tirant lo Blanch, 4ª edición. Valencia 2003. Pág.295.

144 BAYLOS GRAU, A. (coord.) en AAVV *Modelos de derecho del trabajo y cultura de los juristas*. BOMARZO. Albacete, 2013. Pág. 25.

por ejemplo, el despido improcedente o los abusos –legislativos y aplicativos- en la contratación temporal que en definitiva desvinculan al trabajador de la empresa, que es vista por éste como un lugar de paso y no de desarrollo de su capacidad productiva a largo plazo, elemento que en definitiva es el que otorga al trabajador el estatus al que vengo refiriéndome.

Por supuesto, la aplicación de esta tesis pasa en última instancia por trastocar el esquema de propiedad de las empresas puesto que si tal derecho es detentado por persona distinta a los trabajadores/ciudadanos tan sólo puede aspirarse a sistemas de “participación” parcial y prácticamente caritativa y de supervivencia como los existentes en España o los países de su entorno. Y este cambio de sistema nunca vendrá determinado por el propio derecho, puesto que éste no es sino un elemento superestructural (según Marx) o estructural (según Harris), es decir que no marca las relaciones de producción sino que es reflejo de ellas, de modo que serán éstas y la correlación real de fuerzas en la contradicción capital/trabajo (estructura Marxiana o infraestructural Harrisiana) la que llevará a un cambio de facto que creará consecuentemente un derecho emancipador de clase. En este sentido y en palabras de ROMAGNOLI “El derecho del trabajo tiene derecho a hablar pero siempre que no alce demasiado la voz, sin que pueda presentarse como un mecanismo de emancipación”.

5.3. La instrumentalidad interna de los derechos participativos

Cuestión distinta es la de advertir que los derechos participativos son, en múltiples ocasiones, instrumentales entre sí. Así, desde el punto de vista funcional, se puede hablar propiamente de una información que “acompaña” a las facultades de control y vigilancia, al procedimiento de consulta y, en fin, al procedimiento de negociación colectiva.¹⁴⁵

De esta forma, la información que se había definido como pasiva puede devenir activa en la medida en que va encaminada a verificar externamente el sentido de la decisión empresarial. En esta línea, puede afirmarse también que los representantes de los trabajadores en el marco de la negociación colectiva no tienen un derecho de

145 MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de... op. cit* Pág. 114.

información completamente pasivo, sino que disponen de una verdadera facultad de solicitar información –o derecho a solicitarla- sobre aquellos datos o asuntos que sean objetivamente, y de modo razonable, necesarios para negociar a favor de los trabajadores representados en la negociación. Desde este último punto de vista, como expresión típica de la obligación de negociar de buena fe, la dirección empresarial tiene el deber de presentar informaciones con motivo de la preparación técnica de las negociaciones colectivas y durante el transcurso de éstas. En este contexto negocial y prenegocial –en vista de la negociación-, el empresario tiene el deber de facilitar a los interlocutores colectivos de los trabajadores las informaciones que necesitan sobre los temas reconocidos como objeto de negociación. (...) A su vez, la consulta adquiere con frecuencia un papel instrumental respecto a la negociación colectiva, constituyéndose en la antesala que abre el procedimiento negocial propiamente dicho.¹⁴⁶

Conviene aclarar que este tipo de instrumentalidad interna entre diversas formas de participación en los casos concretos en los que existen consultas o negociaciones colectivas resulta obvia por la naturaleza de estos mecanismos y no admite negación alguna. Lo mismo ocurre en cuanto al control y vigilancia de la actividad empresarial, en la medida en que la información referida a ésta siempre servirá como instrumento para ejercer dicho control, sea cual sea el esquema de titularidad del propio derecho a estar informado.

Nada tiene esto que ver con la instrumentalidad subjetiva tratada en los dos epígrafes anteriores, puesto que tanto si los derechos fueran otorgados a los trabajadores como si lo fueran a los representantes, tanto si los primeros actuaran de primera mano como si los derechos de estos fueran ejercidos por los representantes como mera correa de transmisión de los intereses obreros, la instrumentalidad interna existente entre las diferentes figuras mencionadas se mantendría inalterada. Así, lo que se ha tratado anteriormente es el régimen jurídico de un derecho informativo, consultivo o participativo jurídicamente protegido en cuanto facultad-interés de los representantes -o de los propios trabajadores- a ser informados por su empresario sobre la marcha empresarial, a ser consultados o a participar de primera mano¹⁴⁷; mientras

146 MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de... op. Cit.* Pág. 118 a 120.

147 Con base en la apreciación de FERNÁNDEZ DOCAMPO, B. *Los derechos de información de los representantes legales de los trabajadores: carácter instrumental y contenido insuficiente.* Aranzadi Social, n° 1, 2006. Pág. 3215.

que en este epígrafe la instrumentalidad viene referida a ciertos momentos en los que un derecho de información o consulta es ejercido con un fin concreto de control, vigilancia, negociación, consulta, etc. Con todo, es obvia la interrelación entre las dos vertientes de instrumentalidad interna –entre los propios mecanismos de participación, y externa –entre la finalidad del derecho concreto y su titular-.

CAPÍTULO II: LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS DE LOS TRABAJADORES EN EL PLANO INTERNACIONAL

*¡Proletarios de todos los países, uníos!*¹⁴⁸

1. Las normas de la O.I.T en materia de información, consulta y participación de los trabajadores

A nivel internacional, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha desarrollado ciertas normas relacionadas con los derechos de información, consulta y participación. Desde los años 60, tanto Convenios como Recomendaciones de esta organización han ido perfilando diferentes aspectos de estos derechos.

Las normas de la OIT – Convenios y Recomendaciones- tienen como destinatarios a un gran número de países donde se encuentran, no solamente aquellos más desarrollados, sino también países subdesarrollados o en vías de desarrollo donde la legislación laboral es mucho más deficiente y donde se contemplan menos derechos para los trabajadores tanto cuantitativa como cualitativamente, si los comparamos, por ejemplo, con países europeos. Esta circunstancia produce un efecto limitativo del alcance de las normas de la OIT que se configuran, por ende, como límites que intentan verse cumplidos en la totalidad de países que forman parte de esta organización. Se trata pues de una legislación de mínimos que se pretende universal. Como veremos, en España y en general en el conjunto de la Unión Europea, los derechos de los trabajadores, entre ellos los de información, consulta y participación, están en principio

148 MARX, K y ENGELS, F. *Manifiesto de Partido Comunista. 1848.*

por encima de estas normas internacionales cuyo alcance es limitado. Sin embargo, es recomendable y necesario realizar un somero análisis del estado de estos derechos en la legislación de la OIT para poder comprender el desarrollo de los mismos a nivel global, y también para constatar hasta qué punto la legislación europea se encuentra, o no, por delante de la legislación internacional en esta materia.

Otra limitación que encuentran las normas de la OIT es la eficacia de las mismas. Estas normas no son eficaces desde su publicación en la misma OIT, sino que tanto Convenios como Recomendaciones han de ser ratificados por los Estados miembros de la OIT. Además, las Recomendaciones no crean obligaciones internacionales sino que simplemente son directrices orientativas para los Gobiernos de los Estados que conforman de la OIT. Nos encontramos pues, ante una organización cuyas normas son limitadas en cuanto al contenido y limitadas también en cuanto a su posible aplicación práctica.

Como ocurre también con mucha frecuencia en las legislaciones nacionales, existe en la OIT una norma relativa a los derechos de participación –o de comunicaciones, como dice tal norma- por un lado, y por otro, una multitud de textos que, pese a referirse directamente a otros temas laborales y sindicales, tocan estos derechos participativos en cada uno de sus campos, algunas veces de forma directa y otras de forma indirecta.

Es necesario mencionar, al menos, las dos recomendaciones anteriores a la 129 que versaron también sobre el tema de este estudio. Por un lado la Recomendación 94 del año 1952, sobre la colaboración en el ámbito de la empresa, que se limita a declarar que se deberían tomar medidas apropiadas para promover la consulta y la colaboración entre los empleadores y los trabajadores en el ámbito de la empresa sobre las cuestiones de interés común que no estén comprendidas dentro del campo de actuación de los organismos de negociación colectiva o que normalmente no sean tratadas por otros organismos encargados de determinar las condiciones de empleo.

Por otro lado, la recomendación 113 del año 1960, sobre la consulta (ramas de actividad económica y ámbito nacional), referida al ámbito de las empresas públicas. Esta recomendación trata de promover de manera efectiva la consulta y la colaboración fomentando una comprensión mutua y las buenas relaciones entre las autoridades públicas y las organizaciones de empleadores y trabajadores.

Se trata pues, de dos recomendaciones tan escuetas como superficiales. Totalmente faltas de definiciones y de propuestas concretas, estas dos recomendaciones no pasan de ser una declaración de intenciones que requirió de un posterior desarrollo que tuvo lugar años y décadas más tarde.

1.1. La Recomendación 129 OIT, sobre las Comunicaciones dentro de la Empresa, de 1967

Los derechos participativos de los trabajadores encuentran en la *Recomendación 129 sobre las comunicaciones dentro de la empresa* de 1967, su regulación general. Esta norma se va a centrar en recomendar –como no podía ser de otra forma- la existencia de un clima de comprensión y confianza mutuas favorable tanto para la eficacia de la empresa como para aspiraciones de los trabajadores, tal y como se expresa en su artículo 2.1. Se niega pues, en el cuerpo de la norma, la existencia de intereses contrapuestos entre las partes, basándose en un pretendido ambiente colaborador.

De un simple análisis superficial de la norma se constata la utilización del condicional (deberían, podrían, etc.) como tiempo verbal utilizado por ésta a la hora de exponer los posibles mecanismos comunicativos entre empresa y trabajadores. Se trata de una característica propia de todas las recomendaciones de la OIT, pese a ello, siendo conscientes de que el Derecho del Trabajo es, de por sí, poco respetado en la práctica aun cuando toma forma imperativa, cabe preguntarse si las recomendaciones formuladas de esta manera surten algún efecto en la realidad laboral de los distintos países que conforman la propia OIT.

El contenido de la Recomendación 129 se refiere en primer lugar a la “difusión e intercambio rápidos de informaciones tan completas y objetivas como sea posible sobre los diferentes aspectos de la vida de la empresa y de las condiciones sociales de los trabajadores”.(artículo 1.2.) La información es en este caso recíproca, se trata de un intercambio, no de información transmitida por la empresa a los trabajadores, como suele ser habitual en las normas nacionales y europeas. Los temas sobre los que versan dichas informaciones son la vida de la empresa y las condiciones sociales de los trabajadores, expresiones que pese a ser muy poco concretas, recuerdan a las

informaciones económicas (de la empresa) y sociales (de los trabajadores) que se encuentran tanto en las legislaciones nacionales como en el ámbito comunitario.

Más adelante, en el artículo 15, se hace referencia a las informaciones suministradas por la dirección. Pese a que se utilizan expresiones diferentes a las del artículo antes citado, el contenido de dichas informaciones vuelve a coincidir con lo habitualmente legislado. Se trata de cuestiones de interés para los trabajadores que se refieran a la marcha y perspectivas futuras de la empresa y a la situación presente y futura de los trabajadores. Una vez más, la OIT evitó entrar en detalles tanto sobre lo que considera de interés para los trabajadores como sobre el contenido de las informaciones acerca de la marcha y perspectivas de la empresa o situación presente y futura de los trabajadores.

En segundo lugar, se hace también mención a las consultas como medio para lograr el clima de comprensión y confianza del que habla el artículo 1 de la norma. Según el artículo 2.3, para establecer en la empresa una política eficaz de comunicaciones con los trabajadores y sus representantes, la empresa tendrá que consultar previamente con estos. De la misma forma, el artículo 5 recomienda la utilización de las consultas como método medial entre organizaciones de empleadores y de trabajadores para fomentar la aceptación y la aplicación efectiva de una política de comunicaciones.

En ningún caso prevé la Recomendación la utilización de mecanismos consultivos una vez establecida una política de comunicaciones, sino que tal y como expresan los artículos 2 y 5 de la misma, éstas deberían ser utilizadas únicamente como método previo encaminado a encauzar tales comunicaciones. Se recomienda realizar consultas únicamente en aras de establecer unos mecanismos de comunicación de información bilaterales. De este modo la información es el único derecho de los tres tipos de derechos participativos existentes a grandes rasgos –información, consulta y participación- que se contempla realmente en esta Recomendación; no recibiendo siquiera la definición de derecho, sino una simple calificación objetiva como es la comunicación entre las partes.

El artículo 3 establece un nuevo límite tanto a la transmisión de información como a las hipotéticas consultas. Se trata de que estos mecanismos no causen perjuicio a ninguna de las partes. Siguiendo en la tónica de buscar un ámbito cordial en la

empresa, la Recomendación niega cualquier tipo de comunicación que pudiera resultar perjudicial o molesta a las partes. Teniendo en cuenta el espíritu de la norma, esto no podría ser de otra manera, ya que al no tratarse de un derecho, éste no puede ser oponible a una contraparte que pueda verse perjudicada por tal transmisión de información. Resulta evidente que a menudo, transmitir información sobre diferentes aspectos de la vida de la empresa o sobre las condiciones sociales de los trabajadores (artículo 2.2) resultará perjudicial para las partes, concretamente para la parte empresarial que es la que tiene en su poder la información económica –aunque también la social-. Esta información, podría causarle un perjuicio al empresario siendo ésta utilizada como “arma” o argumento en aras de demandas de índole laboral, al ser transmitida a los trabajadores o a sus representantes. La norma no prevé un deber de sigilo por parte de los trabajadores o sus representantes, lo cual puede utilizarse también por la parte empresarial para negar informaciones con el pretexto de que su difusión podría perjudicar sus intereses.

También existen sugerencias acerca de los posibles medios de comunicación que podrían ser utilizados en las empresas para transmitir las informaciones. El artículo 13 de la Recomendación menciona las reuniones, los boletines y manuales de política de personal, los medios de comunicación y de información de gran difusión, las circulares y folletos, los tableros, los informes, las cartas al personal, las exposiciones, las visitas a la fábrica, las películas, las diapositivas, la radio y televisión, y por último los medios destinados a permitir a los trabajadores que hagan sugerencias y expresen su opinión sobre cuestiones relativas al funcionamiento de la empresa. Esta última previsión es la única en la que se hace referencia en toda la Recomendación a las consultas como medio que podría utilizarse en las empresas.

Por último, el artículo 15.2 establece una lista cerrada de los temas sobre los cuales la dirección de la empresa debería informar a los representantes de los trabajadores. Se trata de asuntos de índole social y de interés para los trabajadores y sobre empleo; sobre seguridad e higiene; sobre seguridad social; y sobre la situación general de la empresa y perspectivas o planes de desarrollo futuro. Mientras que prácticamente todos los epígrafes del artículo tratan sobre temas sociales -11 de 12-, tan sólo este último, el j) se refiere a lo que podría denominarse asunto económico empresarial.

En resumen, pese a que en su mayoría, las normas de la OIT en las que aparecen los derechos participativos son Convenios, la norma general sobre estos derechos reviste forma de Recomendación, lo cual da una idea de la falta de intención de hacer de estos derechos algo consolidado, todavía más si se tiene en cuenta que dicha *Recomendación*, la 129 sobre las comunicaciones dentro de la empresa, data de 1967, es decir de hace casi 50 años. Resulta esclarecedora la fórmula empleada en el título de la norma, que evita hablar de derechos de los propios trabajadores, ni tan sólo de sus representantes, utilizando en cambio la fórmula “comunicaciones” en un claro intento de objetivizar lo que debería ser más bien un derecho subjetivo o al menos un derecho del colectivo de los trabajadores por cuenta ajena. Una total ausencia de derechos y deberes hace inocua una norma de estas características ya que, como es sabido, las partes de una relación laboral no se encuentran en igualdad de condiciones. El derecho del trabajo necesita de mecanismos tuitivos para con los trabajadores, necesita consecuentemente medios obligacionales que fuercen a la otra parte, la empresarial, a aceptar ciertos derechos de los trabajadores para que estos tengan una traducción real en la práctica. Quizá es ésta la razón de que la norma básica en razón de participación de los trabajadores en la empresa revista forma de Recomendación y no de Convenio y que ésta no haya sido revisada en casi medio siglo desde su publicación.

1.2. Normas de la O.I.T relativas a los derechos de información, consulta y participación

Existen Convenios y Recomendaciones posteriores donde los derechos de información, consulta y participación, pese a no ser el objeto principal, sí han sido objeto de consideraciones. Se trata de normas dedicadas a temas tales como los representantes de los trabajadores, la negociación colectiva, la seguridad y salud, o los despidos, entre otros. Es decir, temas a los que los derechos participativos van a ir ligados y junto a los cuales estos van a jugar un papel muchas veces instrumental para que puedan llevarse a cabo tales tareas de representación, negociación, etc.

1.2.1. El Convenio 135, relativo a la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la Empresa, de 1971

Cronológicamente, la primera norma de estas características es el *Convenio 135 relativo a la Protección y Facilidades que deben otorgarse a los Representantes de los Trabajadores en la Empresa*, del año 1971. La OIT, al igual que los diferentes países del entorno europeo y la propia Unión Europea, subordina los derechos de información, consulta y participación a la labor de los representantes de los trabajadores en la empresa. Estos derechos van a ser considerados como una de las facilidades apropiadas para permitir a los representantes de los trabajadores el desempeño rápido y eficaz de sus funciones, tal y como expresa el Convenio en su artículo 2.1.

De la misma forma que la Recomendación 129, el artículo 2.3 del Convenio 135, establece que dichas facilidades no deberán perjudicar el funcionamiento eficaz de la empresa interesada. Sin embargo, la diferencia con la mencionada Recomendación estriba en que, en este caso, la norma sí es imperativa, es decir, que han de existir dichas facilidades obligatoriamente (“Los representantes de los trabajadores deberán disponer de las facilidades”), aunque exista este límite sobre ellas.

De todas maneras, y aunque es aceptable que las facilidades otorgadas a los representantes hayan de tener límites en pro del funcionamiento de la empresa, discrepo en la forma de redactar tal limitación. En mi opinión, es inevitable que la representación de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones “perjudique” el funcionamiento de la empresa. Ésta es la razón por la que históricamente el movimiento obrero tuvo que luchar para ver sus derechos reconocidos. Si esto no fuera así, tanto derechos laborales como sindicatos se hubiesen visto legalizados sin problemas, e incluso los propios empresarios hubieran apoyado su creación. Pero la realidad es otra, las cuentas de las empresas se ven mermadas con la existencia de derechos para sus trabajadores y para los representantes de estos. Límites a las horas de trabajo, salarios mínimos, gastos en medidas de seguridad, horas sindicales para los representantes, etc. hacen disminuir la eficiencia y beneficios potenciales de una empresa. Se trata pues, de un tira y afloja entre ambas partes cuyos intereses divergen por naturaleza y desde el momento en que se crea un derecho del trabajo al tomar conciencia de que los trabajadores no son simples materiales o instrumentos para el logro de lucro

empresarial, ha de aceptarse el “perjuicio” de la empresa, empresario o capital, en pro de estos. Consecuentemente, la fórmula “no deberá perjudicar” tomada literalmente podría desembocar en una fortísima limitación de los derechos laborales y sindicales e incluso en su anulación. Más convenientes por realistas, serían otras fórmulas como “perjudicar en la menor medida posible” o “no deberán perjudicar más allá de lo necesario para el efectivo desarrollo de sus funciones”.

La norma dispone que serán las normas nacionales las que determinarán quienes han de tener la consideración de representantes de los trabajadores, ya se trate de representantes sindicales o representantes electos. El artículo 4 del Convenio detalla que podrán ser tanto la legislación nacional, como los convenios colectivos, laudos arbitrales o decisiones judiciales, las que determinen qué clase o clases de representantes de los trabajadores tendrán derecho a la protección y a las facilidades previstas en él.

El Convenio 135 tiene aparejada una Recomendación, la 143, sobre representantes de los trabajadores, que repite parte del contenido del Convenio y también lo desarrolla. Existen referencias a la transmisión de información por parte de la empresa a los representantes de los trabajadores en los artículos 13 y 16 de la misma. El artículo 13 dispone que los representantes de los trabajadores deberían tener la posibilidad de entrar en comunicación, sin dilación indebida, con la dirección de la empresa y con los representantes de ésta, autorizados para tomar decisiones, en la medida necesaria para el desempeño eficaz de sus funciones. Por su parte, en el artículo 16 de la Recomendación se contempla la posibilidad de que la empresa ponga a disposición de los representantes de los trabajadores, las facilidades materiales y la información que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones.

No es casualidad que al tratarse del desempeño eficaz de las funciones representativas se haya elegido la Recomendación como marco normativo mientras que, como ha quedado patente, se ha elegido, en cambio, el Convenio como marco a la hora de proteger el funcionamiento eficaz de la empresa interesada. La composición tripartita de la OIT, en la que participan empresarios y gobiernos junto a los representantes de los trabajadores, supone un constante freno al desarrollo de Convenios de contenido contundente y garantista de los derechos de los trabajadores. De esta forma, queda blindada la eficacia empresarial mientras que los derechos de los

trabajadores siguen en un segundo plano, relegados a verse desarrollados en unas normas internacionales de dudosa aplicabilidad, como son las Recomendaciones de la OIT.

1.2.2. El Convenio 148, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos profesionales debidos a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones en el lugar de trabajo, de 1977

En la misma línea que venía manteniendo la OIT, este convenio comienza disponiendo en su artículo 5.3, que deberá establecerse la colaboración más estrecha posible a todos los niveles entre empleadores y trabajadores en la aplicación de las medidas prescritas en virtud del mismo.

Sin embargo, la norma establece un claro derecho a favor de los trabajadores o sus representantes. El artículo 7.2 prevé un derecho de estos a presentar propuestas, a recibir informaciones y formación, y a recurrir ante instancias apropiadas, a fin de asegurar la protección contra los riesgos profesionales debidos a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones en el lugar de trabajo. En este caso existe un claro derecho, no tan sólo a recibir información, sino que también están previstas las consultas o propuestas por parte de los trabajadores o sus representantes. No se detalla en qué casos han de llevarse a cabo, ni si éstas han de ser vinculantes; pese a ello, esta redacción supone un avance considerable en comparación con las anteriores regulaciones de este tipo en el seno de la OIT.

Finalmente, el Convenio refiriéndose a todas las personas interesadas, dispone que éstas deberán ser apropiadas y suficientemente informadas acerca de los riesgos profesionales que pueden originarse en el lugar de trabajo debido a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones (artículo 13). Derecho de información cuyos destinatarios no tienen por qué ser los trabajadores o sus representantes, pero que, en todo caso, blinda el derecho de los primeros a ser informados aunque se haya limitado el derecho reconocido en el artículo 7.2 únicamente a los representantes, ya que es incuestionable que los trabajadores son personas interesadas.

Se trata pues, de un Convenio que se limita a tratar los derechos de información y consulta en tres de sus artículos, y cuyo ámbito de aplicación se encuentra limitado a la

protección contra unos determinados riesgos en el lugar de trabajo. Pese a ello, el poco contenido existente supone un avance, reconociendo derechos de información incluso más allá del conjunto de trabajadores, y llegando incluso a reconocer el derecho de estos o de sus representantes a presentar propuestas contra los riesgos objeto del Convenio.

1.2.3. El Convenio 154, sobre el fomento de la negociación colectiva, de 1981

En su artículo segundo, esta norma define la negociación colectiva como todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

En cuanto al contenido de la negociación colectiva solamente una frase es recalable, la contenida en el primer epígrafe del artículo 5: “Se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva”. ¿Existe acaso alguna forma más limitada, escueta y vacía de intentar potenciar la negociación colectiva en una norma internacional que se supone obligacional? Se ha optado aquí por la fórmula mínima indispensable formalmente para poder considerar que se ha hecho algo a favor de esta figura. Aunque, qué duda cabe que a los países miembros de la OIT les resulta prácticamente indiferente que exista este convenio o no, ya que una mera definición y un contenido material de una línea consistente en “adoptar las medidas adecuadas para fomentar” no merecen, en mi opinión, siquiera el calificativo de obligaciones, por lo nimio de sus palabras y la inexistencia de connotaciones.

Como es habitual en la OIT, para encontrar algo más de contenido es necesario remitirse a la Recomendación 163, es decir, la que desarrolla el Convenio 154 sin contenido obligacional sino orientativo. En cierta medida es relevante la previsión de que siempre que resulta necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas para facilitar

el establecimiento y expansión de organizaciones libres, independientes y representativas de empleadores y de trabajadores. Parece obvio que el espíritu de este artículo se refiere a que resulta necesario adoptar tales medidas siempre que no existan organizaciones de este tipo, sin embargo una lectura inadecuada del mismo podría llevar a la conclusión de que, en ocasiones, no resultan necesarias estas organizaciones libres, independientes y representativas, para llevar a cabo una negociación colectiva. Más adecuada hubiese sido en mi opinión una expresión tal como “siempre que no existan”, por ejemplo.

Los derechos informativos vienen regulados en el artículo 7 de la Recomendación. El primer epígrafe de dicho artículo dispone que en caso necesario, deberían adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que las partes dispongan de las informaciones necesarias para poder negociar con conocimiento de causa. Prosigue el artículo 7.2.a) expresando que, con este objeto –el anteriormente mencionado- a petición de las organizaciones de trabajadores, los empleadores – públicos y privados- deberían proporcionar las informaciones acerca de la situación económica y social de la unidad de negociación y de la empresa en su conjunto que sean necesarias para negociar con conocimiento de causa. Una vez más, la naturaleza de las informaciones es económica y social como ocurría tanto en la Recomendación 129, como en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. No existe, sin embargo, ningún desarrollo acerca de lo que se entiende por información económica y social en este caso.

Sí resulta novedosa la previsión de que si la divulgación de ciertas de esas informaciones pudiese perjudicar a la empresa, su comunicación debería estar sujeta al compromiso de mantener su carácter confidencial (artículo 7.2.a). Contrariamente a la negativa a transmitir la información si ésta pudiese resultar perjudicial para la empresa encontrada en otros textos como el Convenio 135, en este caso sí se aceptaría tal comunicación, limitando simplemente su posterior utilización fuera de la negociación colectiva pertinente, lo cual supondría un efectivo avance si este artículo se encontrase en el cuerpo del Convenio y no en el de la Recomendación.

Por último, el artículo 7.2.b) prevé algo parecido al anterior, pero a nivel nacional, disponiendo que las autoridades públicas deberían proporcionar las informaciones necesarias sobre la situación económica y social global de país y de la rama de

actividad en cuestión, en la medida en que la difusión de tales informaciones no resulte perjudicial para los intereses nacionales.

En esencia, el Convenio 154 OIT está vacío. Se trata de un claro ejemplo de redacción normativa sin contenido material real. Resulta en este caso indispensable sumar su redacción a la de su Recomendación 163, aunque ni siquiera ésta es mucho más explícita que el Convenio. Así, la definición de negociación colectiva encontrada en el artículo 2 del Convenio es sin duda lo más, por no decir, lo único, aprovechable de todo su contenido.

1.2.4. El Convenio 155, sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 1981

Contrariamente al Convenio 148, este otro regula de forma integral la situación acerca de la seguridad y la salud de los trabajadores. En su artículo 4, este Convenio establece la obligación de los Estados Miembros de formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, con el objeto de prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo.

Concretamente, uno de los aspectos a tener en cuenta a la hora de aplicar el contenido del artículo 4, es la comunicación y cooperación a niveles de grupo de trabajo y de empresa y a todos los niveles hasta el nivel nacional inclusive (artículo 5.d)). Se trata de una primera referencia a las comunicaciones, que coincide con el espíritu de las anteriores normas de la OIT, es decir, que conserva esta denominación objetivada y busca una cooperación a todos los niveles de forma análoga a los demás Convenios y Recomendaciones que versan sobre este tema.

Tras la sección dedicada a la exposición de los principios de una política nacional, el Convenio 155 divide su contenido en dos apartados diferenciados. El primero dedicado a la Acción Nacional, y el segundo dedicado a la Acción a nivel de Empresa. Aunque no es propiamente referido al tema que ocupa este estudio, el contenido de la sección dedicada a la Acción Nacional es destacable, al menos en dos de sus artículos. Por un lado, está previsto que la autoridad o autoridades competentes deberán publicar anualmente informaciones sobre las medidas tomadas en aplicación de la política a que

se refiere el artículo 4 y sobre los accidentes del trabajo, los casos de enfermedades profesionales y otros daños para la salud acaecidos durante o en relación con éste (artículo 11.e)). Por su parte, el artículo 12.b) dispone que deberán tomarse medidas conformes a la legislación y práctica nacionales a fin de velar por que las personas que diseñan, fabrican, suministran o ceden a cualquier título maquinaria, equipos o sustancias para uso profesional, faciliten información sobre la instalación y utilización correctas de la maquinaria y los equipos y sobre el uso correcto de sustancias, sobre los riesgos que presentan las máquinas y los materiales y sobre las características peligrosas de las sustancias químicas, de los agentes o de los productos físicos o biológicos, así como instrucciones acerca de la manera de prevenir los riesgos conocidos. Resulta evidente que, aunque este artículo no mencione quién ha de ser el destinatario de dicha información, ésta ha de llegar por algún medio a aquellos trabajadores que en el futuro vayan a utilizar las mencionadas máquinas, equipos o sustancias para uso profesional.

En el ámbito empresarial, el artículo 19 del Convenio contiene distintas previsiones relacionadas con los derechos de información y consulta de los trabajadores o sus representantes. Como era de esperar, la primera previsión consiste en establecer una cooperación entre empresa y representantes de los trabajadores en el ámbito de la seguridad e higiene (Art. 19.b). En segundo lugar aparecen los derechos de información, previendo el texto que los representantes de los trabajadores en la empresa reciban información adecuada de las medidas tomadas por el empleador para garantizar la seguridad y la salud (Art. 19.c). Seguidamente, se prevé que tanto los trabajadores como sus representantes estén habilitados para examinar todos los aspectos de la seguridad y la salud relacionados con su trabajo, y que estos sean consultados a este respecto por el empleador; con tal objeto, y de común acuerdo, podrá recurrirse a consejeros técnicos ajenos a la empresa (Art. 19.e). En definitiva, se reconocen derechos de información y consulta, pero también existe la capacidad de examinar los aspectos de la seguridad y salud, lo cual supone un derecho distinto a los anteriores ya que en vez de recibir una información o ser consultados sobre algún aspecto, tanto trabajadores como representantes pueden, de primera mano observar y calificar las medidas de seguridad e higiene, pudiéndose valer, en ciertos casos, de consejeros técnicos.

Finalmente, se redactó un artículo 20, que establece que la cooperación entre los empleados y los trabajadores o sus representantes en la empresa deberán ser un elemento esencial de las medidas en materia de organización. El contenido de este artículo es ciertamente inútil por repetitivo y por falta de contenido práctico.

1.2.5. El Convenio 158, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, de 1982

Como es habitual en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos nacionales, en el momento de producirse uno o varios despidos, surgen diferentes derechos de información y consulta. La OIT prevé también este tipo de derechos en su Convenio 158.

Una primera previsión de información a suministrar a los trabajadores se encuentra en el artículo 7 del Convenio 158. En el caso de un futuro despido basado en la conducta o rendimiento de un trabajador, éste tiene derecho a defenderse de los mencionados cargos previamente a la efectividad de dicho despido. Aunque no es explícito, el cumplimiento de tal previsión exige que la empresa informe al trabajador del motivo del despido. Más adelante, el artículo 11 prevé un plazo de preaviso razonable o una indemnización, cuando un despido vaya a producirse. En este caso, la causa del despido es indiferente y existe un derecho del trabajador a ser informado con antelación, sea cual sea la razón que motivó la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador. La Recomendación 166, es decir, la que desarrolla el Convenio 158, prevé que la notificación de despido podría hacerse por escrito y que en ella constaran los motivos que propiciaron la terminación de la relación laboral (artículos 12 y 13).

Por su parte, el artículo 11 de la Recomendación dispone que el empleador podría consultar a los representantes de los trabajadores antes de adoptar una decisión en los casos de terminación individual de la relación de trabajo. Esta previsión normativa no ha sido recogida, al menos en el ordenamiento español, en el que las consultas se llevan a cabo únicamente en los casos de despidos colectivos y por motivos económicos, técnicos, organizativos o productivos.

En este sentido, parecida a la legislación española es la previsión acerca de los despidos objetivos, definidos por la OIT como despidos por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos. El artículo 13.1.a) del Convenio prevé que el empleador proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, número, categorías de los trabajadores, y periodo durante el cual habrán de llevarse a cabo tales terminaciones. El epígrafe b) del mismo artículo prevé también consultas con los representantes de los trabajadores interesados, sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados.

No existen estos derechos siempre que se produzca un despido objetivo, sino que, como ocurre a nivel nacional, el artículo 13.2 del Convenio contempla que se podrá limitar lo anteriormente previsto a los casos en que el número de trabajadores cuya relación de trabajo se prevea dar por terminada sea por lo menos igual a una cifra o a un porcentaje determinados de personal. Se entiende que son los Estados los que han de determinar tal cifra o porcentaje, pudiendo estos ser extremadamente elevados, al no prever la norma internacional ningún límite máximo, lo cual podría anular o limitar de sobremanera la existencia de estos derechos en la práctica.

La Recomendación 166 invita, por su parte, a que se lleven a cabo consultas, en tiempo oportuno, con los representantes de los trabajadores en caso de prever el empleador la introducción en la producción, el programa, la organización, la estructura o la tecnología de cambios importantes susceptibles de provocar terminaciones. Dichas consultas deberían versar sobre la introducción de tales cambios, sus posibles repercusiones y las medidas para prevenir o atenuar sus efectos perjudiciales, entre otras cosas.

1.2.6. La Declaración Tripartita de Principios, sobre las empresas multinacionales y la política social, de 1977

Pese a no tratarse de un Convenio ni de una Recomendación, procede en este momento el examen de esta Declaración adoptada por el Consejo de Administración de

la Oficina Internacional del Trabajo, en 1977. Posteriormente ha sido enmendada dos veces desde entonces, en el año 2000 y posteriormente en el año 2006.

Este texto contempla multitud de temas en los cuales los derechos de información y consulta vienen regulados parcialmente. Se trata de un conjunto de previsiones referentes a las diferentes políticas sociales que deberían llevarse a cabo en el seno de las empresas multinacionales. La redacción del mismo se estableció en términos parecidos a las Recomendaciones de la OIT, utilizando el condicional como tiempo verbal. Consecuencia de esta utilización verbal es la falta de obligatoriedad de las cláusulas contenidas en la Declaración, que servirá como simple modelo guía orientativo de lo que deberían hacer las empresas multinacionales de las cuales se esperan actuaciones de buena fe tendentes a aplicar el contenido del texto.

El Principio 26 recoge la idea de que las empresas deberían notificar con antelación razonable a las autoridades gubernamentales, pero también a los representantes de los trabajadores y sus organizaciones, acerca de la previsión de cambios en las operaciones (incluidos los resultantes de fusiones, adquisiciones de empresas o transferencias de producción) que puedan tener efectos importantes sobre el empleo. El objetivo de este principio no es otro que el de intentar que las repercusiones puedan ser examinadas conjuntamente con miras a mitigar los efectos adversos al máximo posible.

También la seguridad e higiene son objeto de regulación en esta Declaración. Más allá del simple deber de información a los representantes de los trabajadores acerca de los métodos de prevención en materia de seguridad e higiene, se prevé que las empresas multinacionales deberían comunicar a los representantes de los trabajadores en la empresa (...) informaciones acerca de las normas sobre seguridad e higiene aplicables a sus operaciones locales, que observan en otros países. En particular, deberían poner en conocimiento de los interesados los riesgos especiales y medidas protectoras correspondientes que guarden relación con los nuevos productos y procedimientos de fabricación. De modo general, el Principio 40 prevé una eventual cooperación entre las empresas multinacionales y los representantes de los trabajadores en materia de seguridad e higiene.

La Negociación Colectiva es uno de los apartados más importantes de esta Declaración. En esencia, toda negociación implica un intercambio de informaciones y

unas consultas que conforman la propia negociación. De esta manera, la previsión contemplada en el Principio 50 referida al fomento y estímulo del pleno desarrollo de procedimientos de negociación colectiva voluntaria, conlleva indirectamente la idea de unos deseables intercambios de información y consulta entre representantes de los trabajadores y empleadores. Consecuentemente, el siguiente Principio habla de unas facilidades que las empresas multinacionales – pero también las nacionales – deberían proporcionar a los representantes de los trabajadores en aras de prestar asistencia a estos últimos en la conclusión de convenios colectivos eficaces. Las empresas multinacionales deberían también 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 las cuestiones objeto de negociación.

Más adelante y sin entrar en detalle, el Principio 55 reconoce que las empresas multinacionales deberían proporcionar a los representantes de los trabajadores las informaciones requeridas para celebrar negociaciones eficaces. Sin embargo, prosigue el mismo Principio disponiendo que cuando esté de conformidad con las legislación y las prácticas locales, deberían también proporcionar información para que los trabajadores puedan disponer de datos adecuados y fidedignos sobre las actividades de la unidad en que trabajan o, cuando sea apropiado, del conjunto de la empresa. En este caso, son los trabajadores y no sus representantes los que deberían recibir tal información. Aunque limitado a lo que las legislaciones y prácticas nacionales permitan, no se cierran las puertas otorgar a los mismos trabajadores la condición de sujetos receptores de una información que, por lo que parece, no ha de ser utilizada en el seno de una negociación, sino que simplemente tendría que transmitírseles, y que versa sobre la actividad empresarial o de unidad de trabajo. Se trataría de un ulterior derecho informativo previo a cualquier negociación, sin el cual ésta no podría llevarse a cabo en condiciones de menos desigualdad.

Cierra el capítulo dedicado a la negociación colectiva el Principio 56 de la Declaración. En él se contempla una especie de ciclo informativo por parte de las empresas multinacionales, los gobiernos y los representantes de los trabajadores. Los gobiernos, dice el Principio, deberían proporcionar a los representantes de las organizaciones de los trabajadores (...) información sobre las industrias en que opera la empresa, de manera que se contribuya a establecer criterios objetivos en el proceso de

negociación colectiva. Sin embargo, para que los gobiernos puedan gozar de esos datos, las empresas multinacionales y también las nacionales, deberían responder de manera constructiva cuando los gobiernos pidan información pertinente sobre sus operaciones. De esta forma se recomienda la existencia de un ciclo informativo que empieza en las empresas y acaba en los representantes de las organizaciones de trabajadores, pasando por los gobiernos donde operen las mencionadas empresas.

Para finalizar el análisis de esta Declaración, es imprescindible detenerse en el Principio 57 de la misma, concerniente a las consultas. Se prevé en él la conveniencia de la elaboración de sistemas por mutuo acuerdo entre los empleadores y los trabajadores y sus representantes, para asegurar, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, consultas regulares sobre las cuestiones de interés mutuo.

Un desglose de este precepto permite en primer lugar observar que los sujetos por parte del banco social son tanto los trabajadores como sus representantes, no cerrando la puerta a ninguna de las dos fórmulas. En segundo lugar, se trata de establecer consultas regulares, es decir, periódicamente sin necesidad de que se produzca un acontecimiento concreto que las motive. Las consultas serían de esta forma, un elemento normal y cotidiano en la vida de las empresas, y no ya un trámite formal por el que pasar antes de llevar a cabo alguna actuación empresarial. En cuanto al contenido de tales consultas, dice el texto que habrían de versar sobre las cuestiones de interés mutuo, sin más consideración. Es indudable que cuestiones de interés mutuo las hay innumerables y que sería necesario concretar a qué se refiere esta expresión para poder hacer practicable este posible derecho de los trabajadores y de sus representantes a ser consultados regularmente.

Por último, la Declaración advierte al final de su Principio 57, que estas consultas no deberían considerarse como sustituto de la negociación colectiva. Se trata de dos figuras totalmente distintas. Mientras que la negociación colectiva está encaminada a la redacción de convenios colectivos que marcarán pautas cuasi legales durante un determinado periodo de vigencia y en un determinado ámbito; las consultas regulares deberían formar parte de la vida cotidiana de la empresa, sin el objetivo de redactar normas convencionales concretas.

1.2.7. El Convenio 187, sobre el marco promocional para la seguridad y la salud en el trabajo, de 2006

Se trata del convenio más reciente existente hoy en día referido en parte a los derechos de información y consulta de los trabajadores o de sus representantes.

Llama la atención la práctica coincidencia del título de este convenio con el anteriormente estudiado sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 1981. Contrariamente a lo que podría pensarse, este nuevo convenio no sustituye al anterior, sino que ambos gozan hoy en día de total vigencia. El artículo 6 del Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y la salud en el trabajo de 2006, dispone expresamente que el presente convenio no constituye una revisión de ninguno de los convenios o recomendaciones internacionales del trabajo. Una vez dilucidado este aspecto, procede un examen del contenido del convenio separadamente al contenido del convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 1981.

Todo miembro deberá, según el texto del artículo 4, establecer, mantener y desarrollar de forma progresiva, y reexaminar periódicamente, un sistema nacional de seguridad y salud en el trabajo, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores. Estas consultas podrían ser ampliadas según el artículo 2.b) de la Recomendación 197 que desarrolla este convenio.

El sistema nacional de seguridad y salud deberá incluir, entre otras cosas, disposiciones para promover en el ámbito de la empresa la cooperación entre la dirección, los trabajadores y sus representantes, como elemento esencial de las medidas de prevención relacionadas con el lugar de trabajo (artículo 4.2.d del Convenio). Este precepto es una simple repetición de lo que ya venía regulado en el Convenio de 1981, una formal petición de cooperación entre empleador y representantes de los trabajadores que en la práctica no supone ningún avance.

Nada más dice el convenio acerca de la información o consulta que haya de llevarse a cabo en el seno de las empresas. Es necesario acudir a la Recomendación 197, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, de 2006, para encontrar algún precepto más desarrollado sobre este tema. Aun así, tan sólo 3 epígrafes del artículo 5 de dicha Recomendación se refieren a la información o consulta que haya de trasladarse o realizarse a los trabajadores o sus representantes.

Se prevé en el epígrafe d) un intercambio de estadísticas y datos sobre seguridad y salud en el trabajo entre autoridades, empleadores y trabajadores y sus representantes. Por su parte, el epígrafe e) se refiere a la que los Estados Miembros deberían procurar proporcionar información y asesoramiento, tanto a los empleadores como a los trabajadores y a su representantes, para a continuación volver a repetir que la cooperación es deseable. Finalmente, el epígrafe f) sí supone una novedad en tanto en cuanto contempla la posibilidad de establecer comités mixtos de seguridad y salud así como el nombramiento de representantes de los trabajadores en materia de seguridad y salud, en el ámbito del lugar de trabajo. Para que estos nuevos comités y representantes puedan desarrollar normalmente su labor, es obvio que tendrán que recibir informaciones concretas y ser consultados cuando proceda, sin embargo, nada de esto viene expresamente regulado en la norma.

1.3. Balance crítico

La naturaleza tripartita de la OIT en la que empresarios, gobiernos y representantes de los trabajadores intentan redactar conjuntamente normas de carácter laboral a escala internacional, supone un evidente freno al contenido de dichas normas. La conjunción de intereses opuestos, así como la ingente cantidad de Estados con legislaciones muy diversamente desarrolladas, hace prácticamente inevitable la puesta en marcha de un doble mecanismo normativo en el seno de la OIT. Así, por un lado, los Convenios, pese a gozar de fuerza obligacional, se ven privados de un contenido desarrollado; por otro lado, las Recomendaciones que desarrollan en ciertas ocasiones el contenido de los primeros, no gozan de fuerza vinculante.

No conforme con este sistema de eficacia normativa limitado, los propios Convenios dan la posibilidad sistemáticamente a los Estados de excluir de su aplicación las ramas de actividad económica en que tal aplicación presente problemas especiales de cierta importancia. Los Convenios dan también la posibilidad a los Estados de aceptar separadamente unas y otras partes de los mismos, o de fijar modalidades particulares de aplicación, o incluso de excluir parcial o totalmente de su aplicación a categorías limitadas de trabajadores. En definitiva, las normas de la OIT, no encuentran su freno tan sólo en su limitado contenido normativo consecuencia de una posterior

ratificación por países menos desarrollados, sino que, aun aceptando este contenido de mínimos su sistema aplicativo es prácticamente ineficaz en la práctica.

En definitiva, las normas de la OIT sirven como modelo orientativo para los países cuyas legislaciones son menos desarrolladas y contemplan menos y peores derechos para los trabajadores, pero en ningún caso suponen un elemento coactivo que obligue a estos Estados a legislar positivamente en uno u otro aspecto. Esto es tanto más cierto en la medida en que no existe un Tribunal Internacional propio de la OIT encargado de velar por la correcta aplicación de esta legislación. Los Convenios pasan a ser parte de las legislaciones internas y son controlados, en cambio, por los órganos jurisdiccionales de cada Estado. De esta forma los Estados firmantes de los Convenios de la OIT son juez y parte a la hora de aplicarlos, lo cual les permite una total libertad de hacerlo correcta o incorrectamente según sus intereses propios.

En cuanto a los derechos participativos en la legislación de la OIT, es destacable el hecho de que no siempre son estos otorgados a los representantes de los trabajadores, sino que en múltiples ocasiones son los propios trabajadores los que son considerados sujetos receptores de información o sujetos que deben o deberían ser consultados. Se deja, por lo general, en manos de las legislaciones y prácticas nacionales la decisión de determinar si son los unos o los otros los sujetos de tales derechos. Consecuencia de esta remisión a las legislaciones y prácticas internas es la determinación de los representantes de los trabajadores como los verdaderos sujetos de estos derechos. Al quedar concebida como medio instrumental para el ejercicio de la actividad representativa, en modo alguno se fuerza a una apriorística concreción de los fines de la información, pues serán las funciones en las que aquella actividad se concrete en cada particular realidad jurídica nacional, las que marquen las específicas direcciones funcionales de la información.¹⁴⁹

Información y consultas están previstas de forma limitada como se ha visto. Ningún derecho de participación propiamente dicho se encuentra, en cambio, entre el contenido de las normas de la OIT, ni siquiera en sus Recomendaciones. Visto lo visto y siendo conscientes que la OIT legisla mínimos, resulta evidente la carencia de previsiones participativas, ya que la participación conlleva un grado de implicación

149 GARRIDO PÉREZ, E. *La información en la empresa. Op. cit.* Pág. 75. Pág. 51.

mayor para los trabajadores o sus representantes que lo que suponen la información o la consulta.

2. Antecedentes históricos en el ámbito europeo

En el ámbito europeo los derechos sociales, y concretamente los derechos de información, consulta y, en menor medida, los de participación, han venido siendo recogidos por diferentes normas con distintos valores y eficacias jurídicas. De hecho, la antigua Comunidad Económica Europea surgió como un proyecto económico encaminado al afianzamiento de un mercado común y exento de consideraciones sociales. Con los años, se ha reconocido la necesidad de un elemento social en el seno de la CEE –hoy UE-, pasando a ser ésta una organización con fines más amplios que los originariamente económicos, siendo el factor social una necesidad a cubrir por las instancias comunitarias. Ha existido, pues, una evolución pausada de la implantación de los derechos sociales que ha tenido lugar desde el mero reconocimiento genérico de estos derechos como simples declaraciones de intenciones propios de textos de *soft law* o de poca aplicabilidad práctica, hasta un desarrollo de los mismos de forma expresa y detallada en Directivas Europeas que han venido siendo transpuestas a los distintos ordenamientos internos de los Estados Miembros de la Comunidad Económica Europea, y posteriormente de la Unión Europea.

Dejando a un lado el posterior desarrollo normativo mediante Derecho Derivado de la Unión Europea, la paulatina implantación de los derechos de información y consulta de un modo genérico y carente de desarrollo o definición, supuso el primer paso para el reconocimiento de estos como parte integrante de los derechos sociales que, se supone, han de garantizarse en el continente europeo. En los países regidos por el mercado, es decir en sociedades donde el régimen económico exclusivo y excluyente es el capitalismo, este reconocimiento ha venido dándose en forma de “parches”, y por lo general, de forma separada al de los derechos fundamentales clásicos, que han gozado de un mayor desarrollo, consenso y reconocimiento ya desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Siempre bajo “el pecado original de lo económico” la premisa es la siguiente: Derechos civiles sobre derechos sociales. Ésta es la idea predominante todavía hoy. Parecen demasiados obstáculos para una eficaz puesta en marcha de unos derechos de tinte social que, por lo general, requieren además de la intervención por parte de los poderes públicos, a diferencia de los derechos civiles que pueden “fluir” en el sistema económico sin intervenir en las entrañas de este. ¿Es posible establecer una sociedad democrática e igualitaria dejando en segundo plano los derechos sociales? Conviene plantearse si, sin la existencia y la efectiva implantación de estos derechos sociales, entre los que se encuentran sin duda los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores, es posible hacer efectivos y útiles los derechos fundamentales llamados clásicos. ¿Es posible, de esta forma, pasar de la igualdad formal a la igualdad real? En otras palabras: ¿Es pertinente asentar una paz social sin haber conseguido una justicia social que se encuentre en la base de aquella? En mi opinión, el reconocimiento formal de unos derechos de libertad, democracia e igualdad no tiene sentido sin una igualdad ciudadana real de fondo. Los derechos sociales pretenden aliviar ciertas desigualdades intrínsecas a la sociedad occidental –y Europea- de hoy en día, pero han ido siempre a la zaga de otros derechos civiles que, pese a ser imprescindibles, no son suficientes sin su complemento estructural: los derechos sociales. Quizá la razón de esa cautela o de esa reticencia a la hora de reconocer y dar un valor jurídico obligacional a los derechos sociales no sea otra que la capacidad de estos de intervenir en las relaciones económicas, en el libre mercado, en el dinero – tanto privado como público-, en definitiva: en el contenido y esencia del sistema, y no solamente en su forma y en los parches que dan a éste un aspecto más amable.

La dispersión normativa es más que abundante en cuanto a derechos sociales y derechos participativos se refiere. Ha quedado patente la sobrecarga de textos existentes, para la ulterior carencia de efectos reales existente en la OIT. Es menester determinar si en el viejo continente ocurre lo mismo. No solamente en el seno de la Unión Europea se han venido teniendo en cuenta los derechos de información, consulta y participación, sino que el Consejo de Europa ya en el año 1961 creó la Carta Social Europea, la declaración de derechos sociales, considerada como la más completa en el ámbito europeo, en la que se contemplan los derechos participativos. Esta Carta fue revisada en el 1996 y, conocida como Carta Social Europea Revisada, está pendiente de ratificación por numerosos países miembros del Consejo de Europa, entre ellos España.

La Unión Europea, por su parte, nombra los derechos de información y consulta de los trabajadores en el artículo 137 TCE, pero también en el articulado de dos Cartas de derechos. En primer lugar en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989; y en segundo lugar en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.

En las tres cartas existe un contenido similar en cuanto a los derechos estudiados en este trabajo, pero se produce una divergencia en el campo de aplicación, y también en la naturaleza y eficacia jurídica de dichas Cartas. Destaca el hecho de que, cronológicamente, las dos primeras cartas son de contenido únicamente social, mientras que la última se trata ya de una carta de derechos fundamentales sin la consideración de que estos sean civiles o sociales, ya que en el articulado de la misma se encuentran tanto unos como otros. Conviene, pues, analizar someramente el contenido y alcance de estas tres cartas de derechos en las que vienen regulados aquéllos que son objeto de este estudio. Dos son los aspectos esenciales a tratar: Por un lado, el contenido de tales derechos, mediante el estudio de la redacción de los mismos, y por el otro, el alcance, tanto territorial como obligacional, y la eficacia jurídica que presentan las cartas que los contemplan.

Mientras que la Carta Social Europea de 1961-1996 surge de una institución menos compleja como es el Consejo de Europa, tanto la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de 1989, como la Carta de Derechos Fundamentales, la Unión Europea de 2000, forman parte del acervo comunitario, lo cual requiere de un examen previo de las condiciones que propiciaron la redacción de tales textos, así como de la relación de estos con los Tratados y demás normas comunitarias tales como Directivas, que serán origen y desarrollo de estas Cartas recogedoras de Derechos en el contexto de la Unión Europea.

2.1. La Carta Social Europea (*Revisada*) (1961-1996)

2.1.1 Introducción

Hecha en Turín en 1961, la Carta Social Europea surge del Consejo de Europa y no de alguno de los organismos de la Comunidad Económica Europea. Consecuentemente, un mayor número de Estados -47- son susceptibles de adoptarla, y

todavía más en los años 60 cuando la CEE contaba con un muy reducido número de Estados Miembros. La entrada en vigor de esta Carta se produjo en 1965, siendo ratificada por España en el año 1980 ya que hasta 1977 nuestro país no pasó a formar parte del Consejo de Europa.

La Carta Social Europea posee una entidad autónoma como tratado internacional de derechos sociales más relevante. Ello no obstante, nació como “hermana pobre” del Convenio Europeo de Derechos Humanos, agravio que ha seguido perdurando en gran medida por el desconocimiento del funcionamiento y de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, eclipsado ante el mayor conocimiento y atención prestada a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹⁵⁰

Su contenido ha venido actualizándose mediante tres importantes Protocolos con fecha de 1988, 1991 y 1995. Los dos primeros fueron ratificados por España mientras que el último de ellos no lo ha sido todavía hoy. Tampoco ha sido ratificada por España la llamada Carta Social Europea *Revisada* de 1996, aunque sí la ha firmado. Se trató de una profunda revisión de la carta de 1961, sin embargo, conforme a los principios del derecho internacional, la revisión de la Carta en 1996 no anula la validez de los compromisos adquiridos por los Estados respecto de la Carta de 1961.¹⁵¹ El preámbulo de la Carta Revisada destaca la decisión adoptada en la Conferencia Ministerial celebrada en Turín los días 21 y 22 de octubre de 1991 con el motivo del treinta aniversario de la Carta, de “actualizar y adaptar el contenido material de la Carta, con el fin de tener en cuenta, en particular, los cambios sociales fundamentales que se han producido con posterioridad a su adopción”.¹⁵²

Pese a que ni la Comunidad Económica Europea ni la Unión Europea son partes contratantes de la misma, ésta sí es invocada por distintos tratados de la UE tales como el de Ámsterdam (1997).¹⁵³ El texto no fue redactado pensando en una posible conversión de éste en un instrumento jurídicamente vinculante que se incorporaría al

150 JIMENA QUESADA, L. *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de reclamaciones colectivas VII. I: 1998-2005)* Tirant Monografías. Tirant lo Blanch. Valencia 2007. Pág. 39

151 DE LA VILA DE LA SERNA, P. *Las Tres “Cartas” Europeas sobre derechos sociales*”. Revista del Ministerio de trabajo nº 32, 2001. Pág. 273.

152 JIMENA QUESADA, L. *La Jurisprudencia... Op. cit.* Pág. 35.

153 En este sentido, DE LA VILA DE LA SERNA, P. *Las Tres “Cartas”... Op. cit.* Pág. 273.

derecho originario de la entonces Comunidad Económica Europea.¹⁵⁴ De la misma forma, en su mención en el Tratado de Ámsterdam no se trata de esta futura incorporación como tal, sino de una mera referencia a la Carta como modelo a seguir o texto en el que basarse, nunca como una incorporación obligacional al acervo comunitario. De hecho, el Derecho Comunitario originario ha seguido una posición “vacilante” o “fluctuante” en relación con la Carta Social Europea ya desde los años 80. En el preámbulo del Acta Única Europea de 1986 se incluyó la referencia tanto al Convenio Europeo de 1950 como a la Carta Social de 1961 del Consejo de Europa, sin referencia alguna a ambos instrumentos en el texto articulado. Más tarde, en Maastricht se incluyó el Convenio de Roma de 1950 en el texto articulado, pero desapareció toda referencia (incluso preambular) a la Carta Social Europea. Finalmente, en el Tratado de Ámsterdam de 1997 se retomó el parámetro de la Carta Social Europea de 1961, y esta vez en el texto articulado del Tratado de la Comunidad Europea (artículo 137), referencia que se ha mantenido con los tratados posteriores.¹⁵⁵

Es opinión de JIMENA QUESADA que la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos debería ir acompañada paralelamente de la adhesión de aquella a la Carta Social Europea del Consejo de Europa, para que la democracia política y social vayan de la mano, y por coherencia con el principio de indivisibilidad de los derechos humanos. Destaca también este autor, que la importancia de dicha adhesión radica en la evitación de divergencias entre el Tribunal de Justicia comunitario y el Comité Europeo de Derechos Sociales o, si se prefiere, de “dos verdades sociales europeas” potencialmente discrepantes.¹⁵⁶

Por otro lado, no existe ningún órgano jurisdiccional en sentido estricto que se encargue del control de la aplicación de la Carta, sino que la labor interpretativa de la Carta está conferida precisamente al Comité Europeo de Derechos Sociales. Dicha tarea ha de ser complementada con la función desempeñada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aras de salvaguardar el mencionado principio de indivisibilidad de los derechos humanos. Esto es tanto más cierto cuando el derecho de libertad

154 YSÁS MOLINERO. H. *Derecho de información y consulta en la Constitución Europea (un estudio del art.II-87)*, Comunicación al Congreso Nacional de Salamanca “Gobierno de empresa y participación de los trabajadores”. 2006.

155 En este sentido: JIMENA QUESADA, L. *La Jurisprudencia... Op. cit.* Pág. 39.

156 *Ibidem.* Pág. 39 y 40.

sindical aparece tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 11), como en la Carta Social Europea (artículo 5), condicionando además en lo que aquí importa, los derechos de información, consulta y participación que, como se verá más adelante, van a ser ejercidos por los representantes de los trabajadores.

En cuanto a los derechos participativos, es necesario recordar que ya en 1978, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su *Resolución 839 relativa a la revisión de la Carta Social Europea*, proponía la inserción en la misma de diez nuevos derechos entre los cuales estaban el derecho a la codecisión de los trabajadores en las empresas, así como el derecho a la información relativa a la situación financiera y la planificación futura de la empresa en la cual trabajan. También se propuso la inclusión del derecho a la participación de los trabajadores en materia de fijación de las condiciones de trabajo, entre otros. Estos derechos fueron reconocidos en el Protocolo de 1988 adicional a la Carta, no así los demás derechos propuestos en dicha asamblea.

Se encuentran demasiadas reticencias a la hora de asentar unos derechos sociales teniendo en cuenta que los países que no han ratificado dicha Carta Revisada se autodenominan como Estados Sociales de Derecho. La causa sea, quizás, que, como he apuntado anteriormente, el texto contempla únicamente derechos de índole social que suponen *per se* una pequeña intromisión en la estructura económica de las sociedades capitalistas occidentales actuales.

Ejemplo del calado de los derechos sociales es el dado por JIMENA QUESADA¹⁵⁷ al desglosar tres factores básicos que según él se desprenden de este *Pacto europeo de democracia social*. En primer lugar hace alusión al aumento necesario del gasto estatal o empresarial; en segundo lugar éste se traduce en un aumento del coste y de los precios de los bienes producidos en el país que pretenda llevar a cabo ese avance social; y en último lugar el riesgo al que se expone dicho país de ver debilitado su comercio internacional si no convence a los otros países para que realicen un progreso social similar, lo que en definitiva acarrea una concertación internacional en un mundo cada vez más globalizado. Estas consideraciones dejan patente la confrontación entre lo económico y lo social. Y son la piedra angular del debate tantas veces producido en el que unos defienden que frenando el mercado y el

157 JIMENA QUESADA, L. *La Jurisprudencia... Op. cit.* Pág. 25. Con base en la obra de H. Wiebringhaus. *Rapport intructif sur la Charte sociale européenne*, en el colectivo *La Charte sociale européenne. Dix années d'application*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 1978.

desarrollo económico no habrá prosperidad, mientras que otros argumentan que el crecimiento económico no puede ser en sí mismo un fin, si para conseguirlo no se van a garantizar los derechos de quienes sustentan la sociedad con su trabajo.

2.1.2. Estructura y contenido de la Carta Social Europea Revisada

2.1.2.1. El contenido declarativo de la Parte I de la Carta Social Europea

La Carta, tanto en su redacción original como en su redacción revisada, presenta una estructura particular. La primera parte contenía 19 puntos en 1961 y 31 en 1996. Se trata de un contenido meramente declarativo de los derechos que posteriormente serán desarrollados en la segunda parte del texto. Dicha primera parte presenta el siguiente encabezamiento: “Las partes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes”. Se enumeran posteriormente y de forma muy escueta los derechos reconocidos en la carta en su segunda parte. Entre estos se encuentra el derecho que los trabajadores tienen a la información y a la consulta en el seno de la empresa (Punto 21 integrado en la Carta Revisada a raíz del Protocolo de 1988), y también el derecho de los trabajadores a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo en la empresa (Punto 22 integrado también por el Protocolo de 1988). Más adelante se encuentra también el derecho de todos los trabajadores a ser informados y consultados en los procedimientos de despido colectivo, punto 29 que tampoco aparecía en la Carta Original de 1961.

2.1.2.2. Los derechos y principios de la Parte II de la Carta Social Europea

La segunda parte del texto sí tiene, en cambio, un valor jurídico a tener en cuenta. La frase introductoria del mismo, trata ya de obligaciones, y lo hace de la siguiente manera: “Las Partes se comprometen, a considerarse vinculadas en la forma dispuesta en la Parte III, por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes”. Es decir que se considera que los 31 artículos que conforman la Parte II de la Carta Social Europea Revisada son obligaciones y no ya objetivos como se recogía en la

Parte I. Ahora bien, la vinculación de las partes a estas obligaciones vendrá condicionada por un complejo sistema desarrollado en la tercera parte.

Conforme se analicen los derechos reconocidos por la Carta, es menester tener en cuenta las disposiciones previstas en el Anexo a la Carta Social Europea Revisada, ya que éste aclara determinados conceptos que la propia Carta deja en el aire. En el Anexo a la Carta se ofrece la interpretación que ha de darse a algunos de sus preceptos, así como una definición de su alcance respecto a determinadas categorías de personas protegidas.¹⁵⁸

Son los artículos 21 y 22 de la CSER los que recogen los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores o de sus representantes de forma genérica. Sin embargo, como ocurre en todos los demás ámbitos, nacionales o supranacionales, estos derechos entran en juego también a la hora de reconocer otros derechos de los cuales los participativos se desprenden. De esta manera, los artículos 4, 6, 24, 26 y 29 de la Carta, merecen una especial atención en este aspecto.

2.1.2.2.1. La información y consulta ligadas a distintos derechos

El derecho de información de los propios trabajadores aparece por primera vez en el artículo 4 de la Carta, referido al derecho a una remuneración equitativa. Reconoce éste el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo. El Anexo a la Carta aclara que no se prohíbe un despido inmediato en caso de infracción grave.

No existe previsión en este punto acerca de informar sobre los motivos de la terminación del empleo, sino que simplemente se prevé que la información se limite a avisar al trabajador de que éste terminará en un periodo de tiempo que pueda considerarse “razonable”. El concepto de razonabilidad en este caso, habría de entenderse referido a otorgar al trabajador el tiempo suficiente para buscar otro empleo o tomar las medidas que considere adecuadas ante la posterior terminación de su relación laboral. Se trata simplemente de un intento de otorgar seguridad al trabajador para que, con la información recibida por parte del empresario, actúe consecuentemente de la manera que a él convenga. La situación más habitual será aquella en la que el

158 JIMENA QUESADA, L. *La Jurisprudencia del... op. cit.* Pág. 30 y 31.

trabajador utilice el tiempo entre el preaviso y la terminación para buscar otro empleo. No obstante, no puede llegarse a una generalización de esta hipótesis para acotar completamente el concepto de “plazo razonable”. Existen, en cambio, otras posibilidades para el trabajador ante la recepción de tal información, tales como emprender acciones legales contra el empresario si considera que el despido no es legalmente correcto; preparar una jubilación anticipada si éste tuviera ya una determinada edad; consagrar cierto tiempo a su formación; o incluso emprender alguna actividad de carácter lúdico. Las posibilidades son numerosas, así que el plazo razonable no debería tener solamente en cuenta la búsqueda de otro empleo, sino todas las demás posibilidades lícitas de las que dispone el trabajador que sufre un despido.

Siguiendo el hilo de este artículo 4, el artículo 24 viene referido al derecho a protección en caso de despido. En él no se encuentran explícitamente previsiones acerca de informar al trabajador. Sin embargo, sí se entiende que, al prever el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello (art. 24.a)), y a que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial (art. 24.b)), sí se reconoce consecuentemente que dicha razón válida le sea comunicada. Ciertamente es que hubiese sido preferible completar el artículo con una previsión acerca de la comunicación de dicha razón al trabajador, sin embargo y aun sin ella, sólo una interpretación capciosa permitiría concluir que el trabajador no tiene derecho a ser informado sobre este aspecto.

Ahora bien, el Anexo a la Carta introduce la posibilidad a los Estados de excluir total o parcialmente de la protección de este artículo a diferentes categorías de trabajadores, tales como aquellos con un contrato de trabajo de duración determinada o para una tarea determinada, los que estén en periodo de prueba o que no hayan cumplido un periodo de antigüedad exigido, o los contratados de manera eventual. Es decir, un Estado podría contemplar la posibilidad de que se despidieran sin motivo a todos estos trabajadores sin derecho a indemnización y sin garantizar siquiera la posibilidad de estos a recurrir ante un organismo imparcial (artículo 24), y aun así, haber ratificado y cumplido con las obligaciones previstas específicamente en la Carta Social Europea Revisada. No obstante, ni el derecho comunitario ni los diferentes derechos nacionales de los Estados miembros van a permitir, a la postre, que esta

situación se llevara a cabo legalmente, aunque siempre pueden existir excepciones. Se trata de un recorte de derechos, a mi modo de ver, injustificable y discriminatorio.

Por otra parte, el Anexo, en un intento de salvaguardar algunos motivos no considerados válidos para el despido, enumera seis casos. Así, la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; el hecho de presentarse como candidato a representante de los trabajadores; la presentación de una demanda o la participación en un procedimiento contra un empleador por su supuesta infracción de leyes o reglamentos, o la presentación de un recurso ante autoridades administrativas competentes; la raza, el color el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional o el origen social; el permiso de maternidad o de paternidad; o la ausencia temporal del trabajo debido a enfermedad o lesión, no se considerarán motivos válidos para el despido, salvo, si lo deciden los Estados, para los trabajadores anteriormente citados en el mismo Anexo.

Los sujetos de los derechos contenidos en estos dos artículos 4 y 24 de la Carta, son los propios trabajadores. Así lo expresa la literalidad de la misma, que no deja lugar a dudas. No intervienen en este punto los representantes de los trabajadores, o al menos no lo hacen suplantando al propio trabajador que, en todo caso debe recibir el preaviso y el motivo válido del despido que se le piensa practicar a él y sólo a él. Existen parámetros distintos en el artículo 29 de la Carta en cuanto a despidos colectivos; sin embargo, se trata de parámetros complementarios a estos, que otorgan derechos más amplios a los representantes de los trabajadores pero que no anulan ni se solapan con los de los artículos 4 y 24.

Bajo la rúbrica *Derecho a información y consulta en los procedimientos de despido colectivo*, el artículo 29 de la Carta Social Europea Revisada, amplía los derechos informativos y consultivos en los mencionados casos. Según el texto, “para garantizar el ejercicio del derecho de los trabajadores a ser informados y consultados en los casos de despidos colectivos, 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...”. No hay distinción entre las materias sobre las cuales hay que informar y sobre las cuales hay que consultar, con lo cual, ha de entenderse que existirá un proceso de consultas en

las cuales se procederá también a informar a los representantes de los trabajadores acerca de cómo evitar, limitar o mitigar las consecuencias de los despidos colectivos que, en principio, vayan a tener lugar. Dispone el Anexo que a los efectos de la aplicación de este artículo, por “representantes de los trabajadores” se entenderán las personas reconocidas como tales por la legislación o la práctica nacional.

No existe en la Carta ninguna definición de despido colectivo, no hay límites en cuanto al número ni porcentaje de trabajadores despedidos. Tampoco existe un periodo de tiempo durante el cual los diferentes despidos hayan de haberse realizado para ser computados a tales efectos, ni se determina que los derechos que de aquí se desprenden tengan relación con las dimensiones o número de trabajadores de la empresa. En definitiva, una ausencia de definición legal que deja en manos de las legislaciones internas o las Directivas comunitarias la consideración de qué es un despido colectivo.

Resulta difícil determinar quiénes son los sujetos de estos derechos ya que la norma habla en primer lugar de trabajadores y en segundo lugar de sus representantes. Parece que son los primeros los que efectivamente son los titulares ya que expresamente se contempla que se trata “del derecho de los trabajadores a ser informados y consultados”. Sin embargo, pese a ser los trabajadores los sujetos titulares, no van a ser ellos los que sean informados ni consultados por los empleadores, sino que lo serán sus representantes. Esta construcción jurídica coloca los derechos de información y consulta en una posición de autonomía respecto a la labor representativa. El derecho es previo a la existencia de instancias representativas, y éstas tan sólo lo canalizan para permitir su mejor funcionalidad. Desde esta óptica, se desprende el deber sucinto que tienen los representantes de los trabajadores de informar a sus representados de todo lo ocurrido en el proceso de consultas, así como de consultar ellos mismos al conjunto de trabajadores y trasladar la opinión de estos al ser consultados por los empleadores. De este modo, tanto informaciones como consultas fluyen tanto hacia arriba como hacia abajo.

Efectivamente, supone un avance otorgar los derechos a los propios trabajadores, pero sigue sin contemplarse la posibilidad de que estos derechos se ejerciten en el caso de no existir representantes de los trabajadores. Si estos no existieran no se harían efectivos los derechos ya que los representantes son entendidos como la única herramienta de mediación para ejercer los derechos de información y consulta. La

autonomía formal de estos derechos se ve así subordinada, debido a la falta de voluntad legislativa por hacerla real. Una simple previsión encaminada a la posibilidad de que los propios trabajadores sean informados o consultados de primera mano en caso de carencia de instancias representativas, hubiese bastado para culminar una construcción jurídica completa e integradora. Una vez más, la realidad desmonta lo que la ley ha intentado regular defectuosamente.

La negociación colectiva aparece también entre los derechos reconocidos por la Carta Social Europea. La propia naturaleza de la negociación colectiva lleva a reconocer, a raíz de ésta, unos derechos de información recíprocos entre las partes empresarial y social, así como unas consultas también recíprocas propias de cualquier negociación. El artículo 6.1 de la Carta establece que las Partes se comprometen a favorecer la consulta paritaria entre trabajadores y empleadores, mientras que el artículo 6.2 se refiere a procedimientos de negociación voluntaria entre empleadores u organizaciones de empleadores, por una parte, y organizaciones de trabajadores por otra parte, con objeto de regular las condiciones de empleo por medio de convenios colectivos.

Dos son los elementos a tener en cuenta en este precepto: la consulta paritaria (art. 6.1) y la negociación voluntaria (art. 6.2). La paridad viene referida a la igualdad de derechos consultivos por ambas partes, así como a la igualdad de miembros que llevan a cabo dichas consultas. Entendida en términos abstractos, esta paridad puede lograrse otorgando formalmente los mismos derechos a unos y otros miembros de la mesa de negociación y estableciendo el mismo número de miembros en ambas partes. Ahora bien, siguiendo un criterio real y práctico, es necesario ser consciente de que ambas partes no están en igualdad de condiciones, sino que la parte social siempre se encuentra subordinada a la empresarial en cuanto al manejo de datos, informaciones y capacidad de acción. Sería pues conveniente que para que existiese una paridad en la práctica, los derechos consultivos otorgaran ciertas ventajas a los representantes de los trabajadores para encontrarse en una situación menos dispar respecto a los empresarios o a sus representantes. Pese a todo, la norma dispone que las partes hayan de favorecer dichas consultas paritarias. En ningún caso se trata de un mandato verdaderamente imperativo como podría haberlo sido mediante el uso de otra forma verbal como pudiera ser “establecer” o “garantizar”.

Por otra parte, el artículo 6.2, también mediante una forma no obligacional como es “promover”, recoge el establecimiento de procedimientos de negociación. En este caso, no podía ser de otra manera ya que dichos procedimientos son voluntarios según la norma, y supondría una contradicción obligar a llevar a cabo algo que es voluntario. Los sujetos de dichas negociaciones son, por un lado los empresarios o las organizaciones de empresarios, y por otro las organizaciones de trabajadores. Se deja fuera de la Carta Social Europea la posibilidad de que los Estados firmantes de la misma promuevan una posible negociación con los mismos trabajadores, ni siquiera en las empresas de pequeñas dimensiones.

Finalmente, la información a los trabajadores entra en juego ligada a ciertos derechos fundamentales. El artículo 26 de la Carta Revisada tiene como título *Derecho a la Dignidad en el Trabajo* e introduce unas previsiones novedosas acerca de la información en el lugar de trabajo. Se insta 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 (art. 26.1). Se insta también 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 (art. 26.2).

Merecen especial consideración tanto la naturaleza de estas informaciones como los sujetos que han de recibirlas o proporcionarlas. No se trata de un derecho informativo como los anteriormente estudiados, sino que en este caso, estamos ante un derecho-deber. La recepción de información encaminada a disminuir o eliminar los ataques a la dignidad en el trabajo, es un derecho para los trabajadores que, a consecuencia de su existencia verán respetados sus derechos fundamentales en el ámbito laboral. Pero la naturaleza de estas informaciones no termina ahí ya que suponen también un deber. Las personas que se encuentren en el lugar de trabajo o estén relacionadas con éste, han de atender a dichas informaciones ya que su conocimiento no supone solamente un beneficio para ellos mismos –lo cual permitiría ver los derechos informativos no sólo como una carga, es decir, como una obligación que hay que llevar a cabo para ver satisfecho un derecho propio-, sino que el hecho de que ellos conozcan la información y la asimilen actúa en beneficio de los demás. Existe

pues, un derecho de todas las personas del ámbito laboral a que todos los demás conozcan tales informaciones, suponiendo para estos una obligación de conocimiento.

Consecuentemente, los sujetos de estos derechos-deberes no son solamente los trabajadores y, ni mucho menos tan sólo sus representantes, sino que se refiere a todas las personas que se encuentren, como dice el precepto, “en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo”. Estos son los trabajadores, pero también los directivos, el propio empresario e incluso aquellas personas que no se ven siquiera vinculadas contractualmente con la empresa, tales como clientes, trabajadores de contratas, o cualquiera que se encuentre en el lugar de trabajado por la razón que sea. Y esto es así pese a que el artículo 26.2 mencione actos contra cualquier trabajador, ya que el trabajador no es aquí el sujeto del derecho o del deber, sino el que sufre el acto censurable.

Quizá sea esta indeterminación en cuanto al sujeto del derecho-deber y su consecuente dificultad de desarrollo, la que haya llevado a contemplar en el Anexo a la Carta que “se entiende que este artículo no obliga a las Partes a promulgar legislación”. De esta forma, se diluye todo lo contemplado en el mismo. En numerosas ocasiones ciertos derechos reconocidos legalmente no son eficaces por carecer de mecanismos que permitan su aplicación real. ¿Qué ocurrirá con estos que ni siquiera gozan de un soporte legal? Sin duda están condenados a no ser más que una mera declaración de intenciones. En mi opinión, la sensibilización, información y prevención del acoso sexual y laboral sí han de ser objeto de legislación. De una legislación propia del derecho del trabajo en cuanto a los miembros de la empresa se refiere, pero también de una legislación que vaya más allá de lo estrictamente laboral, ya que el acoso puede producirse por agentes externos a la empresa.

2.1.2.2.2 Los derechos de información, consulta y participación propiamente dichos

Independientemente de los casos concretos en los que los derechos de información y consulta entran en juego, el artículo 21 de la Carta, introducido a raíz del Protocolo de 1988 (artículo 2), regula estos derechos de forma independiente. Podría resumirse que la previsión no difiere mucho de lo que habitualmente se encuentra en otros textos. Se prevé que se transmita información acerca de la situación económica y

financiera de la empresa, mientras que las consultas, que suponen una participación mayor, vienen previstas en los casos en que los intereses de los trabajadores se vayan a ver afectados, especialmente en asuntos de empleo.

Pese a la aparente similitud con otros textos, conviene analizar más detalladamente el contenido de este artículo 21 de la Carta Social Revisada. De la misma forma que en el artículo 29, se reconoce expresamente que los trabajadores son los sujetos titulares de los derechos de información consulta en el seno de la empresa. La diferencia con el mencionado artículo 29 estriba en que en este caso, serán tanto los trabajadores como los representantes los que van a poder ejercer estos derechos. Y no existe distinción entre información y consulta, sino que la expresión “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”, se va a referir tanto a la información en el apartado a), como a las consultas en el apartado b). No se cierran las puertas a que sean los propios trabajadores los que ejerzan sus derechos, pero se subordina esta posibilidad a lo que determinen la legislación y las práctica nacionales de los Estados.

El Anexo a la Carta aclara que legislación y prácticas nacionales pueden ser tanto leyes y reglamentos, como convenios colectivos u otros acuerdos entre los empleadores y los representantes de los trabajadores, o incluso los usos y las resoluciones judiciales pertinentes. También aclara el Anexo que la legislación y prácticas nacionales determinarán lo que haya de entenderse por representantes de los trabajadores. La consecuencia de esta redacción será que los Estados podrán internamente reconocer a trabajadores o a representantes estos derechos, sin que la Carta haya creado una obligación para estos acerca de que sean ambos los que ejerzan dichos derechos. Lo cierto es que legislación y prácticas nacionales podrían hacerlo igualmente sin esta previsión, así que, una vez más, lo que a primera vista parece un avance en cuanto al reconocimiento efectivo de un derecho a los propios trabajadores, no es más que el hecho de recalcar algo que ya existía previamente. Se trata pues, de dar a los Estados una llave, que ya tenían.

2.1.2.2.2.1. La información en la Carta Social Europea

El apartado a) del artículo 21 dispone que *“los trabajadores o sus representantes (...) 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 denegarse determinada información que podría ser perjudicial para la empresa o exigirse que la misma mantenga carácter confidencial”*. Muchos son los elementos a analizar en este apartado. Por un lado, la forma en la que ha de informarse viene definida mediante tres conceptos: “regularmente”, “en el momento oportuno” y “de una manera comprensible”. Por otro lado, existe una alusión al contenido de tal información, ésta es “la situación económica y financiera de la empresa que les emplea”. Finalmente se prevé la posible negativa a la transmisión de dicha información o, en su caso, que ésta sea de carácter confidencial en caso de posible perjuicio para la empresa.

La expresión “regularmente” resulta determinante a la hora de comprender el sistema informativo previsto por la Carta. No es necesario que se dé alguna circunstancia particular, ni que ocurra algún hecho relacionado con el empleo o con los trabajadores para que la información haya de transmitirse por parte del empleador. Todo lo contrario, se trata de un derecho que va a existir en todo momento, de forma regular, esto es, con cierta periodicidad. A diferencia de lo que ocurría en los casos de despidos colectivos o en el momento de llevarse a cabo una negociación colectiva, aquí los derechos se ejercen durante la vida normal de la empresa. Se reconoce pues, un derecho que va más allá de los casos anteriormente estudiados, ya que el artículo 21 reconoce el derecho que los trabajadores o sus representantes tienen a ser informados sin que una causa concreta lo motive. La causa es, en cambio, el simple hecho de pertenecer al entramado empresarial que les proporciona el derecho a conocer y a informarse para, ulteriormente, poder defender sus intereses de una forma más adecuada.

El sistema concreto de información que se establezca deberá detallar esta regularidad estableciendo la periodicidad con la que han de transmitirse las informaciones pertinentes. Este menester correspondiente a los Estados que desarrollen este precepto, suele establecer plazos mensuales, trimestrales, semestrales o anuales, según el tipo de información de que se trate, a la vez que prevé información también

ante casos extraordinarios o concretos, como pueden ser las previsiones de cambio o modernización tecnológica en la empresa, fusiones, etc.

Precisamente esta periodicidad o estas situaciones concretas son a las que se refiere el precepto al mencionar el “momento oportuno” en el cual la información haya de transmitirse. El momento oportuno ha de ser el pertinente para que esta información tenga valor, esto es, el momento en el que sea útil para aquellos que han de recibirla. No puede admitirse como información oportuna una información desfasada en el tiempo. En este sentido, en cuanto a información económica, ésta ha de transmitirse en el momento en el que los documentos contables y financieros se hayan realizado, o en todo caso en un plazo razonable desde entonces. Una información de un balance económico transmitida a los trabajadores o a sus representantes con meses de retraso no respetaría el contenido del artículo 21 a) de la Carta. De la misma forma, tampoco lo haría la información acerca de una futura fusión cuando ésta está a punto de llevarse a cabo, y no cuando se piensa en ella como futura posibilidad y se esté produciendo un proceso de negociación. El momento oportuno, debe pues, permitir a aquellos que reciben la información, reaccionar ante ella, y que, en definitiva, sus reacciones sean útiles para la defensa de sus intereses. Esto solamente puede lograrse si el contenido de la información es actual y no si se ha ocultado ésta durante el tiempo suficiente para que, al transmitirse, ya no permita un ejercicio lícito de las posibilidades de acción y negociación por parte de los trabajadores o de sus representantes.

Finalmente, el precepto aclara que la transmisión de la información ha de llevarse a cabo “de una manera comprensible”. Se trata aquí de la inteligibilidad de la información. La comunicación ha de ser acorde a los receptores de la información. Estos, por norma general, no son técnicos especialistas en materia económica y financiera, sino que se trata, en la mayoría de los casos, de trabajadores de la empresa que han llegado a ocupar un puesto como representantes. El contenido de las informaciones económicas y financieras deberá ser expuesto de la forma más entendible posible, sin tender a tecnicismos ni fórmulas demasiado intrincadas a la hora de explicitar algún aspecto concreto de la economía y finanzas empresariales.

Resulta obvio que si la información consiste en la transmisión de un documento contable concreto, éste es de una forma que no puede alterarse. Sin embargo, la manera “comprensible” en la que ha de transmitirse la información, permite entrar a valorar

ciertos aspectos que van más allá de la forma original de los documentos económicos o incluso de una posible redacción simplificada de un informe al cual tengan acceso los representantes de los trabajadores. Por un lado, existen en casi todos los ordenamientos jurídicos, previsiones acerca del empleo por parte de los trabajadores de técnicos especializados cuya labor consista, precisamente, en analizar la información que estos no puedan comprender al no gozar de una formación adecuada en materia económica. Por otra parte, se hace también referencia, tanto en los ordenamientos jurídicos internos como en la propia Carta Social Europea Revisada, a la formación de representantes de los trabajadores en materia económica y financiera. Mecanismos como los encontrados en Francia, donde los representantes, al acceder al cargo, disponen del derecho a recibir cursos de formación, u otros sistemas consistentes en otorgar un crédito horario con el fin de que los representantes de los trabajadores se formen en estos aspectos, van en esta dirección.

En este punto el debate se plantea de la siguiente manera: ¿Deben los empleadores acarrear con los costes de formación o del empleo de técnicos al existir un derecho a recibir la información de una manera comprensible? ¿O deben, por el contrario, ser los propios trabajadores o sus representantes quienes se costeen estos servicios? La manera comprensible debe, en primer lugar, definirse. Se trataría, pues, de una manera comprensible para el ciudadano medio. Desde esta perspectiva, si no es posible, por la propia naturaleza de la información, llegar a hacerla comprensible, sería aceptable que el coste que supone contratar los servicios de un técnico fueran sufragados por el empleador, que de esta forma, cumpliría con la previsión de hacer comprensible dicha información. Sin embargo, podría entenderse que si la dificultad de comprensión de la información no es debida a una culpa o intención del empleador, no debería éste acarrear con el coste adicional. Comparto la primera tesis. Pese a no existir intencionalidad por parte del empresario, existe un derecho a favor de los trabajadores a recibir una información que les sea comprensible, y esto basta para no hacerlos cargar con los mencionados costes.

Ocurre lo mismo en cuanto a la formación económica que han de recibir los representantes de los trabajadores para poder ejercer su labor representativa. La propia Carta en su artículo 28 b), reconoce que en la empresa –a los representantes de los trabajadores- se les den las facilidades apropiadas para que puedan desempeñar sus

funciones de forma rápida y eficaz. Dentro de estas facilidades podrían encuadrarse los servicios formativos en materia económica y financiera. Una vez más, sin embargo, se establece aquí que los sujetos de estos derechos son los representantes de los trabajadores. Los propios trabajadores no ven reconocidos estos derechos, ni aun cuando la empresa carece de representantes. Lo mismo ocurre en los ordenamientos internos, donde las previsiones acerca de la formación en estos aspectos se limitan a los representantes. De esta forma, unos derechos informativos que, a priori, pertenecen a los trabajadores, en la práctica se contraen, otorgándoseles únicamente a sus representantes, dejando de lado al ingente número de trabajadores que carecen de representantes en sus empresas o centros de trabajo.

El contenido del derecho de información es, según la Carta, “la situación económica y financiera de la empresa que les emplea”. Coincidiendo una vez más con los ordenamientos internos del entorno europeo, la Carta se limita a hacer una previsión superficial del contenido del derecho informativo. Por norma general, los representantes de los trabajadores tendrán acceso, como mínimo, a los documentos contables de la empresa, tales como el balance o la cuenta de pérdidas y ganancias. La información económica y financiera a la que pueden acceder los representantes de los trabajadores es, sin embargo, cambiante según la legislación de cada país, debiéndose ésta amoldar a la legislación mercantil que determina las formas de organización empresarial y los diferentes documentos de control sobre los mismos.

Quizá, lo más destacable en este punto sea el ámbito de aplicación de estos derechos de información que se concreta en “la empresa que les emplea”. Una interpretación literal del precepto lleva directamente a eliminar todo lo que quede por arriba o por debajo de la propia empresa. Por debajo, cabría concluir que no es suficiente la transmisión de información referida al solo centro de trabajo donde el trabajador preste sus servicios o en cual el representante haya sido elegido. Ésta debería ser, en cambio, la del conjunto de la empresa, en el caso de tener ésta más de un centro de trabajo. Por arriba, y siempre según esta interpretación literal, se descarta que la transmisión de información vaya más allá de la propia forma legal de empresa en los casos en los que ésta pertenezca a un grupo.

Una interpretación funcional llevaría a concluir que el término “empresa” es utilizado de forma genérica pero que el ámbito de aplicación de los derechos

informativos coincidiría con el ámbito en el cual el representante haya sido elegido, esto es, el ámbito donde los electores lleven a cabo su prestación de servicios. En este caso, el ámbito de aplicación variaría tanto hacia arriba en los grupos de empresas, como hacia abajo en los casos de representantes de centro de trabajo.

Por último, es posible también decantarse por una interpretación extensiva y que también puede calificarse como funcional, encaminada a favorecer la labor representativa a la cual estos derechos informativos están subordinados. Se trata de tender a considerar que la información que haya de transmitirse haya de corresponder a un ámbito cuanto mayor sea posible, es decir, tendente a englobar la totalidad del grupo de empresas si lo hay, o la empresa entera si ésta cuenta con numerosos centros de trabajo. La razón de esta interpretación, que me parece acertada, va más allá de la simple labor tuitiva del derecho del trabajo para con los intereses de los trabajadores. La perspectiva global, especialmente en materia económica y financiera, es la que permite tener una idea del conjunto del entramado empresarial, concebido éste desde el punto de vista funcional y no legal. Las finanzas y situación económica de una parte, sea ésta un centro, unidad productiva autónoma, o una empresa dentro de un grupo, no permite conocer íntegramente la realidad de dicha “empresa”. Todo lo contrario, en numerosas ocasiones una situación económica correcta a nivel global puede convivir con un déficit en uno u otro sector, centro o empresa, y viceversa. Teniendo en cuenta, especialmente, los supuestos de despido por causas económicas que, en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos, presentan un régimen distinto a la hora de proceder a despedir a los trabajadores por causas económicas, se hace necesario que los representantes de los trabajadores tengan acceso a una información económica global del entramado empresarial en el que sus representados prestan sus servicios.

Menos dudas presentan los casos en los que quedaría demostrada una utilización desviada del fenómeno grupal, esto es, los supuestos en los que, pese a tratarse formalmente de un grupo de empresas, los trabajadores prestan sus servicios indistintamente en una u otra empresa del mismo. Esta situación deriva en que los propios trabajadores no puedan diferenciar a cuál de las empresas aportan su actividad, y, por consiguiente, se esté llevando a cabo una “única relación de trabajo cuyo titular

es el grupo”.¹⁵⁹ En estos casos, parece obvio que los representantes de los trabajadores deberían acceder a las informaciones a nivel del mismo grupo, al tratarse éste de una empresa con forma grupal fraudulenta, al menos en lo que a relaciones laborales se refiere.

En este sentido, el Anexo a la Carta dispone que “el término “empresa” se refiere a un conjunto de elementos materiales e inmateriales, con o sin personalidad jurídica, destinado a la producción de bienes o a la prestación de servicios, con fines lucrativos, y que posee poder de decisión sobre su propia política de mercado”. Así, la innecesaria personalidad jurídica elimina la posibilidad de entender a la empresa de un modo estrictamente formal, ya que una empresa tal y como viene definida por el derecho mercantil siempre goza de personalidad jurídica. La clave del precepto se encuentra entonces en el poder de decisión sobre su propia política de mercado. Esta consideración tiende a contemplar a la empresa como algo capaz de determinar sus actuaciones sin depender de instancias superiores, lo que, a la postre hará prevalecer al grupo sobre la empresa, y a la empresa sobre el centro de trabajo o la unidad productiva autónoma.

Una vez más, el Anexo prevé exclusiones a lo anteriormente previsto. El párrafo 4, referido a los artículos 21 y 22 de la Carta, permite una ulterior exclusión de la aplicación de estos artículos a las comunidades religiosas y sus instituciones, incluso si estas últimas son “empresas” en el sentido del párrafo anterior. También permite dicha exclusión a los establecimientos que realicen actividades inspiradas en determinados ideales o guiadas por determinados conceptos morales, ideales y conceptos que estén protegidos por la legislación nacional, en la medida necesaria para proteger la orientación de la empresa. Se trata de las denominadas empresas ideológicas, tales como partidos políticos, iglesias, sindicatos, o incluso –según la definición dada en el anexo- periódicos o medios de comunicación. Mientras que la exclusión en cuanto a las comunidades religiosas es absoluta, en cuanto a las demás empresas ideológicas, ésta se limita a “la medida necesaria para proteger la orientación

159 Sobre estos aspectos se ha pronunciado en distintas ocasiones el Tribunal Supremo en asuntos referidos al ámbito de afectación de las causas objetivas de despido, supuestos que pueden parangonarse al presente al coincidir ambos en el objeto. STS de 23 de enero de 2007 (Rec. 641/2005) y STS de 31 de diciembre de 1991 (Rec. 688/1990).

de la empresa”. Ningún argumento sustenta esta desigualdad entre empresas de ideología religiosa y empresas de ideología no religiosa.

La orientación de la empresa, en estos casos, requiere de mecanismos que la protejan, pero no puede limitar o anular totalmente unos derechos que, por lo general, se ejercen sobre informaciones de índole económica o de empleo que nada tienen que ver con las creencias, ideales o moral de la empresa en cuestión, a no ser que estos no respeten la legalidad vigente, en cuyo caso deberían someterse a los ordenamientos, de la misma forma que lo hacen las empresas convencionales. Precisamente, el Anexo explicita que lo que viene protegido son determinados conceptos morales, ideales y conceptos que estén protegidos por la legislación nacional. A la postre, sin embargo, se está permitiendo que la legislación nacional cree válvulas de escape similares a la encontrada en la Carta con respecto a las comunidades religiosas.

El párrafo a) del artículo 21 de la Carta, referido al derecho de información, concluye con una alusión a la reserva o confidencialidad de la información, y viene redactado de la siguiente manera: “podrá denegarse determinada información que podría ser perjudicial para la empresa o exigirse que la misma mantenga carácter confidencial”.

En este caso, la información a tener en cuenta es “determinada información que podría ser perjudicial para la empresa”. Del mismo precepto hay que concluir que se trata de información acerca de la situación económica y financiera de la empresa, es decir, la que es objeto del mismo. Pero no se recorta el derecho a informar acerca del conjunto, sino tan sólo de aquella que podría ser perjudicial para la empresa. Se plantean dos problemas en este punto; en primer lugar, la fórmula condicional utilizada. No significa que con la transmisión vaya a producirse un perjuicio, sino que éste podría producirse. El recorte del derecho es más amplio de lo que hubiese sido la fórmula indicativa “puede”, en cuyo caso la denegación o confidencialidad se extendería tan sólo a materias que fueran a suponer siempre un perjuicio empresarial.

En segundo lugar, la Carta no indica quién ha de calificar la información como potencialmente perjudicial para la empresa. Esta ausencia traslada de nuevo a los Estados esta labor. Así, las legislaciones nacionales pueden optar por que sean las

normas jurídicas las que recojan un elenco de materias potencialmente perjudiciales; por que sean los tribunales los que lo hagan; o por que el encargado de tal labor sea el propio empresario, como ocurre a menudo. Mediante esta última vía, se establece el empresario como juez y parte en el ejercicio de un derecho del cual no tan sólo no es titular, sino por el que resulta específicamente obligado.

Dos son las previsiones que hace la Carta acerca de la información potencialmente perjudicial para la empresa. Por un lado prevé la directa denegación de la información, y por el otro, la posible calificación de la misma como confidencial. La primera previsión anula totalmente el derecho informativo ante una posibilidad de un perjuicio empresarial, lo cual parece desmedido. La solución es demasiado tajante al tratarse de una información que ni siquiera es perjudicial, sino que tan sólo puede llegar a serlo, y al acabar con un derecho cuyos titulares son los trabajadores o sus representantes con el fin de poder equilibrar la situación de desigualdad intrínseca existente en las relaciones laborales. La solución debe ser, pues, proporcional al problema, ponderando el posible perjuicio empresarial con el posible perjuicio para los trabajadores, el cual no es mencionado en este precepto de la Carta Social Europea Revisada.

La otra posibilidad prevista en el texto es la confidencialidad de estas informaciones. Se trata de una figura mucho más adecuada ya que no anula el derecho informativo y a la vez preserva a la empresa del posible perjuicio que podría producirse al extenderse a terceros la información. La confidencialidad permite que se ejerza el derecho informativo, pero prohíbe a los receptores de la información la posibilidad de transmitirla a terceros. Se hace necesario matizar quienes son considerados como terceros y, aunque a la postre serán una vez más los Estados quienes desarrollen este precepto, es preciso determinar si al ser receptores los representantes de los trabajadores, los trabajadores mismos serán o no considerados terceros. Formalmente, los trabajadores son considerados sujetos de estos derechos, lo cual proporciona un argumento para que no sean estos considerados terceros a los cuales la confidencialidad de la información impide el acceso a ésta. Pese a ello, las legislaciones y las prácticas nacionales no respetan el derecho de los trabajadores a conocer las informaciones, estableciendo en numerosas ocasiones el límite a la transmisión en los representantes de

los trabajadores, sin poder estos transmitir los contenidos informativos a sus representados.

2.1.2.2.2.2. *Las consultas en la Carta Social Europea*

Las consultas vienen reguladas en el artículo 21 b) de la Carta mediante la siguiente redacción: “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 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”. De nuevo, la Carta prevé un sistema de consultas que coincide a grandes rasgos con las legislaciones de los distintos países europeos, esto es, que va encaminada a consultar especialmente sobre temas de empleo en la empresa. Si sobre tales cuestiones deben ser consultados los referidos representantes de los trabajadores resulta fácil deducir que previamente deberán ser informados al respecto.¹⁶⁰ La redacción del texto es, como cabía esperar, un tanto superflua y falta de definiciones, lo que no es impedimento para realizar un desglose del precepto en aras de una mejor comprensión del mismo.

Los trabajadores o sus representantes han de ser consultados “oportunamente”, de la misma forma que anteriormente las informaciones debían ser transmitidas “en el momento oportuno”. Pese a ser redactados de forma distinta, ambos preceptos indican la misma circunstancia, es decir, que estos derechos han de ser llevados a cabo cuando proceda y sea útil para los trabajadores. Se trata de consultar con carácter previo a la toma de una decisión que vaya a afectar a los intereses de los trabajadores, y con el tiempo suficiente para que la opinión o propuesta de los trabajadores o sus representantes pueda ser tenida en cuenta. A diferencia de lo que ocurría con la información, las consultas no se producirán “regularmente”, sino que tendrán lugar cuando exista algún motivo concreto que las propicie.

160 PÉREZ AMORÓS, *Derechos de información sobre empleo y contratación. Los derechos de los representantes de los trabajadores en la empresa, según la Ley 2/1991*. Bosch. Barcelona. 1993. Pág. 141 y 142.

No existe ninguna previsión más acerca de la forma en la que las consultas deberán llevarse a cabo, sino que el artículo 21. b) pasa directamente a regular las materias sobre las cuales se habrá de consultar. Se trata de “las decisiones previstas que puedan afectar sustancialmente a los intereses de los trabajadores”. Que las decisiones sean “previstas” indica que las consultas han de ser previas a la toma de tales decisiones. Será pues, una condición *sine qua non* que, si se dan las circunstancias oportunas, el empresario proceda a consultar a los trabajadores o a sus representantes. No entraría dentro de lo previsto en la Carta una situación en la que, una vez tomada la decisión por parte del empresario, éste procediera a consultar a los trabajadores o a sus representantes acerca del criterio que les merece tal opinión que ya ha sido llevada a cabo.

Los intereses de los trabajadores no vienen definidos, sin embargo, la decisión empresarial que se pretenda tomar habrá de afectar de un modo sustancial a dichos intereses para ser objeto de consultas. Tampoco hay definición de esta sustancialidad requerida así que la única consecuencia que cabe extraer en este caso es que no todas las decisiones que vayan a interesar a los trabajadores van a propiciar consultas. No sorprende esta previsión en la medida en que todo lo que ocurre en una empresa afecta a los intereses de los trabajadores de la misma. Por otro lado, se trata de decisiones que puedan afectar, es decir, que no han de afectar a los intereses de los trabajadores, sino que basta con una posibilidad de que esto ocurra, lo cual aumenta los casos en los que ha de procederse a las consultas.

Finalmente, el artículo 21 b) aclara que las decisiones que puedan afectar al empleo han de ser objeto de consulta, y lo hace de la siguiente manera: “sean consultados (...) en particular sobre las decisiones que podrían tener consecuencias importantes sobre la situación del empleo en la empresa”. Tampoco entran en esta categoría todas las decisiones que vayan a afectar al empleo, sino tan sólo las que vaya a tener consecuencias importantes sobre el mismo.

2.1.2.2.3. *La participación en la Carta Social Europea*

La participación propiamente dicha también viene regulada en la Carta Social Europea Revisada, concretamente en su artículo 22 titulado “Derecho a participar en la

determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo”. Dicho artículo se incluyó a raíz del artículo 3 del Protocolo de 1988. El párrafo introductorio del artículo coincide exactamente con el del artículo 21, es decir, otorga el derecho a los trabajadores e insta a las Partes –los Estados- a adoptar o promover medidas que permitan a los trabajadores o a sus representantes contribuir a llevar a cabo el elenco de actividades en las que van a poder participar en la empresa.

Estas actividades vienen recogidas en cuatro epígrafes del mismo artículo 22, según los cuales los trabajadores o sus representantes contribuirán: a) a la determinación y a la mejora de las condiciones de trabajo, de la organización del trabajo y del entorno de trabajo, b) a la protección de la seguridad y a la higiene en el seno de la empresa, c) a la organización de los servicios y facilidades socioculturales en la empresa, y d) a la supervisión del cumplimiento de la reglamentación en estas materias.

De nuevo una falta total de definición que lleva a los Estados a desarrollar un precepto cuanto menos ambiguo. Y es sobre todo el epígrafe a) el que, al parecer, otorga un derecho participativo de mucho calado. Y lo es en la medida en que la determinación de las condiciones, la organización y el entorno de trabajo son tareas propias del empresario en el ejercicio de su poder de dirección del cual deriva la subordinación intrínseca al contrato de trabajo. Toda vez que la ley, los convenios y el propio contrato de trabajo regulan y limitan este poder de dirección en estos aspectos, otorgar a los trabajadores o a sus representantes el derecho a participar en la determinación de las condiciones, la organización y el entorno de trabajo más allá de estos, implica el desarrollo de mecanismos específicos en los que la parte social tenga poder de decisión. No se trata, en este caso, de un simple derecho consultivo como el del artículo 21, que se limitaba a conocer la opinión del banco social. A nadie se le escapa que un derecho participativo de tal naturaleza no existe de forma generalizada en la práctica nacional de los Estados firmantes de la Carta y esto puede ser debido a que estos no respetan el contenido de la misma, o a que la propia Carta permite válvulas de escape a la aplicación de este artículo 22.a). La ambigüedad y falta de obligatoriedad de términos utilizados tales como “promover” o “contribuir”, es un argumento para la no aplicación efectiva de mecanismos de este estilo; pero también lo es la falta de definición de las condiciones, la organización y el entorno de trabajo, que puede llevar

a interpretaciones mucho más restrictivas que la que se acaban de exponer. Por último, la Parte III de la Carta, bajo la rúbrica “Obligaciones”, va a permitir, como se verá más adelante, la no aplicación de la Carta en su totalidad. En definitiva, sea por lo que fuere no existe hoy en día un derecho participativo de estas características respetado y ejercido normalmente en el continente europeo.

La protección de la seguridad y la higiene en el seno de la empresa reconocida en el epígrafe b) del artículo 22 sí es, en cambio, un ámbito en el que los trabajadores y sus representantes ejercen de forma habitual un derecho de participación en el viejo continente. Distintas son las formas y el grado de participación de los trabajadores en este ámbito, que suelen ejercerse mediante delegados de prevención, aunque a la postre son los Estados los que desarrollan los distintos sistemas participativos con diferentes figuras encargadas de este cometido. Cabe recordar que se trata de un “derecho a participar”, y no de un mero derecho a ser consultados o a ejercer una vigilancia o control sobre la manera del empresario de garantizar que exista una debida protección de la seguridad e higiene en el seno de la empresa. Es pues, un derecho activo que requiere de propuestas, toma de decisiones, y de efectivo ejercicio de una facultad de decisión que contribuya al fin encomendado.

Finalmente, la organización de servicios y facilidades socioculturales en la empresa es regulada en el epígrafe c) del artículo 22 de la Carta Social Europea. En este caso no se interfiere en el poder de dirección del empresario ni se trastoca el esquema de la dependencia ni la subordinación de los trabajadores. Se trata de crear redes y servicios de carácter sociocultural que redunden en beneficio de los propios trabajadores o incluso de terceras personas, mediante mecanismos como pueden ser las obras sociales. Son instrumentos que, pese a pertenecer a la empresa, no forman parte de su ciclo productivo habitual, sino que son más bien anexos al mismo que no intervienen en lo que se podría denominar la vida normal de la empresa de la que se trate.

Concluye el artículo 22 con su epígrafe d) dedicado a la supervisión del cumplimiento de la reglamentación en estas materias. No es un derecho de participación en sí mismo, sino una capacidad de control o vigilancia sobre el buen cumplimiento y aplicación de las materias reguladas en los tres anteriores epígrafes. Ya que, pese a existir una contribución de los trabajadores o de sus representantes, tanto la

determinación de las condiciones, organización y entorno de trabajo, como la protección de la seguridad y la higiene, y también los servicios socioculturales, no son llevados a cabo tan sólo por estos; se da la posibilidad, en este punto, de poder supervisar a las demás instancias que participan en la determinación de estas materias, y principalmente a la parte empresarial.

No hay previsiones en la Carta Social Europea, acerca de derechos de participación en los beneficios de las empresas, ni mediante simples aportaciones dinerarias a los trabajadores, ni mediante fórmulas de acceso de estos a participaciones o acciones. Siguen siendo, desde esta óptica, ajenos a todo lo que no sea relacionado directa o indirectamente con el empleo.

2.1.2.2.3. La exclusión de las pequeñas empresas

Según el precepto citado, “las Partes podrán excluir del ámbito de aplicación de los presentes artículos a las empresas que no alcancen el número mínimo de empleados que determine la legislación o la práctica nacionales”. Así, se da pie a los Estados para que, de un plumazo, dejen fuera del campo de aplicación de estos artículos a las pequeñas y hasta las medianas empresas en algún caso. Se trata de dar la posibilidad de negar este derecho a muchos millones de trabajadores europeos que prestan sus servicios en empresas consideradas como demasiado pequeñas para que ellos puedan ser informados, consultados o participar en ciertos asuntos.

El número mínimo al que se refiere el precepto, coincidirá en la práctica totalidad de los casos, con el número mínimo de empleados que dan pie a la existencia de representantes de los trabajadores en las empresas, dejando patente que lo que formalmente es un derecho de los trabajadores, lo es realmente de los representantes de los mismos en el caso de que existan, ya que de lo contrario estos derechos desaparecen sin más. Pero no tiene por qué ser así, la lectura del Anexo de la Carta permite a los Estados establecer umbrales todavía más altos, lo que permitiría que incluso existiendo representación social, ésta no tuviera siquiera derechos de esta índole. Flagrante redacción que echa por tierra lo poco satisfactoria que parecía en un principio la Carta Social Europea Revisada en este aspecto.

Existen diferentes exclusiones que afectan a los derechos de información, consulta y participación a lo largo de la Carta, sin embargo, la que se encuentra en el epígrafe 6 del Anexo dedicado a los artículos 21 y 22 de la misma, es sin duda la más determinante.

2.1.2.2.4. El cumplimiento de los artículos 21 y 22 de la Carta Social Europea siempre que estos se apliquen a la gran mayoría de los trabajadores. (El artículo I.2 de la Parte V)

A raíz de esta exclusión conviene examinar el contenido del artículo 1 de la Parte V de la Carta, referido a la aplicación de los compromisos adquiridos. Su primer epígrafe recoge la forma de aplicar los compromisos adquiridos en los artículos 1 a 31 de la Carta que conforman la Parte II. Estos métodos no son otros que las leyes o reglamentos, los acuerdos concretados entre los empleadores o las organizaciones de empleadores y las organizaciones de trabajadores, una combinación de los dos métodos anteriores, u otros medios apropiados.

Pero el epígrafe 2 de este artículo toca de lleno el contenido de los derechos de información, consulta y participación recogidos en los artículos 21 y 22 al prever que “los compromisos derivados (...) de los artículos 21 y 22 de la Parte II de la Carta se considerarán cumplidos siempre que las disposiciones se apliquen, de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, a la gran mayoría de los trabajadores interesados”.

El problema aquí estriba en determinar quiénes son los trabajadores interesados, y es menester tener en cuenta la exclusión del Anexo a la Carta para determinarlo. El Anexo forma parte integrante de la misma Carta, como expresa el artículo N de la Parte VI de la misma. De esta forma, y considerando la exclusión del mismo referida a los artículos 21 y 22 de la Carta como si se tratara de los mismos artículos 21 y 22, cabría concluir que los trabajadores interesados son aquellos que se encuentren en empresas que alcancen el número mínimo de empleados que determine la legislación o la práctica nacionales en caso de exclusión de los demás. La conclusión a la que hay que llegar desde este punto de vista es la siguiente: Ni siquiera todos los trabajadores de las empresas que superen dicho umbral van a ver satisfechos sus derechos participativos, sino que, si los Estados aplican las disposiciones sobre “una gran mayoría de ellos”

habrán cumplido con los mandatos de la Carta. Eso es, que después de la exclusión estudiada anteriormente, encontramos aquí otra exclusión, la de la “pequeña minoría” entendida a *sensu contrario*, que aun traspasando el límite de trabajadores por empresa, puede verse fuera de la protección de los artículos 21 y 22 de la Carta Social Europea.

Cabe, sin embargo, otra interpretación posible en este aspecto. Si no se considerará la exclusión del Anexo como parte integrante de los artículos 21 y 22 la solución sería muy distinta. Así, dicha exclusión se vería obligada por la previsión de la Parte VI, obligando consecuentemente a que el límite de empleados que determine la legislación o la práctica nacionales acoja a “la gran mayoría de los trabajadores interesados”, considerados estos, en este caso, como la totalidad de los trabajadores por cuenta ajena.

Pese a estas construcciones interpretativas contrapuestas, se impone la realidad. La segunda interpretación, más amplia, no se da en la práctica en ningún país europeo, de modo que pese a hilar más o menos fino en cuanto al ámbito de aplicación de los artículos 21 y 22, es necesario ser consciente de que derechos de este calado no han sido otorgados a la gran mayoría de los trabajadores europeos de los distintos Estados miembros del Consejo de Europa. Tanto más si las pequeñas empresas emplean a un importantísimo porcentaje de trabajadores por cuenta ajena todavía hoy en el viejo continente.

2.1.2.3. Las obligaciones de la Parte III de la Carta Social Europea

La Parte III en su artículo A “Obligaciones” viene definiendo el contenido de la Parte I de la Carta como “declaración de objetivos que –las Partes- tratarán de alcanzar por todos los medios adecuados”. Hasta aquí poco más que decir, ningún carácter obligacional por un lado, y repetición del contenido de forma más desarrollada en la Parte II, por otro. La Parte I de la CSER no es más que un total de 31 puntos coincidentes exactamente con los 31 artículos de los que goza la Carta en su Parte II, descritos de forma muy somera, sin desarrollo ni definición alguna y sin eficacia obligacional. Estos objetivos no aportan absolutamente nada desde un punto de vista jurídico ya que suponen un mero resumen de lo que la propia Carta expone inmediatamente después. Según la parte III de la Carta, se trata de una declaración de

objetivos que –las Partes- tratarán de alcanzar por todos los medios adecuados. Puede resultar estético o, a lo mejor, práctico para quien no disponga de tiempo o ganas de leer los 31 artículos siguientes que, dicho sea de paso, tampoco destacan por su gran desarrollo ni por su extensión. Parecen ser simples páginas de relleno, papel mojado sin sentido alguno para contentar a quien mide los derechos a peso por el grosor de los textos legales.

Precisamente las previsiones obligacionales con respecto a la Parte II de la Carta son las que merecen una especial atención. Se trata de un sistema de obligaciones “a la carta” según el cual los Estados van a poder escoger por qué preceptos o incluso por qué párrafos van a verse obligados, dentro de los límites estipulados en esta Parte III. Así, el artículo A. 1. b) dispone que “cada una de las partes se compromete a considerarse obligada por lo menos seis de los nueve artículos siguientes de la Parte II de la Carta: artículos 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 y 20”. En lo que respecta a los derechos de información, consulta y participación, estudiados anteriormente, tan sólo el artículo 6 referido a la negociación colectiva entra dentro de este elenco de nueve artículos. Sin embargo, y llegando anteriormente a la conclusión de que los titulares de estos derechos son los representantes de los trabajadores, la inclusión del artículo 5 referido al derecho y a la libertad sindical acaba por influir de forma directa sobre ellos.

No deja de sorprender que la Carta Social Europea, considerada como la Carta más avanzada en materia social en el viejo continente, permita dejar fuera del campo obligacional de los Estados firmantes de la misma, derechos tales como el derecho al trabajo (artículo 1), el derecho sindical (artículo 5), el derecho a la negociación colectiva (artículo 6), el derecho de los niños y adolescentes a protección (artículo 7), el derecho a la seguridad social (artículo 12), el derecho a la asistencia social y médica (artículo 13), el derecho de la familia a protección social, jurídica y económica (artículo 16), el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia (artículo 19), y el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón de sexo (artículo 20).

El epígrafe c) es todavía más rocambolesco previendo que “cada una de las Partes se comprometa a considerarse obligada por un número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II de la Carta que ella elija, siempre que el número total de los artículos y de los párrafos numerados a los que quedará obligada, no sea inferior a

dieciséis artículos o a sesenta y tres párrafos”. Este epígrafe se refiere al resto de artículos de la Parte II, entre los cuales se encuentran todos los referidos a los derechos de información, consulta y participación, salvo el derecho a la negociación colectiva. En definitiva, los Estados van a poder excluir 5 artículos más de entre los 22 restantes, o incluso realizar una labor más minuciosa excluyendo párrafos concretos de los mismos siempre y cuando respeten el contenido mínimo ratificable en este aspecto. Este sistema de “ratificación a la carta” supone, pues, un recorte de lo que, a priori, es un elenco de derechos sociales bastante completo. La Carta Social Europea *Revisada* es pues, mucho menos desarrollada y garantista de lo que, a simple vista, parece.

Por su parte, el estudio paulatino del contenido del Anexo, demuestra que éste, por norma general, limita y recorta los derechos que han sido reconocidos con anterioridad. En ocasiones se trata de recortes o aclaraciones necesarias para que la norma esté dotada de coherencia, pero ocurre con frecuencia que se trata de simples recortes de derechos, camuflados en un Anexo que, por su autonomía formal, no “mancha” una Carta Social Europea que parece más desarrollada de lo que en realidad es.

2.2. Competencia en materia social y Derechos Sociales Fundamentales en el ámbito comunitario

2.2.1. Objetivos originariamente económicos y desarrollo social de la CEE y la UE

Como es sabido, la Comunidad Económica Europea no fue concebida como la conocemos actualmente. El proyecto conocido hoy como Unión Europea y nacido en los años 50, surgió de una idea puramente económica consistente en la creación de un mercado común –en un principio en cuanto a carbón, acero y energía atómica- que facilitara los intercambios comerciales y, por ende, se concretara en un desarrollo económico que desencadenaría en más beneficios empresariales. Este mercado común, entendido desde una perspectiva liberal, fue concebido sobre dos pilares: *ad intra*, sobre el libre comercio, y *ad extra* sobre unas barreras aduaneras comunes. En este contexto, el mercado de trabajo es considerado como un mercado subalterno, cuya

diversificación no obsta la unidad del mercado global al que pertenece.¹⁶¹ Desde la perspectiva liberal resulta fácil de entender esta previsión económica excluyente. Se trató de fomentar y poner en marcha la teoría de la “mano invisible” preconizada por el filósofo y político escocés Adam Smith, y que supone el fundamento del liberalismo económico clásico. A grandes rasgos, dicha teoría entiende que un libre mercado en el que cada individuo busque su propio beneficio produciría, como por arte de magia, un bienestar en el conjunto de aquellos que se encuentran dentro del circuito económico que es el mercado. Se trató pues, de eliminar barreras a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en aras de dejar fluir libremente los intercambios en un “libre” mercado. Cuatro manifestaciones de un mismo principio general, de las que la primera, la libre circulación de mercancías, era considerada la fundamental, hasta el punto que las demás fueron concebidas a su imagen y semejanza.¹⁶²

Así, la influencia directa de dicha teoría económica queda patente en el Tratado de Roma de 1957. En su preámbulo, el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) cita “*la mejora constante de las condiciones de vida y del empleo de sus pueblos*”, concretando la forma para llegar a dicha mejora en el artículo 2, *La Comunidad tiene por objetivo, a través del establecimiento de un mercado común y a través de la aproximación progresiva de las políticas económicas de los Estados Miembros, el promover el desarrollo armónico de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad acrecentada, un aumento acelerado del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que ella comprende*. Queda patente que el objetivo social del “aumento acelerado del nivel de vida” es percibido por el legislador no como un objetivo que impone actuaciones *ad hoc*, sino como un epifenómeno del establecimiento del mercado común.¹⁶³ Recuerda PÉREZ DE LOS COBOS, que los redactores del tratado fueron deterministas en cuanto a política social, siendo para ellos que el progreso económico, previsible resultado del mercado común, será la mejor política social. El mecanismo más eficaz para conseguir

161 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, año 2005. Pág. 282.

162 CARTOU, L. *El mercado común y el Derecho Público*. Aguilar, Madrid, 1959. Pág. 193.

163 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *El derecho social comunitario en el tratado de la Unión Europea*. Civitas. Madrid 1994. Pág. 22.

la armonización de los sistemas sociales será el propio mercado común.¹⁶⁴ De la misma forma, los derechos fundamentales no eran originalmente competencia de la Comunidad, no eran regulados en los Tratados ni desarrollados por ninguna norma a nivel europeo, sino que, como los derechos sociales, se suponían una consecuencia de la puesta en marcha del mercado común. Hasta aquí la idea inicial del proyecto europeo, y desde aquí los inherentes problemas de la teoría liberal puesta en práctica.

2.2.2. Competencias de la CEE y la UE en materia social

Pues bien, de la misma forma que se creó un derecho del trabajo a nivel interno Estatal durante el siglo XIX y principios del siglo XX, la CEE sintió rápidamente la necesidad social que había surgido a raíz de unas premisas liberales que un siglo atrás habían quedado ya desacreditadas.

El principio de libre circulación de las personas en el mercado interno, sin venir acompañado de una política social comunitaria homogénea, produce inevitablemente deslocalizaciones internas dentro de la Comunidad Económica Europea, de la misma forma que a nivel global se producen debido a las directrices, también de tinte liberal, impuestas por organismos internacionales tales como el Banco Mundial o la Organización Mundial del Comercio. Esta estructura, al quedar incompleta, puede producir una homogeneización de las legislaciones sociales y mercantiles, pero siempre a la baja (el denominado *dumping* social), para tratar de evitar fugas de capitales, de empresas, y de trabajadores. Se produce así riqueza en vez de desarrollo social; se producen puestos de trabajo inestables en vez de trabajo digno; se llega así a premisas como la llamada flexi-seguridad, es decir, la seguridad de que va a existir flexibilidad. Estas consecuencias que actúan en detrimento de la protección social solamente pueden verse frenadas por una legislación positiva, homogénea y protectora a nivel europeo. Es necesario subrayar el carácter de protectora, ya que una legislación homogénea a nivel europeo encaminada a desregularizar o a crear condiciones sociales menos favorables a las existentes en los Estados miembros sería contraproducente a la hora de lograr un efectivo avance en materia social. Así, la finalidad de las disposiciones sociales comunitarias ha sido casi siempre la de igualar los costos sociales de las empresas de

164 *Ibídem.* Pág. 22.

los distintos países comunitarios para evitar que se alterase por la vía de una legislación menos avanzada en un Estado miembro la libre competencia entre las mismas¹⁶⁵. Pero el objetivo social de la UE no acaba – o no debería acabar- en el establecimiento de límites al *dumping* social. Se trataría, por el contrario, de afianzar un derecho laboral europeo positivo y avanzado, así como un sistema público de seguridad social que, si bien podrían no ser totalmente homogéneos, sean un pilar inexcusable en la UE. El contenido y evolución del derecho, tanto originario como derivado, comunitario, muestra claramente la posición cambiante de la CEE y la UE en cuanto al derechos social, desde sus orígenes en los años 50 y hasta nuestros días.

Así, el antiguo artículo 117 del Tratado de Roma -que pasó a ser el artículo 136 y actualmente es el artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la UE- recogía la necesidad advertida por los Estados miembros de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso. (...) y la consideración de estos de que dicha evolución resultará, tanto del funcionamiento de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el presente Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas”. Pero tales procedimientos eran inexistentes en el propio Tratado, careciendo éste de mecanismos que permitieran llevar a cabo la consecución de tales objetivos. Del artículo 117 del TCEE no nacieron ni obligaciones jurídicas para los Estados Miembros ni derechos para los individuos, resultando, por tanto, imposible a su amparo el control judicial tanto de las orientaciones generales de la política social de los Estados miembros como el de cualquiera de sus medidas particulares.¹⁶⁶

Por su parte, el artículo 118 -que pasó a ser el artículo 137 y actualmente es el artículo 153 TFUE- nombraba un elenco de ámbitos en los cuales la Comunidad iba a apoyar y completar la acción de los Estados miembros para la consecución de los objetivos del artículo 117. Entre estos ámbitos, se encontraban ya la información y consulta a los trabajadores junto con otras previsiones de carácter social como la mejora del entorno de trabajo, la salud y seguridad de los trabajadores, la seguridad social, etc.

165 SALA FRANCO, T., COLINA ROBLEDO, M. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. *Derecho Social Comunitario*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995. Pág. 70.

166 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *El derecho social... Op. cit.* Pág. 27

No se trataba más que de un conjunto limitado y heterogéneo de disposiciones de contenido cuasi programático.¹⁶⁷ En la práctica, el único mecanismo originario dedicado al desarrollo de una política fue el Fondo Social Europeo, un instrumento financiero cuya función es la de “fomentar, dentro de la Comunidad, las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores”.

En ese sentido, sin que pueda en rigor afirmarse que la política social esté enteramente ausente de la mente de los fundadores de la idea europea, sí puede decirse que queda claramente subordinada a las políticas económicas, hasta el punto de entenderse que el desarrollo social en el marco de la comunidad sería una mera consecuencia del propio funcionamiento del mercado común, como establecía el mencionado artículo 117 TCEE.¹⁶⁸ Tan sólo en detrimento de este desarrollo social, podía la comunidad intentar aproximar las legislaciones nacionales en cuanto al aspecto social. El consenso inicial sobre la marginación de los aspectos sociales en la construcción del mercado común, unido a las enormes dificultades que la reforma del sistema institucional de las comunidades europeas planteaba, han hecho del “déficit social” una enfermedad congénita de las comunidades.¹⁶⁹ El principio comunitario de subsidiariedad según el cual en los ámbitos que no sean competencia exclusiva de la Comunidad, ésta sólo debe intervenir en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados Miembros, y por ello, puedan lograrse mejor a nivel comunitario, ha supuesto, sin duda, uno de los obstáculos más claros al desarrollo de una auténtica Política Social en el seno de la Unión Europea.¹⁷⁰ Así, el hoy conocido como Derecho Social Comunitario fue, durante largos años, prácticamente inexistente.

La crisis del petróleo de principios de los años 70 produjo un freno en el desarrollo económico y evidenció las limitaciones de la teoría puesta en marcha en Roma. Así, la CEE actuó en materia social por primera vez con el denominado *Primer Programa de Acción Social (1974/1976)*. Consecuentemente, se procedió a la prevista

167 GALIANA MORENO, M. en AAVV. *Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho comunitario*. Cuadernos de Derechos Judicial. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.1997. Pág. 149.

168 *Ibidem*. Pág. 148.

169 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *El derecho social... Op. cit.* Pág. 19.

170 GALIANA MORENO, M. en AAVV. *Derechos laborales... Op. cit.* Pág. 163 y 164.

aproximación de las legislaciones en materia social mediante distintas directivas entre las cuales destaca la Directiva 75/129 sobre los despidos colectivos.

Por su parte, el proceso de adopción de instrumentos comunitarios con vistas a la consecución de la armonización legislativa se ha visto durante años dificultado por la ausencia general de competencias de la Comunidad para regular derechos sociales, así como por la previsión encontrada en el antiguo artículo 100 TCEE que exigió desde un principio la unanimidad para adoptar directivas dirigidas al acercamiento de las legislaciones de los Estados miembros que tuviera incidencia directa en el establecimiento o funcionamiento del mercado común, entre las que se situaban las referidas a los derechos laborales en general. Consecuencia de ello es el elevado número de iniciativas sociales que han permanecido estancadas durante años por el ejercicio del derecho de veto de los miembros del Consejo.¹⁷¹

El Acta Única Europea de 1986, introdujo modificaciones en este aspecto exigiendo, ya no la unanimidad, sino la mayoría cualificada a la hora de llevar a cabo directivas que afectasen a ciertos temas sociales, entre los cuales no se encontraban todavía los derechos de información, consulta y participación. Las materias en cuestión se limitaban a la libre circulación de trabajadores, a la mejora del medio de trabajo o a la salud de los trabajadores. El AUE reconoce ya que la consecución del mercado interior exige la adopción de medidas de acompañamiento en el ámbito social e incorpora disposiciones al TCE relativas al diálogo social y a la promoción de la protección de los trabajadores, especialmente respecto a su seguridad y salud. Resulta interesante la lectura de la siguiente parte del preámbulo en lo que aquí interesa: Los Estados Miembros se declaran “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”. Se empiezan a entrelazar los temas sociales con los derechos fundamentales sobre los cuales es también necesario un análisis a la hora de comprender el alcance social de los mismos y su influencia en la Unión Europea. El AUE incorpora la cohesión económica y social como objetivo de la UE,

171 En este sentido: GALIANA MORENO, M. en AAVV. *Derechos laborales... Op. cit.* Pág. 152.

pero a este objetivo no se le dotó de los instrumentos jurídicos necesarios que permitan su concreción, ni se diseñó la estrategia o un calendario para su desarrollo.¹⁷²

Posteriormente, en 1989 se redactó la Carta Social de Derechos Fundamentales que no pasó de ser un mero documento programático al carecer de efectos jurídicos vinculantes, aunque se admitiera su valor interpretativo. Con anterioridad a un análisis detallado de la Carta, cabe adelantar que su contenido es mucho más limitado que el de la Carta Social Europea del Consejo de Europa.

No fue hasta 1992, cuando el Acuerdo de Política Social del Tratado de Maastricht introdujo la regla de la mayoría cualificada también para otras materias sociales entre las cuales, ésta vez sí, se encontraban los derechos participativos, a excepción de los referentes a la cogestión que seguían exigiendo la unanimidad. El TUE incluyó entre los objetivos comunitarios, la consecución de un alto nivel de empleo y de protección social, así como la elevación del nivel y calidad de vida.

Finalmente, el Tratado de Lisboa presenta un carácter social hasta este momento desconocido, plasmado mediante una retórica dedicada a enfatizar el respeto a los derechos fundamentales y al carácter social de la Unión Europea. De esta forma el tratado dispone lo siguiente: “La Unión establecerá un mercado interior. Obrará 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. Así mismo, promoverá el progreso científico y técnico. 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. La Unión fomentará la cohesión económica, especial y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros. La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo”.

172 OLESTI RAYO, A. en AAVV: *Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Iustel. Madrid 2008. Pág. 582-583.

La economía social de mercado supone un concepto nuevo, y por supuesto carente de definición. Se ha intentado enfatizar el carácter activo de la Unión Europea en cuanto a desarrollo social en el marco de la economía de mercado, sin embargo, el término utilizado parece desacertado ya que no se corresponde con la evocación de políticas redistributivas, financiadas mediante subvenciones e impuestos y con la adopción de medidas que compensen las fluctuaciones de los ciclos económicos, o con la inversión pública en educación o en otros servicios públicos que serían algunas de las medidas que en principio pueden dotar de contenido a este modelo. Es evidente que los Estados miembros no pretenden conceder a las instituciones de la UE, la capacidad competencial y financiera suficiente para poder actuar en este sentido.¹⁷³

Pese a esta nueva retórica, el Tratado de Lisboa no ha supuesto un gran incremento competencial en cuanto a materia social de la UE. La política social permanece como materia compartida “en los aspectos definidos en el presente tratado”, esto es, en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 4).

Los artículos 151 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se presentan bajo la rúbrica *política social*, y es precisamente el artículo 151 el que define los objetivos de la UE en este aspecto. Y lo hace de la siguiente manera, mentando en primer lugar a la Carta Social Europea y a la Carta Europea de los Derechos Sociales: 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 los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, tendrán como objetivo 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.

Es también destacable la previsión de los artículos 152 y 156 del TFUE. En el primer caso se reconoce que 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. En la fallida Constitución Europea, el diálogo social se insertaba dentro de la parte primera y

173 *Ibidem*. Pág. 587 y 588.

quedaba integrado como un elemento que dotaba de contenido a toda la vida democrática de la UE. En cambio, en el Tratado de Lisboa queda reducido y limitado a la esfera de la política social; esta disposición no informa de toda la actividad de la UE sino que se circunscribe únicamente a los ámbitos de acción que se refieren a la política social. Además, también es significativo que se traslade esta disposición desde la parte primera de la constitución europea al TFUE.¹⁷⁴

Por su parte el artículo 156 dispone que 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 y el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores.

En definitiva, existe en el papel una socialización de los objetivos comunitarios que se ha acrecentado con los años. Y pese a que estos objetivos carecen en muchas ocasiones de medios reales para llevarse a la práctica, supone una ligera esperanza el hecho de que el TJUE utilice principalmente el criterio teleológico para interpretar las normas comunitarias, lo cual ha supuesto un desarrollo en la dimensión social de la UE.

En palabras de OLESTI RAYO se detecta por tanto una dicotomía entre la relevancia de los objetivos previstos en el TUE, dotados de alto contenido social, y los medios, los instrumentos, las capacidades que se han concedido a las instituciones de la UE para poder alcanzar estas finalidades. La realización de estas finalidades, no están acompañadas de innovaciones institucionales, ni tampoco se acredita un incremento competencial que permitan su fácil implementación. Tampoco se observa una previsión de aumento de los recursos económicos de la UE que permitiría la existencia de un presupuesto cuyo montante permitiera tener los instrumentos financieros necesarios

174 *Ibidem.* Pág. 591.

para poder llevar a término políticas económicas de contenido netamente comunitario.¹⁷⁵

2.2.3. Competencias de la CEE y la UE sobre Derechos Fundamentales

Pese a que originariamente la CEE fue fundada para lograr un claro objetivo económico, lo que hoy es la UE ha ensanchado su campo competencial a otras materias que, décadas más tarde, le son propias. Una de las materias en las que se ha avanzado en el ámbito europeo es el derecho social, como he venido exponiendo. Otra de ellas han sido sin duda los Derechos Fundamentales. Estos derechos han visto además ampliado su concepto pasando de ser considerados como tales tan sólo los derechos civiles y políticos, a serlo también ciertos derechos sociales a los que se les ha otorgado –formalmente- el adjetivo de fundamentales. Y es debido a esta ampliación del concepto que los derechos fundamentales que interesan en este estudio. Existe pues, un paralelismo en el desarrollo del derecho social europeo y en el reconocimiento por la UE de los derechos fundamentales dentro de los cuales hoy en día se encuentran también los derechos participativos de los trabajadores en las empresas. Y aunque ambos caminos fueron al principio distintos, se han ido entrelazando hasta el punto en que hoy, ciertos derechos sociales son una categoría más del conjunto de derechos fundamentales y, por ende, de ellos deriva el conjunto de la legislación social europea.

El camino del reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales resultó difícil ya desde sus inicios puesto que suponía una intromisión en el contenido de las Constituciones de los Estados miembros, algunos de los cuales, como la euroescéptica Gran Bretaña, se encontraron reticentes a la implantación de estos desde instancias europeas superiores. Se consideraba que el ámbito de los derechos es propio del Estado y que su cesión a una entidad supranacional comportaba una pérdida de soberanía que no estaban dispuestos a aceptar.

Salvo la excepción consistente en la prohibición de discriminación en cuanto a nacionalidad de otro Estado miembro e igualdad de salario entre hombre y mujer (antiguos artículos 7 119 del TCEE), no existió originalmente ninguna previsión acerca de los derechos fundamentales en la Comunidad Económica Europea, debido a que

175 *Ibidem.* Pág. 595.

estos no influían en la lógica de un libre mercado que funcionaba sin necesidad de ellos. El Tribunal de Justicia Europeo negó su competencia en materia de derechos, alegando que los Tratados constitutivos no reconocían derechos.¹⁷⁶

Es verdad que los Tratados no establecían derechos y por tanto el tribunal (TJCE) difícilmente podía reconocerlos, pero obviarlos significaba indirectamente aceptar un espacio europeo que, en cierto modo, entraba en discordancia con las Constituciones de los Estados miembros y con el consenso internacional en relación al reconocimiento de los derechos.¹⁷⁷ De esta forma, la situación dio un vuelco en la medida en que la propia CEE pudo desarrollar sus propias actividades económicas. Es opinión de DÄUBLER que quien prohíbe a los productores de vino el cultivo de la uva o quien determina que una empresa de la industria química pesada se someta a una investigación por una presunta actuación monopolística debe ocuparse también de la cuestión de los derechos fundamentales. Así, cuanto más se plasma la “integración positiva” y más competencias asume la Comunidad, tanto más problemática será la ausencia de un sistema de protección de los derechos fundamentales.¹⁷⁸

Según esta lógica, y aunque originariamente no existió ningún mecanismo de implantación o control de los derechos fundamentales en la CEE, el TJCE ya en 1969¹⁷⁹ reconoció que los Derechos Fundamentales eran parte de los principios generales del derecho en el ordenamiento comunitario. El reconocimiento que el TJCE realizó tuvo gran significación y su influencia se vio reflejada en los sucesivos Tratados en los que se aprecia una línea de progresivo reconocimiento de los derechos aunque, eso sí, con una escasa relevancia jurídica, en la medida en que no se establecían mecanismos de control.¹⁸⁰

Ya el preámbulo del Acta Única Europea de 1986, contiene una referencia a la responsabilidad de Europa en la defensa de la democracia y del respeto a los Derechos

176 Asunto 1/58 Stork v Higt Authority, 1958, Comptoir de vente de carbon de la Rürhr, 1960.

177 SEVILLA MERINO, J. y VENTURA FRANCH, A. *Evolución del Derecho Social Europeo*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 57, 2005. Pág. 81.

178 DÄUBLER, W. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el derecho colectivo del trabajo*. Revista de Derecho Social nº 17.2002. Pág. 14. Texto de la Conferencia pronunciada en el Curso de postgrado de Derecho del trabajo, “Diálogo Social y Negociación colectiva”, organizado por la UCLM, en Toledo, el 9 de enero de 2002.

179 Asunto Stauder. STJCE de 12 de Noviembre de 1969, C-29/69.

180 SEVILLA MERINO, J. y VENTURA FRANCH, A. *Evolución del...Op. cit.* Pág. 81.

Humanos. Pero hubo que esperar hasta Maastricht para encontrar por escrito en un texto legal el respeto de la UE a los Derechos Fundamentales, aunque no se incluyó esta materia entre las que eran susceptibles de ser sometidas al Tribunal de Justicia Comunitario. Más adelante, Ámsterdam reconoció la competencia de las instituciones comunitarias en el ámbito de los derechos fundamentales. Dicho reconocimiento fue logrado tras la presión ejercida por ciertos Tribunales Constitucionales de los Estados miembros (particularmente el alemán y el italiano) que amenazaron con conocer sobre eventuales normas o actuaciones comunitarias que, a su juicio, no fueran consecuentes con los derechos fundamentales en sus respectivos textos constitucionales. El interés de los Estados miembros por integrar los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario vía TJCE, como principios generales del Derecho comunitario, nació, pues, como una garantía de los propios Estados frente a normas comunitarias que, por estar apoyadas en los principios estrictamente liberales que derivaban de las redacciones genuinas de los Tratados originarios, pudieran implicar obligaciones incompatibles con los derechos fundamentales que formaban parte de su identidad.¹⁸¹

El siguiente problema que encontraron las instancias comunitarias fue la determinación del contenido de tales derechos fundamentales. Pese a su similitud, estos no coinciden en las distintas Constituciones de los Estados miembros, que no reconocen exactamente los mismos derechos, ni los definen de la misma manera en sus leyes fundamentales. De esta forma, a raíz del asunto Nold¹⁸² el TJCE estableció que el Contenido de estos derechos fundamentales se encontraba en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, y en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros. Esta doctrina fue incorporada por el tratado de Ámsterdam en el artículo 6 TUE, sin que este Tratado supusiera ningún otro avance en la materia.

Se plantean varios problemas a raíz de esta doctrina consolidada en 1997. En primer lugar, las tradiciones constitucionales de los distintos Estados miembros, pese a ser similares, no son homogéneas, lo cual plantea una diversidad de reconocimientos que pueden llegar a contradecirse entre sí. En segundo lugar, existe un problema

181 BALLESTER PASTOR, M.A. *Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de derechos fundamentales y en el Tratado de Lisboa*. Actualidad Laboral, nº 15 Quincena del 1 al 15 de Septiembre de 2009, Tomo 2, Editorial La Ley.

182 Asunto Nold, STJCE de 14 de Mayo de 1974, C-4/73.

jurídico con el mencionado Convenio Europeo de los Derechos Humanos. No se trata de un Convenio propio de la CEE ni de la UE, sino que es fruto del Consejo de Europa, de la misma forma que lo es la Carta Social Europea. Así, el Tratado de Ámsterdam reconoció un “respeto” a los derechos fundamentales del Convenio Europeo, pero no se llegó a ratificar el mismo. Esta ratificación hubiese supuesto una incompatibilidad con el estado de los Tratados de la UE y hubiese conllevado una necesaria y compleja modificación de los mismos, tal y como expresaba el Dictamen del TCJE 2/94, de 28 de Marzo de 1996. La principal razón esgrimida por aquel entonces por el TJCE para no ratificar el CEDH era la falta de personalidad jurídica de la UE, personalidad de la que goza ya tras la reciente puesta en marcha del Tratado de Lisboa.

Por su parte, en 1989 había sido redactada en el seno de la CEE la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, cuyo propio título indica ya la integración del derecho social en el ámbito de los derechos fundamentales. Dicha Carta, cuyo contenido será analizado a continuación, careció, sin embargo, de un valor jurídico vinculante para la Comunidad Europea y para los Estados miembros.

Finalmente, surgió de Niza en el año 2001 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Dicha Carta no gozó, en sus inicios, de un valor jurídico suficiente. El fallido Tratado por el cual se intentó establecer una Constitución Europea trató de integrarla en su texto con el conocido fracaso que todo el Tratado sufrió. Sin embargo, el 12 de Diciembre del año 2007, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión alcanzó, por fin, carácter vinculante siendo su valor jurídico equiparado formalmente al de los Tratados.

El contenido y alcance de la Carta merece ser objeto de un estudio detallado que se hará más adelante, aunque cabe adelantar que, por un lado, el valor jurídico de la misma y consolidado por el Tratado de Lisboa, es matizable debido a las cláusulas horizontales contenidas en la propia Carta, y por otro lado, es menester destacar que se trata de una Carta de derechos no solamente civiles y políticos, sino también sociales, entre los cuales se encuentran los derechos participativos de los trabajadores en las empresas. La formal equiparación de los derechos sociales a los derechos civiles y políticos es fruto de un intento de puesta en marcha del principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales, según el cual estos han de garantizarse en bloque, formando un núcleo de derechos inherentes a todo ciudadano. Esta afirmación resulta,

sin embargo, demasiado atrevida ya que los derechos sociales continúan estando hoy en día subordinados tanto a la lógica del mercado, como a los derechos civiles y políticos que gozan de una mayor protección en el ámbito comunitario pero también en las legislaciones internas de los Estados miembros de la Unión Europea.

Asimismo, el concepto de derechos sociales no es un asunto pacífico, así se mantienen posiciones que defienden que los derechos sociales son los derechos de los trabajadores¹⁸³, o que incluyen derechos implicados en el ámbito de las relaciones laborales como el derecho de propiedad o libertad de industria y comercio; o que se trata de derechos prestacionales.¹⁸⁴ En cualquier caso, a diferencia de los derechos humanos tradicionales, que especifican el principio de libertad, los derechos económicos y sociales desarrollan las exigencias de la igualdad. En definitiva, los derechos sociales tratan de garantizar una igualdad esencial, como atributo de la persona y presupuesto de su libertad, que facilite la autonomía y desarrollo integral del ser humano en las esferas en que se desarrolla su vida real.¹⁸⁵

2.2.4. Recapitulación crítica

Los objetivos exclusivamente económicos que conformaron originariamente el proyecto europeo han sido, con el tiempo, parcialmente superados. De esta forma, los postulados liberales según los cuales el libre mercado produciría un bienestar general así como un progreso social han dejado paso a una limitada y lenta política social europea. Varias razones dieron lugar a este cambio de rumbo en el seno de la antigua CEE.

En primer lugar, la supuesta “mano” productora de satisfacción popular no es tal, en la medida en que puede ayudar a las empresas, pero no a las personas que forman parte de ellas ni del propio circuito económico, es decir trabajadores/consumidores, que necesitan la puesta en marcha de mecanismos reguladores que frenen las ambiciones

183 BURDEAU, G. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Editorial Nacional, Madrid 1981.

184 PRIETO SANCHÍS, L. *Los Derechos sociales y el principio de igualdad material*, en la obra colectiva: AÑÓN, M.J. *La Universidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*. Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

185 GIL Y GIL, J.L y USHAKOVA, T. *Los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Relaciones Laborales nº1. 2003. Pág. 1325-1326.

empresariales en pro de unas condiciones de vida y de trabajo dignas que el mercado por sí solo no puede garantizar.

En segundo lugar, esa fuerza invisible extiende su supuesta bondad dentro del circuito económico impulsado por su inercia, pero deja de lado a todo aquel que quede apartado de dicho circuito económico. Niños, ancianos, discapacitados, parados, antiguos empresarios cuyas empresas se derrumbaron, personas migrantes, trabajadores de países terceros, etc., no son objeto de preocupación en la teoría liberal económica, simplemente no existen para el mercado. O tan sólo existen en cuanto a que –al menos los parados- constituyen un ejército de reserva que presiona a los que todavía tienen empleo para no “quejarse”, para no “rechistar”, para no “reivindicar” demasiado, ya que se cierne sobre ellos el peligro de ser reemplazados por aquellos que esperan para entrar en el circuito económico que se fomentó desde las primeras instancias comunitarias¹⁸⁶.

En tercer lugar, los derechos fundamentales no pueden lograrse sin una legislación positiva y una protección judicial que los garantice. Esta legislación y protección judicial son necesarias para garantizar todos los derechos fundamentales, pero lo son especialmente para los derechos fundamentales de carácter social, y también para hacer valer los derechos fundamentales clásicos en el seno de las relaciones laborales. Se requiere, pues, de esta puesta en marcha de mecanismos positivos para que los ciudadanos lo sigan siendo aun en el seno de las empresas donde prestan sus servicios, para que existan ciudadanos “a tiempo completo”, y no tan sólo de puertas para fuera de sus centros de trabajo.

Aun habiéndose experimentado un ligero cambio de rumbo en los postulados comunitarios, la introducción de una cierta política social en la UE sigue siendo muy limitada. En este contexto, la política social aparece subordinada a la política

186 *“La fractura que el desempleo genera, la desesperación en que sume al que lo sufre y al que lo teme, degrada desde luego, y en primer término, las condiciones del intercambio salarial, pero la amenaza no sólo concierne a la ciudadanía en la empresa, altera a la misma vez los procesos de la democracia política, la autodeterminación ciudadana. Los ejemplos podrían multiplicarse: desde benéficos que puede tener en términos de empleo, hasta impedir el derecho de reunión por si hace peligrar los puestos de trabajo de los lugares aledaños a la concentración. Se trata, en consecuencia, de un factor de una enorme potencialidad antidemocrática que, en términos jurídico-laborales, es tan corrosivo que ha sumido al Derecho del Trabajo de transición en una categoría obsoleta.” PÉREZ REY, J. La senda roja: notas sobre emancipación y derecho del trabajo, en especial la II República Española. AAVV Modelos de derecho... op. cit. Pág. 153.*

económica, en una perspectiva de notable pasividad¹⁸⁷, y consiste fundamentalmente en la regulación –normalmente de mínimos mediante Directivas- de ciertos aspectos concretos del mercado y las relaciones laborales. No se ha afianzado, ni mucho menos, un derecho laboral europeo avanzado y garantista junto con un sistema público de seguridad social a nivel continental, que si bien podrían no gozar de una total homogeneidad en el conjunto de la UE, sí supusieran un pilar determinante en la misma. Queda todavía mucho para llegar a este punto, incluso cabe preguntarse si se camina en dicha dirección o más bien en la contraria a la hora de afianzar una protección social sólida mediante un sistema público, que produjera una seguridad al conjunto de trabajadores europeos. La crisis económica acaecida desde el año 2008 ha dejado de lado las políticas sociales dejando patente que las prioridades de la UE siempre fueron y siguen siendo económicas. De hecho, se está pactando encubiertamente el contenido de un futuro tratado de libre comercio entre la UE y los EEUU denominado Acuerdo Transatlántico para el Comercio y la Inversión (TTIP) que no es más que una vuelta de tuerca al modelo liberal que subyace y se hace fuerte en Occidente. La opacidad de las negociaciones a este respecto no puede sino suponer que se trata de encubrir un tratado de consecuencias catastróficas desde el punto de vista social.

2.3. La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, de 1989

2.3.1. Nacimiento y eficacia de la CCDSFT

La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales fue firmada por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros de la Comunidad Económica Europea, en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, en forma de declaración.

Así, la CCDSFT no fue redactada con la intención de una ulterior conversión en instrumento jurídicamente vinculante ni en su incorporación al derecho originario de la Comunidad Europea. Con un interés más simbólico que jurídico, esta Carta destaca por

187 SALA FRANCO, T., COLINA ROBLEDO, M. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. *Derecho Social... Op. cit.* Pág. 70.

haber sido la primera recopilación de derechos sociales en el seno de la antigua CEE. Destaca también por agregar a estos derechos el calificativo de fundamentales en un intento de otorgarles un valor jurídico nominal añadido, y de cuyo alcance solamente podrá tratarse tras el estudio del texto de la Carta. Se intentaron así, establecer unos estándares mínimos comunitarios en materia laboral así como el reconocimiento, en el ámbito comunitario, de un número de derechos fundamentales de naturaleza social.

El Documento de trabajo de la Comisión Europea sobre la “Dimensión social del mercado interior”, que supuso el inicio del proceso de redacción de la CCDSFT, declaró la necesidad de establecer un mínimo social comunitario en forma de Carta de Derechos. Pese a esta intención, el documento final no tuvo la importancia que se esperaba, habiendo sido definido por autores como MONEREO como “una declaración de intenciones de carácter político, que expresa la voluntad de los Estados respecto a la dimensión social del mercado interior”, o como un “instrumento atípico de colaboración europea de carácter paracomunitario o metacomunitario”.¹⁸⁸ La falta de una eficacia y trascendencia de ésta Carta se deriva precisamente de la forma en la que se adoptó ya que el Tratado de Roma explicita que cualquier acto adoptado por los representantes de los Estados miembros sin que estos se constituyan en Consejo de la Comunidad, no puede ser calificado de acto comunitario estricto, razón por la cual la transgresión de los derechos contenidos en la Carta no permite ser alegada ante el TJCE.

La Carta, en consecuencia, no posee un carácter vinculante sino más bien simbólico, en tanto en cuanto no fue ni siquiera firmada por todos los Estados que en 1989 eran miembros de la CEE, sino que Gran Bretaña quedó al margen firmándola años después, en 1998, con la llegada al Gobierno del laborista Blair.

En lo que aquí respecta, dentro de esta Carta se encuentran también regulados los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores (artículos 17 y 18) los cuales serán objeto de estudio a continuación. En todo caso, la CCDSFT no se trata de una norma jurídica comunitaria sino de una mera proclamación política solemne¹⁸⁹, con lo que la eficacia jurídica de estos derechos queda totalmente reducida.

188 MONEREO PÉREZ, J. L., *La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 56-57, 1993. Pág. 853-854.

2.3.2. El Contenido de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales

Se trata de un texto escueto que consta de un Preámbulo y dos Títulos. El Preámbulo destaca los antecedentes que, en la Comunidad Europea, propiciaron la redacción de la Carta, haciendo hincapié en los objetivos sociales de la misma. El primero de los Títulos está consagrado a los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, y el segundo a las cláusulas de aplicación de la Carta. El Título I recoge, en primera instancia, los derechos individuales de los trabajadores (arts. 1 a 10), mientras que los derechos de índole colectiva vienen a continuación. En cuanto a estos derechos colectivos, la CCDSFT les dedica diversos artículos, distinguiendo a tal efecto dos grupos de materias: por un lado, “Libertad de asociación y negociación colectiva” (arts. 11 a 14); por otro, “Información, consulta y participación de los trabajadores” (arts. 17 y 18).

2.3.2.1. El Preámbulo

Basándose en el antiguo artículo 117 TCE, se expone en primer lugar la necesidad de fomentar la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores, permitiendo su equiparación por vía del progreso. Destaca también la previsión de que es conveniente otorgar a los aspectos sociales la misma importancia que a los aspectos económicos y que, por consiguiente, deber ser desarrollados en forma equilibrada. Dicha afirmación, pese a ir en la línea de la equiparación de los derechos sociales con los derechos civiles y políticos fundamentales, ha de calificarse como desproporcionada, ya que, si bien es cierta, no es gracias a esta Carta que dicha equiparación se haya llevado a cabo.

A lo largo del texto que conforma el Preámbulo se repiten las alusiones al mercado interior, piedra angular de la construcción europea, y sólo en la medida en que puedan ayudar a su desarrollo se justifica la puesta en marcha de los mecanismos sociales europeos en general y de la CCDSFT en particular.

189 SALA FRANCO, T., COLINA ROBLEDO, M. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. *Derecho Social... Op. cit.* Pág. 80.

Destaca también la alusión a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y a la Carta Social Europea, textos en los que conviene inspirarse para la redacción de la CCDSFT, según su Preámbulo. También resulta determinante que la aplicación de la Carta no pueda tener como consecuencia una ampliación de las competencias de la Comunidad definidas por los Tratados.

Dos son los objetivos de la Carta según su preámbulo: Por un lado, consagrar los progresos realizados en el ámbito social, por acción de los Estados miembros, de los interlocutores sociales y de la Comunidad; y por otro lado, garantizar en los niveles adecuados el desarrollo de los derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Europea, en particular de los trabajadores por cuenta ajena y de los trabajadores por cuenta propia.

En cuanto a las iniciativas que haya que tomarse para la aplicación de los derechos contenidos en la Carta, y según el principio de subsidiariedad, recuerda el Preámbulo que éstas corresponden a los Estados miembros y, en el marco de sus competencias, son responsabilidad de la Comunidad Europea. La forma para llevar a cabo dicha aplicación puede ser tanto la ley, como el convenio colectivo, como las “prácticas existentes en los distintos niveles adecuados”, haciendo hincapié en la importancia de la participación activa de los interlocutores sociales.

Finalmente los redactores de la Carta se cuidaron de explicitar que la proclamación solemne de los derechos sociales fundamentales a nivel de la Comunidad Europea no puede justificar, en el momento de su aplicación, ninguna regresión con respecto a la situación actualmente existente en cada Estado miembro. Se llevó a cabo así un blindaje a los derechos reconocidos en los Estados miembros, estableciéndose, desde ese momento, como mínimos inalterables desde instancias europeas.

2.3.2.2. El Título I: Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores

2.3.2.2.1. Información, consulta y participación ligadas a distintos derechos

La brevedad de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales en su parte dogmática, lleva a limitar el análisis sobre los derechos de información, consulta y participación casi exclusivamente al artículo que expresamente los regula de

forma genérica. A diferencia de lo que ocurría en la Carta Social Europea del Consejo de Europa donde estos derechos aparecían también dispersos en distintos artículos no dedicados exclusivamente a ellos, sino que más bien, otorgaban derechos participativos en la medida en que otros derechos eran ejercidos. Ocurría así con los preavisos y motivos en cuestión de despidos, despidos objetivos, despidos colectivos, negociación colectiva o incluso en cuanto a dignidad en el trabajo.

Al margen de los artículos 17 y 18 dedicados propiamente a la información consulta y participación de los trabajadores, mucho menor es el elenco de artículos que interesan a este estudio en la CCDSFT, que se limita a los artículos 11 y 12 referidos a la libertad de asociación y a la negociación colectiva, y al artículo 19 que trata sobre la protección de la salud y de la seguridad en el medio de trabajo.

El artículo 11, sin embargo, no menciona siquiera los derechos participativos, sino que simplemente se desprenden de un análisis que he venido ya realizando. Los trabajadores de la Comunidad Europea tienen, según la literalidad del texto, el derecho a asociarse libremente a fin de constituir organizaciones profesionales o sindicales de su elección para defender sus intereses económicos y sociales. La libertad de asociación y libertad sindical, pese a no suponer de por sí un derecho participativo, es en la práctica un requisito *sine qua non* para un ulterior desarrollo de los mismos ya que estos no serán ejercidos por los trabajadores propiamente dichos, sino por sus representantes.

En el artículo 12 de la Carta, a las organizaciones de los trabajadores se les otorga el derecho a negociar y celebrar convenios colectivos en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. No es necesario, en este punto, subrayar una vez más la necesidad implícita de información que supone todo proceso de negociación, ni los límites que entraña subordinar el derecho contenido en esta Carta a las legislaciones y prácticas nacionales.

Por último, el artículo 19 presentado bajo el título “Protección de la salud y de la seguridad en el medio de trabajo” es el único, dejando aparte los artículos 17 y 18, que menciona explícitamente la información, consulta y participación. El precepto establece que “todo trabajador debe disfrutar en su medio de trabajo de condiciones satisfactorias de protección de su salud y seguridad”. A continuación se pone de relieve la necesidad de adoptar medidas adecuadas para proseguir la armonización en el progreso de las

condiciones existentes en este campo. Y es el segundo epígrafe del artículo 19 el que dispone que “estas medidas deberán tener en cuenta, en particular, la necesidad de formación, información, consulta y participación equilibrada de los trabajadores en lo que se refiere a los riesgos a los que estén expuestos y a las medidas que se adopten para eliminar o reducir esos riesgos”.

Precepto cuanto menos confuso en el cual no queda claro si las medidas de armonización en el progreso, por un lado, o las medidas propiamente encaminadas a reducir los riesgos en cuanto a salud y seguridad, por otro lado, son el fin o el medio. Se dejó a la información, consulta y participación a medio camino entre unas y otras, sin definir su naturaleza como derecho propio de los trabajadores.

Pese a esta confusión, puede extraerse del precepto la necesidad de la existencia de información, consulta y participación –junto con la formación- de los trabajadores en cuanto a los riesgos de salud y seguridad a los que estén expuestos y en cuanto a las medidas concretas adoptadas para eliminar –y se supone que también disminuir- dichos riesgos. Estos mecanismos de participación han de ser “equilibrados” según expone el precepto. Como es habitual, no existe ningún indicio ni definición que puedan resolver el significado de dicho equilibrio en cuanto a formación, información, consultas y participación. Imposible es también la analogía con otros textos, tanto nacionales como internacionales, ya que en ninguno se contempla un adjetivo como éste a la hora de definir estos conceptos.

Las medidas que, según el precepto han de adoptarse, persiguen tanto el progreso en esta materia como la armonización en el mismo, tarea, esta última, propia de las Directivas Comunitarias. Es decir, que no se trata de medidas directamente aplicables en las empresas de los distintos Estados miembros, sino más bien dirigidas a los órganos comunitarios encargados de perfilar las armonizaciones legislativas de los Estados miembros.

La formación aparece en este punto junto a la información, la consulta y la participación, sin distinción alguna entre estas cuatro figuras. Me parece una disposición acertada que debería encontrarse más a menudo en los distintos textos legales. Los mecanismos participativos deberían ir de la mano de la formación en muchos aspectos ya que ésta va a permitir una mejor utilización e instrumentalización de los primeros. Claro ejemplo son los riesgos en cuanto a salud y seguridad, donde sin

la formación adecuada, difícilmente va a poder asimilarse una información acerca de ellos, o donde una consulta no va a obtener los resultados esperados, o donde la directa participación de los trabajadores requiere también, y aquí, sin duda alguna, de una buena formación de estos en la materia.

2.3.2.2.2. La información, consulta y participación propiamente dichas

Son los artículos 17 y 18 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, los que recogen de una forma genérica la información, consulta y participación de los mismos. Se trata de mecanismos para los trabajadores y no para sus representantes, ya que estos últimos no aparecen en ningún momento a lo largo de los dos artículos dedicados a la información, consulta y participación. Pese a esta redacción, ha quedado sobradamente demostrado que la práctica difiere enormemente de esta concepción, otorgando los derechos participativos a los representantes, y no a los trabajadores, cuando los hay, y anulando todo mecanismo de participación en los supuestos en los que los trabajadores no gozan de representación.

Por su parte, el artículo 17 contiene una previsión genérica de lo que debería ser la información, consulta y participación. Su primer párrafo viene redactado de la siguiente manera: “La información, la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollarse según mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros”.

Se trata de una redacción totalmente vacía y carente de definición. Se ha utilizado a los trabajadores como sujetos pasivos de la información, consulta y participación, pero no como sujetos de derecho ya que no aparece ninguna referencia a estos que haga pensar que estamos ante unos derechos subjetivos, sino más bien ante una especie de principios. En este sentido FUENTES RODRÍGUEZ ha destacado que mientras que las libertades de asociación y de sindicación (en sus vertientes tanto individual como colectiva), la negociación colectiva y el recurso a medidas de conflicto colectivo, incluida la huelga, están reconocidos específicamente como derechos. La referencia a “la información, consulta y participación” no es tan nítida, habiéndose cuestionado en su momento si el tratamiento de la CCDSFT al respecto suponía un expreso

reconocimiento como derecho o, por el contrario, era un mero “objetivo de política social comunitaria”.¹⁹⁰ Sigue puntualizando la autora que, este diverso tratamiento no debe, sin embargo, llevarnos a engaño, en el sentido de pensar que aquellos que la CCDSFT reconoce como derechos van a tener una instrumentación preferente; antes al contrario, como ya veremos posteriormente, la materia a la que más atención se ha prestado por parte de la Comunidad y que mayor desarrollo normativo ha experimentado en Derecho derivado ha sido, precisamente, la información y consulta de los trabajadores (no así la participación, que (...) en un momento determinado queda desligada de la información y consulta, pudiendo esta escisión responder al hecho de que el tratamiento conjunto de estos aspectos de las relaciones colectivas estaba dificultando la aparición de instrumentos normativos, dada la mayor dificultad de recepción de mecanismos de participación distintos a la mera información y consulta por parte de las organizaciones empresariales).¹⁹¹

El segundo párrafo del artículo 17 hace un guiño al ámbito de aplicación a escala europea de la información, consulta y participación, dando una especial importancia a aquellas empresas o grupos de empresas que tengan establecimientos o empresas situados en varios Estados miembros de la Comunidad Europea. Si bien el texto no deja de lado las regulaciones internas para la gran mayoría de empresas que tan sólo operan en un país miembro, sí encauza el rumbo hacia una especial atención a los fenómenos transnacionales. Dicho ámbito de aplicación resulta de especial importancia debido a su crecimiento continuado, ya que cada vez es más habitual encontrar empresas o grupos que sobrepasen las barreras fronterizas intraeuropeas, debido mayormente al eficaz establecimiento del mercado interior común en el seno de la Unión Europea.

Esta previsión en cuanto a mecanismos participativos a nivel europeo para las empresas o grupos con establecimientos o situados en varios países miembros, resulta también adecuada ya que estos fenómenos escapan a las legislaciones internas de los distintos Estados miembros que ven limitados sus campos de acción a los centros de trabajo o empresas situadas dentro de su territorio. De esta forma y a raíz, quizá, de esta previsión, la Comunidad y la Unión han venido desarrollando distintas Directivas en

190 FUENTES RODRÍGUEZ, F. *Los Derechos Colectivos en la Unión Europea*, en AAVV *Una aproximación al derecho social comunitario* coord: J. Cruz Villalón y T. Pérez del Río. Tecnos, Madrid, 2002. Pág. 152.

191 *Ibidem*. Pág. 152.

este sentido. La Directiva 94/45 CE (ahora 2009/38/CE) sobre el Comité de Empresa Europeo es, sin duda, la más determinante en este aspecto, al establecer un órgano representativo de los trabajadores a nivel supranacional y con competencias en materia de información y consulta. Por su parte, las Directivas 2001/86 CE y 2003/72 CE referentes a las Sociedades Anónimas Europeas y Sociedades Cooperativas Europeas, también van en esta dirección desarrollando instrumentos de información y consulta en empresas de características determinadas como son las SAE y las SCE.

Pese a lo importante de los fenómenos empresariales de estas características y la necesidad de crear mecanismos participativos específicos en el seno de estos, no hay que olvidar que los trabajadores de éstas empresas suponen un ínfimo porcentaje del total de trabajadores de la Unión Europea, y que, por ende, ésta no debería olvidar una labor normativa en cuanto a derechos participativos que englobaran al total de trabajadores de la UE. Fue la Directiva 2002/14 CE la que estableció este marco general a la información y consulta a nivel europeo. Pese a existir una regulación, digamos “general”, hoy en día siguen quedando fuera de todo esquema los trabajadores de empresas cuyo número de trabajadores no supere el umbral establecido para la elección de representantes, lo cual hace de la información, consulta y participación derechos a los que sólo pueden acceder una minoría de trabajadores privilegiados por esta circunstancia.

Por su parte, el artículo 18 de la Carta especifica el o los momentos en los que esa información, esa consulta y esa participación deben llevarse a cabo. En este caso el texto se refiere al “momento oportuno” para, a continuación, delimitar cuatro de esos momentos oportunos en particular. Estos se concretan en la introducción de cambios tecnológicos, reestructuraciones o fusiones, despidos colectivos y en políticas de empleo que afecten a determinados trabajadores.

No existe, pues, una obligación ni una previsión acerca de la puesta en marcha de unos mecanismos participativos que hayan de tener lugar de forma regular, sino que se limita al denominado “momento oportuno”, es decir, cuando alguna situación específica lo requiera –momento- y teniendo en cuenta que una vez ésta se produzca, la información, consulta o participación ha de llevarse a cabo oportunamente para que pueda ser tenida en cuenta –oportuno-. Así, la redacción del artículo 18 intenta que se respeten dos circunstancias: la puesta en marcha de mecanismos participativos en

determinadas circunstancias, y la eficacia de dichos mecanismos una vez estas circunstancias hayan tenido lugar, evitando dilaciones indebidas e injustificadas.

Para ninguna de las circunstancias descritas en este artículo se prevé una situación de antelación con respecto al hecho que ha de propiciar los mecanismos participativos. La fórmula redactada no es “cuando vayan a introducirse” o “cuando vayan a producirse” sino “cuando se introduzcan”, “cuando se produzcan”, “con motivo de” y “cuando haya trabajadores (...) afectados”. Se trata, quizá, de un simple matiz que haya de interpretarse de forma que, en la práctica, los mecanismos participativos se lleven a cabo antes de tales hechos en pro de respetar la previsión acerca de la oportunidad del momento. Sin embargo, no es óbice para recordar que en otros textos sí se utilizan formas verbales más adecuadas y que, por ende, hubiese resultado más conveniente una redacción correcta en este sentido, para evitar malentendidos e interpretaciones oscuras del precepto.

La primera de éstas circunstancias viene definida de la siguiente manera: “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”. Se trata de llevar a cabo información, consulta o participación de los trabajadores cuando existan cambios tecnológicos, coincidiendo plenamente este concepto con lo regulado en la legislación española en cuanto a despidos objetivos (artículo 41 ET) por dicha causa.¹⁹² Sin embargo, en este caso no se trata de despidos propiciados por los cambios tecnológicos, sino la simple introducción de dichos cambios.

Asimismo, es necesario matizar qué cambios tecnológicos son los aquí previstos. Tendrán que afectar de forma importante – esto significa que no basta con afectar sin más- a los trabajadores en lo que se refiere a sus condiciones de trabajo y a la organización del trabajo. No se define la “importancia” en la que se han de ver afectados los trabajadores, ni tampoco lo que son condiciones de trabajo ni la

192 Debido a la anterior falta de definición legal, las causas técnicas habían venido siendo definidas por los Tribunales como las referidas a los medios de producción con posible vejez o inutilidad total o parcial de los mismos, como es la adquisición de nuevos medios técnicos que eliminan un porcentaje importante del trabajo manual anterior. (STSJ del País Vasco de 1 de octubre de 1996 (AS. 3701)). No obstante, a raíz del Real Decreto Ley 10/2010 se las define, por fin, como “cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”, modificando así el artículo 51.1 ET.

organización del mismo, lo cual implica una posterior labor de desarrollo o interpretación de lo que estos conceptos significan. Resulta interesante que, aquí, lo que en la legislación española es una causa autónoma propiciadora de un despido objetivo en ciertos casos, se subordina a los cambios tecnológicos. La organización del trabajo, objeto de la causa organizativa independiente de la causa tecnológica en nuestra legislación interna, aparece aquí como consecuencia de la introducción en las empresas de cambios tecnológicos.

En segundo lugar, se prevé la puesta en marcha de estos mecanismos participativos “cuando se produzcan reestructuraciones o fusiones de empresas que afecten al empleo de los trabajadores”. Nuevamente, las reestructuraciones o fusiones de empresas no bastan, sino que es necesario que éstas afecten al empleo de los trabajadores, esta vez sin previsión de importancia en dicha afectación.

Pero, ¿qué es afectar al empleo? Podrían argumentarse distintas interpretaciones, tales como que se trate simplemente de reestructurar los puestos de trabajo sin cambios en el volumen de éste. Podría también pensarse que, para que este precepto entrara en juego, es necesaria una modificación de las condiciones de trabajo, o incluso que fuera imprescindible la puesta en marcha de despidos como consecuencia de dichas reestructuraciones o fusiones de empresas. Las tres posibilidades podrían también combinarse entre sí, produciendo situaciones en las que una reestructuración o fusión afectase al esquema empresarial de empleo, a las condiciones de trabajado y al volumen de empleo.

No está previsto que esta situación haya de afectar de manera importante al empleo, a diferencia de lo que ocurría en el supuesto anterior. Esta circunstancia, ligada al simple hecho de que los trabajadores son parte activa en la empresa y deberían participar de sus asuntos regularmente, y especialmente en situaciones como ésta, incita a decantarse por la necesidad de poner en marcha información, consulta o participación en todos los supuestos de reestructuraciones o fusiones que afecten, de la manera que sea, al empleo. Y pese a que el precepto no distingue entre información, consulta o participación, una buena solución sería graduar la intensidad participativa de los trabajadores en función de la afectación de estos y de su empleo a raíz de reestructuraciones o fusiones. Así, una simple reestructuración podría dar lugar a que los trabajadores fueran informados, mientras que al modificar las condiciones de

trabajo o el volumen de empleo a raíz de fusiones o reestructuraciones, los mecanismos podrían ampliarse a consultas o incluso a formas de participación de los trabajadores.

El tercer supuesto previsto en el artículo 18 de la Carta, son los procedimientos de despido colectivo. Se trata de un típico supuesto normalmente regulado de forma autónoma al de los derechos de información, consulta y participación genéricos. Tanto textos supranacionales, como las legislaciones internas de los distintos Estados miembros de la UE, suelen otorgar derechos de consultas a los representantes de los trabajadores en estos supuestos. Es difícil intentar homogeneizar el alcance y forma de estos mecanismos desde una norma de estas características ya que, en la práctica, estos deberán amoldarse a los distintos procedimientos y previsiones internas en los casos de despidos colectivos. Dichos trámites legales particulares necesarios a la hora de despedir a un determinado número de trabajadores, difieren en función del Estado en el que se practiquen, siendo el Procedimiento de Despido Colectivo español una de tantas formas de proceder conforme a las distintas legislaciones europeas hoy en día. Los procedimientos de despido colectivos son pues, uno de los grandes retos europeos en cuanto a homogeneización legislativa, siendo muy recomendable establecer un procedimiento estándar a nivel de toda la UE que garantizara la efectiva puesta en marcha y consideración de consultas u otros mecanismos de participación de los trabajadores o de sus representantes.

Por último, se prevén las informaciones, consultas y participación “cuando haya trabajadores, en particular trabajadores transfronterizos, afectados por políticas de empleo llevadas a cabo por las empresas en que trabajan”. Pese a que, de nuevo, se constata una evidente falta de definición en el concepto clave de esta previsión, es decir, las políticas de empleo, podrían asemejarse éstas a las causas organizativas a las que se refiere nuestro Estatuto de los Trabajadores¹⁹³. Se trataría, sin embargo, de una

193 Anteriormente a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 10/2010, ET carecía también de definición es este aspecto, habiendo sido la Jurisprudencia y la Doctrina Judicial las encargadas de definir las causas propiciadoras de los despidos objetivos. De esta forma, las STSJ de Extremadura de 18 de septiembre de 1996 (AS. 2790) y la STSJ de Murcia de 25 de noviembre de 1996 (AS. 3934), entre otras, venían definiendo la causa organizativa y aceptando supuestos prácticos de la siguiente manera: Las causas organizativas son las que se encuadran en el ámbito de los sistemas o métodos de trabajo que configuren la estructura de la empresa en una organización racional de las mismas (atañen a los sistemas y métodos de trabajo del personal). Ejemplos aceptados por la jurisprudencia son los de excedente de plantilla al disminuir el nivel de obra contratada o por instauración de un nuevo sistema de comercialización. Sin embargo, el Real Decreto Ley 10/2010 se hizo, por fin, eco de las definiciones que se han venido dando en el ámbito judicial y ha modificado el artículo 51.1 ET definiendo las causas organizativas como

causa organizativa directamente encaminada a trastocar el esquema de empleo en su volumen o composición, y no de una causa organizativa más amplia que modificase dicho esquema indirectamente como ocurriría, quizá, en la primera de las cuatro causas de este artículo 18 referida a los cambios tecnológicos y donde la organización del trabajo se ve afectada a raíz de estos.

Parece que lo más novedoso de este epígrafe sea el matiz acerca de los trabajadores transfronterizos a los cuales se presta especial atención. La Comunidad Europea trató, en este punto, de centrar su interés en un ámbito de afectación que superara las barreras intracomunitarias para abarcar ciertos supuestos concretos de movilidad entre los distintos países del entorno europeo. Parece obvio, que un posterior desarrollo de este precepto quedaría reservado a los supuestos de trabajadores transfronterizos siempre dentro de la Comunidad, aunque, al no matizarse nada al respecto, el precepto podría estar refiriéndose a una movilidad también extracomunitaria de los trabajadores. Pese a esta falta de concreción, las posteriores Directivas Europeas que han venido desarrollando los derechos de información y consulta en supuestos transfronterizos, demuestran que la respuesta dada a este respecto se ha centrado en el ámbito europeo, con figuras como la Sociedad Anónima Europea, la Sociedad Cooperativa Europea o las Empresas de Dimensión Comunitaria.

En definitiva, los artículos 17 y 18 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, presentan un contenido bastante escueto y deficiente. Se trata de una amalgama de previsiones, que normalmente son reguladas en distintos preceptos digamos “temáticos”, en los que se intentaron aglutinar todas las posibles previsiones acerca de cualquier mecanismo de información, consulta y participación. Este tipo de redacción supuso el consiguiente olvido de distintas materias como los preavisos en casos de despidos, la información acerca de los motivos también en materia de despidos, y sobre todo, la negación de un sistema regular y constante de información en las empresas.

La falta de definición de la información, consulta y participación como derechos, viene acompañada de una referencia genérica a los trabajadores como receptores o protagonistas de las mismas cuando la práctica demuestra lo erróneo de dicha previsión.

“cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal”, habiéndose añadido posteriormente “o en el modo de organizar la producción” a la definición de dichas causas.

En ningún momento se definen, ni siquiera se mencionan, cuáles han de ser los contenidos ni las formas de estos mecanismos participativos. Tampoco existe ninguna distinción entre las diferentes formas participativas, las cuales presentan características muy dispares y no han de ser utilizadas indistintamente. La información, las consultas y la participación de los trabajadores, pese a ser englobados bajo la rúbrica de los métodos de participación, son muy distintas tanto por sus formas como por el grado de implicación de los trabajadores en los asuntos empresariales y merecen una especificación concreta.

Finalmente, el segundo epígrafe del artículo 17, haciendo hincapié en las “empresas o grupos de empresas que tengan establecimientos o empresas situados en varios Estados miembros de la Comunidad Europea”, y el último epígrafe del artículo 18, referido “en particular a los trabajadores transfronterizos”, sean lo más acertado del conjunto del texto en esta materia. Centran, así, el interés de la Carta en el ámbito de afectación comunitario y van a encaminar la futura redacción de distintas Directivas Europeas desarrollando estas previsiones.

2.3.2.3. El Título II: Aplicación de la Carta

“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 las respectivas prácticas nacionales, en particular por vía legislativa y por vía de convenios colectivos”. Tal es la disposición contenida en el primer artículo del Título II de la Carta.

Queda clara la diferencia entre “derechos sociales fundamentales” y “medidas sociales” establecida por el cuerpo de la carta y matizada en este precepto. Dicha diferencia evidencia lo erróneo o incompleto del propio título de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, ya que ésta no solamente incluye derechos sociales fundamentales, sino también figuras mucho menos garantistas como estas “medidas sociales”. La información, consulta y participación habrán de catalogarse, como ya se ha dicho, entre las medidas sociales ya que no existe ninguna previsión

acerca de que estos mecanismos participativos vayan a ser tratados como derechos de los trabajadores en ninguno de los escasos artículos dedicados a ellas.

En segundo lugar, se remite a los Estados miembros la competencia para garantizar dichos derechos y aplicar dichas medidas sociales por vía legislativa o convencional. Esta última vía es menos adecuada, a mi entender, al no garantizar una igualdad para todos los trabajadores, lo que sí garantizan las leyes aplicables a todos. Afirmación, la del precepto, demasiado rotunda que será matizada en el siguiente artículo en el que se aclara que el Consejo invita a la Comisión a que presente cuanto antes las iniciativas que entren dentro del marco de sus competencias. La propia redacción de ciertos artículos de la Carta en su Título I deja patente el papel de las instituciones comunitarias a la hora de desarrollar la Carta, mediante previsiones como las ya vistas en cuanto a supuestos transfronterizos que sobrepasan los ámbitos nacionales (artículos 17 y 18), o mediante previsiones encaminadas a la armonización de las distintas legislaciones europeas en ciertos campos (artículo 19).

La Carta concluye con la previsión de elaboración anual de un informe por parte de la Comisión. Dicho informe versará sobre la aplicación de la Carta por parte de los Estados miembros y de la Comunidad Europea y se transmitirá al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social (artículos 29 y 30).

2.3.2.4. Recapitulación crítica

El contenido de la Carta presenta problemas tanto de aplicación como de fondo. Por un lado, se limita a enunciar unos derechos que en su mayor parte no presentan una regulación precisa, requiriendo una labor posterior de definición, por lo que la puesta en práctica de los principios se habrá de fundamentar en programas de acción social.¹⁹⁴ Por otro lado, los propios derechos que se encuentran en el texto son escasos y poco garantistas. Se trata pues, de un elenco de derechos mucho más limitado que el de la Carta Social Europea, tanto en número de derechos reconocidos, como en contenido de los mismos.

194 RODRÍGUEZ PIÑERO, M. *El programa de acción de la Comisión para la aplicación de la Carta Social*, Relaciones Laborales, Volumen II, 1989, Pág. 76.

Pese a tales carencias de forma, de fondo y obligacionales, la Carta tuvo también ciertos efectos positivos. En primer lugar el texto se consideró de gran utilidad por reflejar las tradiciones comunes de los Estados miembros; también por influir los comportamientos en materia social de instituciones y Estados; y por último, por jugar para los países candidatos un papel indicador.¹⁹⁵ Las Directivas europeas que, en materia social, aparecieron con posterioridad a la Carta, hacen sistemáticamente referencia a la misma en sus Preámbulos, manifestando que la toman como referencia para el desarrollo de sus textos. En cualquier caso, está claro que como una “protección constitucional de los derechos sociales” en el nivel comunitario, la carta es inadecuada pues no reconoce derechos efectivos, no impone límites obligatorios ni a las autoridades nacionales ni a las comunitarias.¹⁹⁶

Hoy en día, y demostrado su fracaso jurídico, ha quedado relegada por la existencia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a una mera mención en el artículo 151 del TFUE en el que se dispone que la Unión y los Estados miembros habrán de tener presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea –texto que ni siquiera forma parte del acervo comunitario- y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales fundamentales. Y se tendrán en cuenta en la medida en que ayuden a lograr ciertos objetivos enunciados en el mencionado artículo, tales como el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, la protección social adecuada, el diálogo social y el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

En definitiva, se trata de una Carta que no ha aportado grandes avances jurídicos ni prácticos en el marco europeo. Inspirada en otra Carta más desarrollada que ella – la CSE-, y seguida por otra Carta, la de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que, como se verá, también tuvo un alcance mayor. La CCDSFT carece de cláusulas de obligatoriedad en su cumplimiento, se trata más bien de una declaración de principios, de una hoja de ruta que lejos de suponer una verdadera legislación positiva y garantista

195 “*Étude sur la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, son intégration dans un traité constitutionnel: quelles implications pour les citoyens européens*”, encargado por el Consejo Económico y Social francés el 25 de junio de 2002.

196 RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y CASAS BAAMONDE, M^a.E. *El Reconocimiento de los derechos sociales en la Unión Europea*, Relaciones Laborales. 1995-I, Pág. 38.

supuso más bien unas directrices en la futura construcción social europea. Incompleta en cuanto a fuerza pero también en su contenido, la Carta olvida distintos derechos sociales a la vez que limita el contenido de los que contempla o simplemente les niega la categoría de derechos –no digamos ya fundamentales-.

La información, consulta y participación encuentran una regulación deficiente en distintos aspectos. Sin ser tratadas como derechos, son también olvidados varios supuestos en los que estos mecanismos suelen y deben aparecer, como en los despidos en los que no se prevé preaviso alguno o para los cuales tampoco hay previsión de informar al trabajador acerca de la causa que los motivó. Tampoco hay una clara separación en el uso de estas tres figuras, sino que información, consulta y participación son medidas indistintamente en el mismo saco sin considerar sus inherentes diferencias. Carencia también de contenido y de forma en las que las informaciones, consultas o participación hayan de llevarse a cabo, y, por último, una previsión equivocada del sujeto pasivo de estos mecanismos –que no derechos-. Así, la Carta se refiere a trabajadores cuando la práctica demuestra que no son estos, sino sus representantes cuando los haya, los que van a llevar a cabo estos mecanismos participativos.

2.4. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

2.4.1. Introducción

En octubre de 1999, y tras el impulso del Consejo Europeo para profundizar en torno a la redacción de una Carta Europea de Derechos Fundamentales que debería incluir expresamente los derechos sociales, se constituyó en Tampere una Comisión de Expertos *ad hoc* a la que se denominó Convento o Convención, y que fue la encargada de redactar el futuro texto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Compuesto por 15 representantes de los gobiernos de los países miembros, 16 representantes del Parlamento Europeo, 30 delegados de los parlamentos nacionales y un miembro representante de la Comisión Europea, el Convento alcanzó rápidamente

un consenso en torno a un texto que contaba con 54 artículos, que fue aprobado por la Cumbre Especial de los Jefes de Estado y de Gobierno de Biarritz (octubre de 2000).¹⁹⁷

Proclamada solemnemente y de forma conjunta por parte del Consejo, el Parlamento y la Comisión, y aprobada posteriormente por el Tratado de Niza en diciembre del mismo año 2000, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) supuso un paso más en el doble proceso tendente, en primer lugar, a implantar los derechos fundamentales en el acervo comunitario y, en segundo lugar, a consolidar los derechos sociales como parte integrante de los denominados derechos fundamentales. Se trata, pues, de determinar mediante el análisis del contenido de la Carta, hasta qué punto la CDFUE ha logrado consolidar este doble proceso.

Así, en Niza se utilizó la estrategia previa de la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales (1989) por medio de un instrumento grandilocuente pero inofensivo por su falta de eficacia normativa. Supuso la especificación de los derechos fundamentales relevantes para el Derecho comunitario, y constituyó meramente una confirmación de la vigencia de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario¹⁹⁸, pero salvada esta función, no puede decirse que alterara el marco normativo de la Comunidad Europea.¹⁹⁹ A diferencia de lo ocurrido en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de 1989, la redacción de esta Carta se realizó bajo el “imperativo Kantiano” de obrar “como si” sus disposiciones fuesen a tener un carácter jurídico vinculante, y hubieran de integrarse en los Tratados.²⁰⁰

Posteriormente, en el texto de lo que intentó ser el Tratado por el que se establecía una Constitución para la UE, existía la intención de otorgar carácter vinculante a la Carta, lo cual no se llevó a cabo debido al fracaso de dicho tratado. Finalmente, y en lo que parecía, esta vez sí la culminación del proceso de inserción de los Derechos Fundamentales en la UE y en su derecho positivo, el Tratado de Lisboa modificó el

197 En este sentido: DÄUBLER, W. *La Carta de los Derechos... Op. cit.* Pág. 16-17.

198 Así lo calificó el Abogado General TIZZIANO en sus conclusiones al asunto BECTU, STJCE de 26 de julio de 2001, C-173/99.

199 BALLESTER PASTOR, M.A. *Los derechos sociales... Op. cit.* Pág. 1.

200 CARRILLO SALCEDO, A. *Notas sobre el significado político y jurídico de la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 9, año 5, enero/junio 2001, Pág. 14.

artículo 6 del TUE que quedó redactado de la siguiente forma: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los 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. 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 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”.

La formal equiparación de la Carta a los Tratados, en cuanto al valor jurídico de esta, requiere ser matizada. Como ha ocurrido tanto en la Carta Social Europea, como en las Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales, las manifestaciones grandilocuentes como esta equiparación al rango de Tratado, suelen resultar de menor calado una vez se lleva a cabo un estudio detallado de los textos. Se hace necesario un examen del contenido de la Carta en su capítulo VII, así como de sus explicaciones, en aras de determinar el verdadero alcance de de la previsión mencionada acerca del valor jurídico de la CDFUE.

También, las explicaciones a las que hace referencia la Carta y de las cuales trata el artículo 6 TUE, van a matizar esta rotunda afirmación, ya que, si bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta. Se trata de unas explicaciones cambiantes que, al haber sido reconocidas por el TUE, proporcionan un carácter cambiante también de las visiones que se llevan a cabo a la hora de interpretar la Carta. Así, la posibilidad de que tales explicaciones se vayan actualizando, conforme a los criterios que estimen los padres de la Carta, subordina la acción del TJCE al control político y al acuerdo unánime de los Estados Miembros. En cuanto al fondo, se ha venido concretando en la consolidación de los criterios interpretativos que hasta la fecha había establecido el TJCE, y en las continuas referencias a textos extracomunitarios, tales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Carta

Social Europea, en los que la Carta se inspira. Los avances que supone la Carta se limitan pues, a imposibilitar el retroceso aunque sea a costa de impedir el avance.²⁰¹

La conclusión que se extrae es que el reconocimiento de los derechos resulta insuficiente si no va acompañado de unas garantías para la debida protección y, en definitiva, realización de los mismos. Para la eficacia de los derechos resulta fundamental establecer, en primer lugar, la diferencia de lo que son realmente derechos de otras figuras como los principios; en segundo lugar, determinar su ámbito de aplicación y, en tercer lugar, concretar las garantías judiciales o extrajudiciales.²⁰²

2.4.2. El contenido de la Carta

La Carta cuenta con un Preámbulo y 54 artículos. Dichos artículos están divididos en los siete Títulos de Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía, Justicia, y finalmente las Disposiciones Finales. Los derechos de información y consulta de los trabajadores en la empresa vienen recogidos en el artículo 27 dentro del Título IV dedicado a la Solidaridad, junto con la mayoría de derechos de índole social reconocidos por la Carta. Por su parte, la participación propiamente dicha no aparece en el texto, a diferencia de lo ocurrido en otras recopilaciones de derechos anteriores a la CDFUE.

El Preámbulo de la Carta es bastante escueto. En lo que aquí interesa, lo más destacable es, en primer lugar, la referencia a los principios de indivisibilidad y universalidad de los derechos fundamentales. En su segundo párrafo se recoge que “la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad”. Estos principios son los justificadores de la inclusión de derechos sociales junto con los civiles y políticos en la Carta. Se entiende así que el conjunto de derechos fundamentales –sin más adjetivos- forma un todo indivisible, es decir, un conjunto interdependiente que no puede entenderse de manera parcial o fraccionada.

Sin embargo, no todo lo contenido en la Carta está dotado de la misma naturaleza jurídica. Así, el propio Preámbulo indica en su último inciso que “la Unión reconoce

201 BALLESTER PASTOR, M.A. *Los derechos sociales... Op. cit.* Pág. 13.

202 SEVILLA MERINO, J. y VENTURA FRANCH, A. *Evolución del Derecho... op. Cit.* Pág. 88.

los derechos, libertades y principios enunciados a continuación”, estableciendo una triple distinción entre unos y otros, lo cual hace necesario una especificación de cada una de estas categorías. De esta tarea se encargan tanto el Título VII dedicado a las disposiciones generales, como las explicaciones a la Carta.

La Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados Comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Justicia Europeo. En definitiva, la Carta reafirma, entre otras cosas, los derechos de todos los textos internacionales en los que han participado todos o algunos de los Estados miembros de la UE. Parece una lista de agradecimientos que un premiado recita a la hora de recoger su premio, una especie de recordatorio de aquello que se redactó anteriormente sobre temas coincidentes con los de la CDFUE. El problema es que aquí, a diferencia de lo que ocurre en los agradecimientos de las entregas de premios, pueden existir conflictos jurídicos entre unos y otros textos. No son siempre los mismos derechos; los que sí coinciden están redactados de forma distinta y con contenido también divergente; los órganos judiciales encargados de velar por la buena aplicación de los mismos tampoco coinciden en absoluto. Es decir, que la reafirmación de todo este elenco de textos y legislaciones varias, pese a ser políticamente muy correcta, puede no ser adecuada desde un punto de vista jurídico.

La inserción de los derechos sociales principalmente en el Capítulo IV de la Carta de Derechos Fundamentales cuyo título es el de “Solidaridad”, puede constituir una pequeña muralla contra lo que hemos denominado “armonización negativa”, pero no garantiza sin embargo la tan ansiada “armonización positiva”.²⁰³ Casi todos los derechos sociales contenidos en la Carta se encuentran bajo la rúbrica de la Solidaridad.

203 BERMEJO GARCÍA, R. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. *Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales*. En A. Herrero de la Fuente. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*. Fundación Rei Alonso Henriques. Zamora, 2003. Pág. 93.

Se trata de un título insólito que no había sido utilizado anteriormente para referirse a los derechos sociales, y que se entiende en la medida en que estos surgieron y se desarrollaron gracias a una visión solidaria de la sociedad en la que los trabajadores – sujetos de derechos- se apoyaron los unos en los otros como clase, para lograr el reconocimiento de estos derechos ante los empresarios y los poderes públicos.

En lo que a los derechos de información y consulta se refiere, son todavía menos los artículos dedicados a ellos y todavía más limitado su contenido que en las anteriores Cartas estudiadas. Recuérdese, además, que la participación aquí desaparece; lo cual supone un indudable retroceso social. Tan sólo el artículo 27 es dedicado a ellos directamente, y tan sólo el artículo 28 sobre la negociación colectiva guarda alguna relación indirecta y nunca explícita con los mismos.

Se deberá garantizar, según el artículo 27, a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados, la información y consulta con suficiente antelación en los casos y condiciones previstos en el Derecho Comunitario y en las legislaciones y prácticas nacionales. Ésta es la redacción final del artículo, sin embargo, patronal y sindicatos manifestaron opiniones divergentes en el seno de la Comisión acerca de la redacción del artículo en cuestión.²⁰⁴ La redacción provisional encontrada en la CHARTE 4192/00 de 27 de marzo de 2000²⁰⁵ contemplaba que “los trabajadores y sus representantes tienen derecho a una consulta efectiva en el seno de la empresa, especialmente en el marco de los procedimientos de despido colectivo y de las decisiones relativas a las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo”.

Con base en esta redacción los sindicatos fueron unánimes a la hora de intentar aumentar el ámbito de protección del artículo, proponiendo redacciones alternativas como la encontrada en la CHARTE 433/99 CONTRIB. 199 de 5 de mayo de 2000 en la que se expresaba que “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

204 Sobre estas discusiones: YSÁS MOLINERO, H. *Derechos de información... Op. cit.* Pág. 3 y 4.

205 Todas las referencias a las CHARTE provienen de YSÁS MOLINERO, H. *Derechos de información... Op. cit.*

sus condiciones de trabajo y su entorno de trabajo”. Se trató por parte de los sindicatos, en este caso del sindicato francés Force Ouvrière, de detallar el momento y forma en los que las informaciones y consultas fueran a tener lugar, con el fin de crear una mayor seguridad jurídica y evitar interpretaciones oscuras derivadas de una redacción demasiado superficial.

Por su parte, las organizaciones de empresarios, como no podía ser de otra manera, intentaron defender sus intereses durante los debates de la Convención. De esta forma y como el interés empresarial se ve perjudicado al existir empleados bien informados y a los que haya que consultar al tomar ciertas decisiones, propusieron directamente la no inclusión en la Carta de un artículo dedicado a la información y la consulta de los trabajadores. Calificando los mecanismos de participación como “aspiraciones políticas” y no como derechos, la Confederation of British Industry expuso en la CHARTE 4298/00 de 25 de mayo de 2000, que estos deberían desarrollarse a en el ámbito nacional o mediante Directivas puntuales, y expuso los inconvenientes de su inclusión en la Carta, tales como una interpretación demasiado amplia de estos derechos por parte del TJCE, jurisprudencia armonizadora que no respetaría las culturas y prácticas nacionales, forzar a los Estados miembros a modificar su legislación nacional y local, lo que generaría inseguridad jurídica para los empresarios, y rotura de todos los marcos nacionales de relaciones laborales. En definitiva, ningún argumento de fondo, sino un intento a la desesperada de frenar las legítimas aspiraciones de los trabajadores alegando las bonanzas del inmovilismo como fin.

El resultado final de las discusiones en el seno de la Convención es la inclusión de unos derechos que por tradición no podían ser dejados fuera del texto, pero con un contenido totalmente limitado y sin ninguna definición ni detalle en cuanto a formas ni momento en los que la información y las consultas se hayan de llevar a cabo.

Antes de comenzar un análisis detallado del contenido del artículo, salta a la vista la desaparición de toda referencia a la participación de los trabajadores en la empresa. Ya sea conjunta o separadamente, la participación había aparecido en los distintos textos legales de la mano de la información y la consulta. Pese a que su contenido ha sido mínimo y su ámbito material de aplicación no permite calificarla de un derecho de cogestión empresarial, su no inclusión en el texto de la Carta de los Derechos

Fundamentales de la Unión Europea supone un claro retroceso en cuanto a los derechos participativos y merece una firme oposición por mi parte. Esta no inclusión resulta tanto más fuera de lugar en la medida en que la cogestión aparece en el artículo 153 TFUE entre los ámbitos destinados a la consecución de los objetivos del artículo 151.

El artículo 27 dispone que, los sujetos de los derechos receptores de la información y las consultas son, según el precepto, los trabajadores o sus representantes. Se trata pues, de unos u otros, sin concreción acerca de los casos en los que los sujetos han de ser los representantes y los casos en los que han de ser los propios trabajadores. Podría tratarse de una previsión acerca de que en los casos en los que hay representantes sean estos los receptores, mientras que en los casos en los que los trabajadores carezcan de representación fueran estos directamente los informados o consultados. Sin embargo, y en relación con la mención a las legislaciones y prácticas nacionales, la previsión va más bien en camino de otorgar los derechos a aquellos que dichas legislaciones y prácticas dispongan. Es decir, que los reales sujetos receptores serán los representantes, nunca los propios trabajadores. Como he venido exponiendo a lo largo de este trabajo siempre que se ha tratado el tema de los sujetos, el debate acerca de la connotación de “trabajadores” o “representantes” es totalmente ocioso ya que sea cual sea la expresión utilizada, ya se utilicen las dos ligadas por la conjunción “y” o bien por la conjunción “o”, ya se utilice tan sólo palabra “trabajadores” o tan sólo la palabra “representantes”, el resultado va a ser el mismo. Serán siempre los representantes si los hay los que ejerzan dichos derechos, mientras que si no los hay estos desaparecerán. A ningún nivel existen previsiones acerca de consultas o información de índole global o empresarial cuyos destinatarios puedan ser los propios trabajadores. Esta concepción limitadora olvida la función de las representaciones, que no es otra que la de transportar y defender los intereses de los trabajadores, no la de suplirlos ni mucho menos la de crear unos intereses distintos a los de estos, unos intereses propios de los representantes que, al desaparecer dichos representantes desaparezcan también con ellos.

Por otro lado, la única indicación referida a la forma –ni siquiera al contenido que es inexistente en todo el artículo- de las informaciones y consultas es la “suficiente antelación” con la que éstas han de llevarse a cabo. Se trata de una expresión que guarda un cierto parecido con “el momento oportuno”, existente en otros textos, tales

como la Carta Social Europea o la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales. Se ha venido entendiendo que el momento oportuno requería de una cierta antelación con el hecho que vaya a propiciar la transmisión de información o la consulta en cuestión ya que, de otro modo éstas se estarían llevando a cabo a posteriori, lo cual impediría a los representantes de los trabajadores actuar o ser tenidos en cuenta por parte del empresario. Es decir, que el fin mismo de estos derechos no sería garantizado, lo cual haría de ellos unos derechos formales sin ningún contenido real. La jurisprudencia del TJCE había ya creado el concepto de “tiempo útil”, coincidiendo éste con el aquí presente o con el momento oportuno de otros textos, con el fin de garantizar que el ejercicio del derecho pueda tener efectos, que no se vacíe de contenido mediante la información o la consulta en un momento que ya la convierta en ineficaz.²⁰⁶

Explicitando que ese momento oportuno o tiempo útil no es otro que un momento “suficientemente anterior”, se ha tratado pues, de garantizar que los representantes y los trabajadores puedan actuar en consecuencia, dentro de los límites legales en el momento de recibir ciertas informaciones, y de que las opiniones que mantengan sobre los temas de consulta puedan ser tenidas en cuenta por el empresario antes de llevar a cabo ciertas actuaciones, tales como reducciones de plantilla, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, fusiones empresariales, o lo que legalmente se determine en cada caso.

La siguiente consideración en cuanto a la redacción del artículo 27 viene referida a los denominados “niveles adecuados” en los cuales la información y las consultas han de tener lugar. Las propias explicaciones a la carta hacen mención a ellos, al igual que lo hace el artículo 27 de la Carta, de la siguiente manera: “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”. El nivel adecuado viene, de esta forma, marcado por el Derecho ya sea nacional o europeo. En cuanto a derecho europeo, las explicaciones mencionan también el propio TFUE en sus artículos 154 y 155, o algunas de las diferentes directivas que han venido desarrollando los derechos participativos a nivel continental como la Directiva 2002/14/CE (marco general relativo a la información y a la consulta

206 ROJO TORRECILLA, E. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y los derechos de información y consulta*, Temas Laborales, nº 59, 2001.

de los trabajadores), la 98/59/CE (despidos colectivos), la 2001/23/CE (traspasos de empresas), o las 94/45/CE y 2009/38/CE (comités de empresa europeos).

En cuanto al nivel nacional, el nivel adecuado vendrá referido a grupos, empresas, centros de trabajo, unidades productivas autónomas, o a lo que venga determinando tanto la legislación como las prácticas nacionales. Tema éste que viene directamente ligado a la determinación de los sujetos de estos derechos, ya que el nivel adecuado se entiende que comienza en el umbral mínimo de trabajadores que dan pie a la existencia de instancias representativas siempre que éstas existan, dejando fuera los niveles inferiores en cuanto a volumen de empleados pero también a los niveles superiores que carezcan de representantes por el motivo que sea.

En definitiva, estas alusiones tanto al derecho comunitario como al derecho o prácticas nacionales dejan patente la competencia concurrente entre la UE y los Estados miembros, es decir, que no es otra cosa que la explicitación del principio de subsidiariedad. Pero estos niveles se limitan, en mi opinión a determinar el ámbito de aplicación de unos derechos que, por otra parte, carecen totalmente de definición y de contenido. El contenido vendrá determinado por las legislaciones ulteriores a todos los niveles, pudiendo éstas incurrir incluso en contradicciones. La ausencia total de contenido abarca también la ausencia de un contenido mínimo salvaguardable en todo caso, lo cual hace del artículo un artículo incompleto y de estos derechos unos simples trazos o principios que no hacen más que declarar una intencionalidad de que exista en algún nivel algún mecanismo de información o consulta sobre algún tema o en alguna ocasión, totalmente faltos de determinación. Ha de existir, pues, algún mecanismo de información y consulta con el único contenido determinado de la “suficiente antelación”. Se hace difícil un control judicial de estos derechos ya que el contenido mínimo es, por lo demás, inexistente y una simple previsión de información o consulta con una suficiente antelación y, llevada a su mínima expresión, bastaría para cumplir con lo expuesto en el artículo 27 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales. Esta falta de concreción hizo indispensable la ulterior redacción 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.

2.4.3. ¿Derechos Sociales o Principios Sociales?

Estamos ante una Carta que goza de un cierto valor pedagógico al aproximar y facilitar al ciudadano el acceso al elenco de derechos fundamentales de la UE, y cuya visibilidad contribuye, por ende, a lograr una mayor seguridad jurídica. La inclusión de derechos de primera, segunda y tercera generación en el mismo texto fue totalmente innovadora dentro del ámbito de la UE. La Carta recopiló distintos derechos contenidos tanto en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, como en la Carta Social Europea, y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales. Asimismo incluyó otros derechos de nuevo cuño que no se encontraban en los mencionados textos, tales como la inviolabilidad de la dignidad humana o la libertad de investigación, entre otros. Escribía BRAIBANT²⁰⁷ que la voluntad era alejarse de la dualidad o la trilogía de los textos nobles, apremiantes y fuertes sobre los derechos civiles y políticos y los textos más débiles y a menudo no ratificados sobre los derechos económicos, sociales y culturales, por razones de lógica...por razones filosóficas y políticas, a fin de no lanzar dentro de un ghetto, generalmente con un estatus inferior, los derechos sociales.

Pese a esta apariencia uniforme, se hace necesario analizar la naturaleza de los llamados derechos de carácter social contenidos en la Carta, es decir, si son estos verdaderamente unos derechos o si se trata más bien de principios.

Las explicaciones a la Carta comienzan su apartado dedicado al artículo 27 refiriéndose a la inclusión de dicho artículo también en la Carta Social Europea revisada (artículo 21) y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (puntos 17 y 18). Pese a esta tajante afirmación, y después de un análisis de dichos textos, es evidente que, pese a la inclusión en ellos de artículos dedicados a la información y consulta, no es posible afirmar que “este artículo figure” en dichas Cartas, sino que más bien, estos derechos son recogidos en ellas aunque con un contenido muy divergente.

Tanto la CSE como la CCDSFT definen el contenido de la información y consulta de un modo mucho más extenso que la CDFUE. En primer lugar porque esta última omite todo tipo de definición y de contenido con la excepción de la “suficiente

207 BRIABANT, G. *La Charte des droits fondamentaux*, Droit social, nº 1, Enero 2001, Pág. 72. Este autor fue designado representante del ejecutivo francés en la Convención.

antelación”. Además, ni siquiera aquellas dos definen igual el contenido, sino que en cada una de ellas se encuentra una redacción divergente. En definitiva, este artículo – el 27 de la CDFUE- no se encuentra en las otras dos cartas, sino que en ellas existe una previsión distinta acerca de unos mecanismos de participación cuya naturaleza es necesario esclarecer.

Quizá la mayor coincidencia entre los tres textos sea la falta de fuerza obligacional del precepto dedicado a la información y consulta –y participación cuando la hay-. Así, la Carta Social Europea define su articulado como una “declaración de objetivos que –las Partes- tratarán de alcanzar por todos los medios adecuados”. Por su parte, la CCDSFT ni siquiera gozaba de carácter vinculante suponiendo en su totalidad una declaración de intenciones, y otorgaba a la información y consulta la categoría de “medidas sociales” y no de derechos.

En este punto queda analizar la categoría y naturaleza de la información y consulta en el texto de la CDFUE. La falta total de contenido de estos, a priori, derechos (así lo expresa el título del artículo 27) hace imposible su calificación como tal, ya que no existe materia jurídica donde apoyarse para crear un núcleo de acción salvaguardado por una jurisprudencia. Este aspecto del que carece el precepto es condición *sine qua non* para la existencia de todo derecho, y al no existir no puede sino calificarse el contenido del artículo como un mero principio rector o como una “aspiración política”, como lo había definido la Confederation of British Industry durante los debates en el seno de la Convención. Queda demostrado que la patronal se llevó finalmente el gato al agua en cuanto al fondo, habiendo renunciado a la forma, es decir, a la no inclusión del precepto en la Carta. Un artículo 27 existente pero vacío fue el resultado.

Existen derechos sociales contenidos en la Carta que no ofrecen ningún tipo de duda a la hora ser calificados como tales, lo cual ocurre por ejemplo en el artículo 5 dedicado a la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzoso, del que surge un derecho directamente ejercitable e invocable. Ahora bien, otros preceptos como el artículo 27, evidencian la redacción intencionada de fórmulas abiertas con el fin de que éstas quepan en las distintas opciones de política económica de la Unión Europea o del los Estados Miembros. Ejemplo claro de esta intención es la fórmula frecuentemente

utilizada “con arreglo al Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales de los Estados Miembros”.²⁰⁸

Pese a que el análisis de la redacción del artículo 27 evidencia su carácter de “principio” y no de derecho, las explicaciones a la Carta no incluyen éste entre los explícitamente citados como tales. Expresan las explicaciones sobre el artículo 52 que, “a título ilustrativo, ejemplos de principios reconocidos por la Carta incluyen, entre otros, los artículos 25, 26 y 37. En determinados casos, un artículo de la Carta puede incluir elementos que se derivan de un derecho y de un principio, por ejemplo, los artículos 23, 33 y 34”. Y pese a tratarse de una enumeración “a título ilustrativo” queda patente que no ha querido considerarse al artículo 27 como uno de los principios, al haber sido citados los dos artículos precedentes a éste. Hubiese sido cuanto menos peculiar incluirlo entre los denominados principios para diferenciarlo de los derechos, teniendo en cuenta que el título del artículo no es otro que “Derecho a la información y consulta de los trabajadores”. De todas maneras el sin sentido llega a tal punto que el artículo 25 mencionado explícitamente como principio tiene como título “Derecho de las personas mayores” y un contenido, si cabe, aún más vacío que el artículo 27.²⁰⁹

El artículo 51.1 de la Carta expresa que los derechos deben respetarse mientras que los principios deben observarse, y así relatan las explicaciones las diferencias entre principios y derechos: “El apartado 5 – del artículo 52- aclara la distinción entre «derechos» y «principios» reconocidos en la Carta. Según esta distinción, los derechos subjetivos deberán respetarse, mientras que los principios deben observarse (apartado 1 del artículo 51). Los principios pueden aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos (adoptados por la Unión en función de sus competencias y por los Estados miembros solamente en aplicación del Derecho de la Unión); por consiguiente, son importantes para los tribunales sólo cuando se trata de la interpretación o revisión de dichos actos. Sin embargo, no dan lugar a derechos inmediatos de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros, lo que es coherente tanto con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (...) como con el

208 GIL Y GIL, J.L y USHAKOVA, T. *Los derechos sociales... Op. cit.* Pág. 1335-1336.

209 Artículo 25. *Derecho 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.

planteamiento de los sistemas constitucionales de los Estados miembros respecto de los «principios», en particular en el ámbito del Derecho social.

Lo que de aquí se desprende es que los derechos de información y consulta, al ser calificados precisamente como derechos, podrán dar lugar a acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros. Se ha trazado así la diferencia con los principios entendidos de la misma manera que lo hace el artículo 53.3 de la Constitución Española, según la cual estos sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Pero existe aquí una contradicción. Por un lado aparece una rúbrica de “derecho” junto con unas explicaciones que corroboran tal calificación, pero por otro lado la materia jurídica de la que se compone el artículo 27 hace imposible la determinación de un núcleo del derecho, de un contenido esencial alegable ante los tribunales de justicia, tanto europeos como nacionales. Para hacer alegable este supuesto derecho, es necesaria la existencia de un desarrollo normativo posterior o incluso de una creación normativa del mismo, ya que de lo que se trata es, en esencia, de un principio rector y no un derecho.

Recuerda este análisis a la tan veces repetida frase acerca de los contratos en la que se afirma que estos son los que son y no lo que las partes dicen que son. Pues bien, en este caso la información y consultas son las que son y no lo que el título ni las explicaciones a la Carta dicen que son. Los principios, por tanto, no limitan automáticamente la acción comunitaria en cualquier ámbito, sino que indican líneas de tendencia, que pueden, (o no) ser desarrolladas por las instituciones comunitarias, pero que, en caso afirmativo, deben serlo conforme a lo que establece la Carta.²¹⁰

La calificación como principio de la información y consulta viene también apoyada por la adhesión al Convenio Europeo de Derecho Humanos, o más bien por su solitaria adhesión dejando de lado la Carta Social Europea y los derechos en ella contenidos, tales como los que son objeto de este estudio. Se trata de una clara discriminación a los derechos sociales que deja patente que la formal equiparación entre derechos civiles y derechos sociales no es tal.

Así, los preceptos que no se encuentran ni entre los derechos contenidos en el CEDH ni entre los definidos explícitamente como principios en las explicaciones a la

210 BALLESTER PASTOR, M.A. *Los derechos sociales... Op. cit.* Pág. 5.

Carta, quedan en un limbo jurídico, ya que carecen de criterios explícitos para una calificación rotunda de su naturaleza. Sin embargo, y como es obvio que un derecho requiere de unos mecanismos positivos de creación jurídica y de control judicial, la falta de estos parece decantar a dichos preceptos, entre los cuales se encuentra el artículo 27, hacia la categoría de principios, habiendo quedado relegadas una vez más la información y la consulta de los trabajadores, mientras que la participación ha sido directamente borrada del mapa jurídico en la CDFUE.

Esta falta de claridad en cuanto a la naturaleza jurídica de ciertos preceptos fue criticada por WEISS²¹¹ a cuyo juicio nada obsta para que una Carta de Derechos Fundamentales pueda incluir ambas categorías siempre y cuando – y esto es fundamental- se separe con claridad cuáles constituyen unos derechos susceptibles de reclamación judicial y cuáles otros constituyen realmente unos “conceptos de valor” abiertos al futuro y que, consiguientemente, puedan ser capaces de dar cabida a posteriores desarrollos. Estos segundos, los denominados “conceptos de valor” pasarían a formar parte de los objetivos comunitarios que deberían informar tanto la actividad de los Estados miembros como la del Tribunal de Justicia. Según el mismo WEISS, la configuración de determinados derechos fundamentales puede albergar serias dudas sobre su hipotética reclamación judicial, pero se debe tener presente a este respecto que estos constituyen más bien objetivos o principios inspiradores de la actividad de las instituciones comunitarias y no derechos desde el estricto punto de vista judicial. No obstante, hay que tener presente que una propuesta de la Comisión que se desviase de alguno de estos “principios rectores” comunitarios, muy probablemente, podría ser susceptible de reclamación ante el Tribunal de Justicia.

En conclusión, existe en la CDFUE una aparente intención de poner en marcha el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales en una formal equiparación de derechos fundamentales clásicos con derechos social. Sin embargo, y en palabras de GIL y USHAKOVA²¹², el principio de indivisibilidad entra en conflicto con las referencias expresas de la Carta a las Constituciones nacionales, al Derecho de la Unión

211 VALDÉS ALONSO, A. *La Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea. (Crónica del Seminario Internacional “Los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea, ante el Consejo Europeo de Niza, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2000).* Conferencia Marco: “Los derechos sociales fundamentales en la unión europea” a cargo del Profesor D. Manfred Weiss. En *Relaciones Laborales* nº8 año XVII, Pág. 146.

212 GIL Y GIL, J.L y USHAKOVA, T. *Los derechos sociales... Op. cit.* Pág. 1341.

y al Convenio de Roma, que, generalmente, ofrecen unas categorías inferiores a los derechos sociales en comparación con los derechos civiles y políticos. Además, se aprecian diferencias en la protección dentro del propio catálogo de los derechos sociales, entre los derechos sociales ligados a la dignidad y la igualdad, directamente invocables, y los derechos sociales programáticos.

Con todo, los denominados principios sí gozan de un determinado efecto directo, pero no se trata de un efecto directo de sustitución que vendría a eclipsar las legislaciones nacionales, sino que se trata de un efecto directo de exclusión. Esto es que no cabe la posibilidad de invocar el precepto concreto de la Carta ante los tribunales para hacer valer el principio en él contenido, sino que tan sólo podrá éste alegarse en la medida en que pretenda dejar sin eficacia alguna norma nacional o europea directamente contraria al principio en cuestión.

La idea del efecto de los principios de la Carta queda perfilada así, más o menos, nítidamente, pero la inexistencia de contenido en el artículo 27 vuelve a hacer inocuas estas previsiones al no existir un núcleo jurídico donde apoyarse. Además, el problema suscitado por la no observación de un principio puede venir –y de hecho a menudo viene- a raíz de la no existencia de una norma, y no de la existencia de una norma contraria al mismo. ¿Cómo actuar ante esta situación? La necesidad de políticas activas en materia social hace necesaria la posibilidad de dotar de mecanismos efectivos para invocar los derechos sociales ante los tribunales, ya que, de otra forma, la inactividad legislativa maniatada a los ciudadanos a la hora de intentar que se respeten sus derechos sociales, ya que es imposible exigir que se observen los principios.

Pese a que éste es uno de los fundamentales problemas de la calificación de los derechos sociales como principios, no siempre ocurre así y en ocasiones sería posible invocarlos en aras de desacreditar el contenido de una norma existente. De esta forma, podría actuarse jurídicamente alegando la no observancia del principio de información y consulta de los trabajadores o sus representantes en las legislaciones nacionales. Esto es así en la medida en que la exigencia de umbrales mínimos de trabajadores para la existencia de representación y, en consecuencia, para la existencia de estos derechos, deja fuera del ámbito de protección del artículo 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entre otros, a un ingente número de trabajadores por cuenta ajena que trabajan en el seno de pequeñas empresas.

Pero esta teoría puede ser fácilmente desmontada ya que la redacción del precepto viene rigurosamente detallada –cuando conviene-. Por un lado, los sujetos no son tan sólo los trabajadores, ni siquiera los trabajadores y sus representantes, sino que son los trabajadores o sus representantes. Este primer detalle –la conjunción “y” en vez de la conjunción “o”- permite dejar fuera de juego a todo el colectivo de trabajadores que no gozan de estatus de representantes ni han podido elegir a alguien que los represente. Por otro lado, y si todavía quedase alguna duda al respecto, la inclusión en el texto de la coletilla “en los casos y condiciones previstos en el Derecho comunitario y en las legislaciones y prácticas nacionales” acaba con todo abismo de alegación judicial contra estas previsiones nacionales o europeas, ya que éstas son expresamente la base del artículo 27 y no su desarrollo, como mandaría la lógica jurídica. En definitiva, el juego entre derechos y principios desactiva toda posibilidad de proteger unos mecanismos de información y consulta –estando la participación olvidada- con base en la CDFUE.

2.4.4. Ámbito de aplicación y alcance de los derechos garantizados

Dejando a un lado la cuestión de la naturaleza de la información y consultas que acabo de tratar, procede dedicar unas líneas a los últimos artículos de la Carta que están dedicados a las Disposiciones Generales sobre la misma.

Así, el artículo 51 expresa que las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias. Así mismo, aclara dicho artículo en su segundo epígrafe, que la presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nueva para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados.

Consecuentemente es fácil determinar el primer límite que encuentra el texto. Es falsa la idea de que los derechos y principios contenidos en la Carta vayan a suponer un aumento o un complemento a los catálogos de Derechos Fundamentales contenidos principalmente en las constituciones en los derechos internos. Por el contrario, suponen

una obligación para las instituciones y órganos comunitarios o para los Estados pero únicamente al aplicar estos el derecho comunitario. La Carta no configura un catálogo de derechos que deba ser aplicado por los Estados miembros, sino sólo el modo en que deben ser interpretados los preceptos comunitarios por los órganos nacionales.²¹³ El contenido de la Carta no va a poder ser alegado por los ciudadanos europeos como lo serían los derechos fundamentales reconocidos en sus respectivos ordenamientos internos, lo cual supone una cobertura mucho menor de lo que a simple vista parece y de lo que se pretendió hacer creer a la hora de ratificar el fallido Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa.

Sin embargo, es opinión de FERNÁNDEZ TOMÁS²¹⁴, que la Carta también puede ser invocada cuando los Estados miembros actúen en un ámbito de aplicación cubierto por el Derecho de la Unión, aun cuando esa actuación no se traduzca necesariamente en un acto legislativo o reglamentario en desarrollo de una norma comunitaria. Según el autor, si hay una jurisprudencia clásica en esa línea aplicando los principios generales del derecho comunitario a los Estados “cuando actúan en el marco del derecho comunitario” (STJCE 13 de julio de 1989, Wachauf, asunto 5/88), y si la ‘explicación’ del artículo 51 recuerda la existencia de la jurisprudencia Wachauf, será quizá porque los autores del comentario explicativo pretenden sugerir algo. Pese a esta teoría, me atrevo a aventurar que los textos legales han de recoger mandatos imperativos claros y no sugerencias implícitas a modo de acertijos.

A continuación, el artículo 52.1 establece que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. El principio de proporcionalidad es introducido como posible limitador de dichos derechos, siempre y cuando sea necesario para salvaguardar objetivos de interés general reconocidos por la Unión o la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás. Se hace difícil respetar el contenido esencial de dichos derechos en los casos como los que se han venido estudiando (artículo 27) donde dicho contenido es inexistente. Por otro lado, se

213 BALLESTER PASTOR, M.A. *Los derechos sociales... Op. cit.* Pág. 4.

214 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 AA.VV MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J. *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional.* Iustel, Madrid, 2008 Pág. 146.

subordinan los derechos y libertades de la Carta a los objetivos de interés general reconocidos por la Unión, es decir, objetivos que si bien pueden ser de carácter social (artículo 151 TFUE), lo son principalmente de carácter económico siendo el objetivo originario de la Comunidad el establecimiento de un mercado común.

Así, los objetivos comunitarios pueden prevalecer sobre los derechos fundamentales siempre que “no constituyan una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la esencia misma de dichos derechos”.²¹⁵ Esta afirmación aporta poco ya que se limita a explicar qué es la proporcionalidad, es decir, algo no desmesurado ni intolerable, pero no soluciona ninguna duda acerca de qué objetivos pueden prevalecer sobre los derechos ni en qué casos.

El artículo 52.2 establece un nuevo límite al contenido de la Carta. Según dicho artículo los derechos reconocidos por la presente Carta que tienen su fundamento en los Tratados Comunitarios o en el Tratado de la Unión Europea se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por estos. Es decir, que la afirmación categórica según la cual la Carta goza del mismo valor que los tratados no es tal, en la medida en que estos limitan el contenido de la Carta y en consecuencia ésta está claramente subordinada a los Tratados, nunca a su mismo nivel. Se trata pues, de un precepto determinante que desacredita por completo el supuesto logro de la equiparación de la Carta a los Tratados.

El siguiente límite se encuentra en el artículo 52.3, dónde se subordina la Carta al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de la siguiente manera: “En la medida en que la presente Carta contenga Derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho convenio. Esta disposición no impide que el derecho de la unión conceda una protección, más extensa”. La subordinación de la Carta a un texto que ni siquiera forma parte originariamente del acervo comunitario, supone de por sí un límite, sin embargo, puede tomarse como una garantía en la medida en que el CEDH es también una Carta de Derechos Fundamentales. Pero lo más importante en cuanto a derechos sociales se refiere es que, pese al reconocimiento del CEDH del Consejo Europeo, la Carta Social Europea no ha sido ratificada, evidenciando una vez más la

215 Explicaciones al artículo 52 de la Carta, con referencia a la STJCE de 13 de abril de 2000, C-292/97).

inefectiva equiparación formal entre derechos fundamentales clásicos y los derechos sociales.

Finalmente, el artículo 53 de la Carta se ciñe a declarar que ninguna de las sus disposiciones 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 distintos Convenios firmados por la UE o sus Estados miembros. Por su parte el artículo 54 dispone que 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.

En definitiva, estas Disposiciones Generales, lejos de establecer la jerarquía de la Carta de un modo equiparable a la de los Tratados de la Unión, enumeran, uno tras otro, los distintos límites que ésta encuentra. Tan cierta es esta apreciación que se ha llegado al punto de calificarlas como “disposiciones esterilizadoras” por su efecto aseptizante sobre la posible eficacia de la Carta.²¹⁶

2.4.5. Recapitulación crítica

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es menos de lo que parece ser. Y lo es aun habiendo sido equiparada formalmente a los Tratados de la Unión ya que tal equiparación no es tal sino su mera apariencia. El texto se autolimita en sus explicaciones –a las que el TFUE ha dotado de valor jurídico- y en sus artículos finales. No resulta ser lo que parecía, sino un texto que no es directamente aplicable a la ciudadanía como anexo o complemento a los derechos fundamentales reconocidos a nivel nacional. Así, pese a gozar de carácter obligatorio, la eficacia jurídica de la CDFUE se encuentra un paso por debajo de los Tratados de la Unión, y muy por arriba de la CCDSFT cuya eficacia se veía reducida a una mera declaración de principios sin obligatoriedad ninguna.

216 MEDINA ORTEGA, M. *La inserción de la Carta en el Derecho de la Unión Europea*. En A. Herrero de la Fuente. *La Carta de Derechos... Op. cit.* Pág. 71.

En cuanto a los derechos sociales contenidos en la Carta y especialmente a la información y consulta –me resisto a llamarlas “derechos”-, queda también matizado el principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales según el cual derechos clásicos y derechos sociales forman un todo inseparable y al mismo nivel. Cabe concluir que no existe tal indivisibilidad, los derechos sociales se han introducido en el mismo texto que los clásicos pero a la vez existen dos categorías jurídicas, lo cual no supone ningún avance con respecto a las previsiones anteriores a la CDFUE.

La información y la consulta forman de hecho parte de los principios y no de los derechos, aunque las formas hayan intentado falsear esta realidad. No son derechos aplicables ni alegables judicialmente. Son, en cambio principios que requieren de un desarrollo. Es más, puede llegarse a la conclusión de que la palabra “principios” queda incluso grande al contenido del artículo 27 CDFUE, ya que no hay núcleo que permita ser desarrollado, sino todo lo contrario. Según el precepto, lo que debería ser desarrollo según la lógica jurídica, es decir, el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales, son aquí la base, son el punto de partida y marcan todo el contenido de las informaciones y consultas y a la inversa. Así, sea cual sea la previsión normativa de las mismas, ésta cabrá en el artículo 27 ya que éste carece de fondo y en todo caso está subordinado a dichas legislaciones y prácticas.

Por su parte la participación, derecho históricamente ligado a información y consultas, se encuentra desaparecido. Ni conjunta ni separadamente se hace mención a ella. Ni aun cuando el propio artículo 153 f) TFUE menciona expresamente la cogestión como forma de representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores.

De esta forma, en el proceso tendente a implantar los derechos fundamentales en el acervo comunitario y a consagrar la equiparación de los derechos sociales en el conjunto de los primeros, se ha logrado, gracias a la CDFUE, un paso más pero no su culminación. La eficacia jurídica general de la Carta no es lo suficientemente clara ni extendida, y los derechos sociales siguen estando subordinados con respecto a los derechos clásicos.

Ciertamente me declaro pesimista tras haber llevado a cabo este análisis. Las cosas deben hacerse mejor en cuanto a la forma y mucho mejor cuanto al fondo. Y esto es así aunque haya quien argumente alguna bondad del texto de la Carta como puede

ser la influencia positiva de los valores que de ella se desprenden. Pero este tipo de influencias intangibles son propias de exposiciones de motivos o de declaraciones de intenciones, no de textos recogedores de derechos fundamentales que deberían salvaguardar realmente un modelo europeo avanzado, especialmente en materia social.

3. Directivas europeas en materia de derechos participativos

3.1. Evolución histórica

La acción comunitaria en materia de derechos participativos ha ido más allá del mero reconocimiento en las Cartas de Derechos ya estudiadas. En concreto, ha sido mediante Directivas Comunitarias como la Unión Europea ha desarrollado este tipo de derechos²¹⁷. De la misma forma que ocurre tanto en las cartas como en las legislaciones nacionales, existen, por un lado, Directivas específicas que tratan los derechos de información y consulta en un ámbito concreto, y por otro lado, una Directiva marco, la 2002/14/CE, que establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea. Siendo pertinente desglosar todas las Directivas que, de algún modo, desarrollan los derechos de información y consulta, procederé a resumir el contenido participativo de algunas de ellas, desarrollando en mayor profundidad las más importantes, entre las cuales no puede faltar la Directiva Marco 2002/14/CE.

Desde los años 70, comenzó a llevarse a cabo una labor activa en la CEE en cuanto al desarrollo, mediante directivas, de los derechos de información y consulta. Las primeras aproximaciones se realizaron a través de Directivas encaminadas a solventar problemas concretos –piénsese, por ejemplo, en la Directiva 75/129/CEE, de 17 de febrero, sobre despidos colectivos (integrada en la Directiva 92/56/CEE, de 24 de junio).²¹⁸ La propuesta de Directiva Vredeling de 1980 y modificada en 1983 es

217 Para una mejor comprensión de la eficacia de las Directivas Comunitarias referidas a derechos sociales en general resulta imprescindible consultar: ALZAGA RUIZ, I. *La eficacia de las Directivas Comunitarias en el ámbito laboral*. Thomson-Reuters. Civitas. Navarra, 2009.

también digna de mención ya que puso en marcha una iniciativa para obligar a las sociedades multinacionales a informar y consultar a los representantes de los trabajadores en el ámbito de la Comunidad Europea. El auge de las políticas neoliberales en los años 80 supuso un freno al desarrollo de las distintas directivas de carácter social y encontró en la oposición del gobierno británico un obstáculo difícilmente salvable, debido al veto de éste ante la adopción de medidas de esta índole. Así, hubo que esperar hasta los años 90 para volver a ver una actividad fructífera en materia social y de derechos participativos en el seno de la Comunidad Europea y, posteriormente, de la Unión Europea.

Tras el parón de los años 80, la primera Directiva destinada a regular la información y consulta de los trabajadores en el ámbito europeo fue la 94/45 del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria. Dicha Directiva, fue derogada por la Directiva 2009/38/CE, con el mismo nombre, con el fin de modernizar la legislación comunitaria a este respecto. El comité de empresa europeo o, en su defecto, el procedimiento de información y consulta, regulados en sendas Directivas, tienen como característica principal la puesta en marcha de mecanismos participativos, lo cual merece una especial atención que llevaré a cabo más adelante en este mismo capítulo.

Ya en 1998 el consejo adoptó la Directiva 98/59/CE de 29 de julio relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a despidos colectivos. La Sección II de dicha directiva viene dedicada exclusivamente a la información y a la consulta, estableciendo que el empresario que tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo. En concreto, dichas consultas deberán versar sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias. El fin de las consultas no es otro que dar la posibilidad a los representantes de los trabajadores para que puedan formular propuestas constructivas. Así, la Directiva prevé que el empresario deba transmitirles toda la información pertinente, así como comunicarles los motivos del proyecto; el número y las categorías

218 Estas dos Directivas fueron, en su día, derogadas por la Directiva 98/59/CE, de 29 de julio relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a despidos colectivos.

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; y el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido.

Más adelante, en el año 2001, el Consejo adoptó la Directiva 2001/23/CE de 12 marzo, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Su Capítulo III está enteramente dedicado a la información y consulta, previendo que tanto el cedente como el cesionario deberán informar a los representantes de sus respectivos trabajadores afectados por un traspaso y con la suficiente antelación acerca de la fecha prevista para el traspaso; los motivos del mismo; las consecuencias jurídicas, económicas y sociales del traspaso para los trabajadores; y de las medidas previstas respecto de los trabajadores. Por su parte, las consultas entrarán en juego en el caso de que el cedente o el cesionario previeran la adopción de medidas en relación con sus trabajadores respectivos. Finalmente, el epígrafe 5 del artículo 7 de la Directiva deja patente que los sujetos de derechos son los representantes de los trabajadores y no los propios trabajadores. Según este precepto, los Estados miembros podrán limitar las obligaciones previstas (...) a las empresas o a los centros de actividad que, con respecto al número de trabajadores, cumplan las condiciones necesarias para la elección o designación de un órgano colegiado que represente a los trabajadores. Una vez más se deja abierta la posibilidad de que estos derechos sólo se garanticen a una minoría de trabajadores, dejando de lado a una ingente cantidad de asalariados europeos. A continuación, matiza el precepto que los trabajadores sí podrán ser directamente informados –nunca consultados– sobre ciertos temas en caso de que la carencia de representantes sea debida a motivos ajenos a la voluntad de los trabajadores, lo cual sigue dejando de lado a los trabajadores de las pequeñas empresas.

En el mismo año 2001, tuvo lugar la adopción de la Directiva 2001/86/CE de Consejo, de 8 de octubre, por la que se contempla el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. Esta Directiva completaba el Reglamento nº2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre por el que se

aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, previendo un sistema de implicación de los trabajadores en este nuevo tipo de sociedades. Tanto esta Directiva como la 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se contempla el Estatuto de la Sociedad Cooperativa europea –aparejada al Reglamento nº 1435/2003-, tienen características muy similares en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. Se trata de dos disposiciones centradas en el papel activo de los trabajadores en el seno de estos dos tipos de organizaciones empresariales. Como se verá más adelante, la estructura de estas dos Directivas es prácticamente la misma que la de las Directivas referidas a las empresas de dimensión comunitaria y que serán objeto de un estudio más detallado en el capítulo siguiente. De esta forma, estas dos Directivas prevén la composición de una comisión negociadora encargada de pactar con la parte empresarial el establecimiento de un futuro órgano de representación o de unos mecanismos de información, consulta y participación, a nivel de toda la sociedad –SAE o SCE-. Basándose en el principio de la autonomía de la voluntad, las normas contempladas en estas directivas son, mayormente, de funcionamiento, dejando a las partes la potestad para determinar el contenido de los derechos “de implicación” de los representantes de los trabajadores. Existen, sin embargo, dos diferencias fundamentales entre estas dos normas y las referidas a las empresas o grupos de dimensión comunitaria. En primer lugar, las Directivas SAE y SCE, al referirse a “implicación de los trabajadores”, se están refiriendo a sus derechos de información y consulta, pero también a los de participación. Este último derecho, la participación, será totalmente obviado por las Directivas 94/45/CE y 2009/38/CE, cercenando así, los derechos participativos históricamente desglosados en tres, y explícitamente reconocidos por el artículo 17 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de 1989, mentado en la exposición de motivos de la propia Directiva 94/45/CE. La segunda diferencia fundamental entre ambas regulaciones, viene referida al momento de aplicación de las disposiciones subsidiarias encontradas en ambos textos. Tanto las normas referidas a las SAE y SCE, como las referidas a las empresas o grupos de dimensión comunitaria, gozan de unas disposiciones subsidiarias que, contrariamente al resto del texto, sí contienen mandatos imperativos concretos acerca de un órgano de representación en la empresa o grupo del que se trate. La diferencia entre una y otra previsión consiste en que, mientras que en las Directivas 94/45/CE y 2009/38/CE, dichas disposiciones son de aplicación en caso de que las partes así lo acuerden, pero

también en caso de falta de acuerdo que impida el establecimiento de otro sistema participativo; las disposiciones de las Directivas SAE y SCE, necesitan, en todo caso, del acuerdo entre las partes para poder aplicarse, pudiéndose llegar así a situaciones en las que la falta de consenso dejara a los trabajadores sin mecanismos de representación a nivel de la SAE o SCE.

Intercalada entre las anteriores, la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea –Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión relativa a la representación de los trabajadores-, supone la piedra angular de los derechos participativos en Europa. Regula la información y consulta –dejando siempre de lado la participación- de forma genérica y ya no en supuestos aislados como los despidos colectivos, traspasos de empresas o SAE y SCE. Resulta obvio que va a ser necesario dedicarle un apartado entero para una mejor comprensión de su contenido y alcance.

Finalmente, la última Directiva a destacar es la 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre, relativa a las fusiones transfronterizas de las sociedades de capital. Su artículo 16 tiene por título “Participación de los trabajadores”, y recoge ciertas previsiones en cuanto los derechos de los trabajadores de sociedades resultantes de fusiones transfronterizas. En principio, la sociedad resultante de la fusión estará sujeta a las normas relativas a la participación de los trabajadores vigentes en el Estado miembro en que se encuentre su domicilio social, salvo en ciertos casos, siempre y cuando se acabe aplicando la legislación más favorable a los trabajadores. La Directiva prevé la aplicación subsidiaria de ciertos preceptos propios de la Directiva 2001/86/CE, así como de su Reglamento 2175/2001.

3.2. Las Directivas 94/45/CE y 2009/38/CE, sobre Empresas de Dimensión Comunitaria

3.2.1. Necesidad de una regulación específica para las Empresas de Dimensión Comunitaria y principios de la Directiva 94/45/CE

En 1994, se aludió al artículo 17 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, según el cual la información, la consulta y la participación de los trabajadores debían desarrollarse según mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros (...) especialmente en aquellas empresas o grupos de empresas que tengan establecimientos o empresas situados en varios Estados miembros. La dimensión comunitaria y sus mecanismos propios de representación de los trabajadores son el resultado del desarrollo de este precepto mediante la Directiva 94/45/CE. La participación quedó simplemente en el olvido. Originariamente, se pensaba realmente en establecer una normativa armonizadora de las legislaciones de los Estados miembros, referida a la participación de los trabajadores como algo más amplio que las funciones de información y consulta²¹⁹, cuestión que quedó finalmente limitada a los mencionados derechos. Por su parte, el texto de la nueva Directiva 38/2009/CE, que derogará la anterior, desaprovechó esta oportunidad limitándose a perfilar algunos aspectos de la originaria Directiva 94/45/CE.

El proceso globalizador y de concentración de capitales en empresas de tamaño cada vez mayor, junto con el desarrollo comunitario del libre mercado interior –sin aduanas, sin fronteras–, han propiciado, desde las últimas décadas del pasado siglo, un proceso de concentración de empresas, fusiones transfronterizas, absorciones y asociaciones y, consecuentemente, la transnacionalización de las empresas y grupos de empresas.

Pues bien, los mecanismos de información y consulta propios de las legislaciones nacionales se ven, en cada vez más ocasiones, superados por estas nuevas estructuras empresariales que no entienden de fronteras, lo cual hace necesaria la implantación de mecanismos propios como el comité de empresa europeo o los procedimientos de información y consulta alternativos al mismo previstos en esta Directiva, que se limitarán a las cuestiones transnacionales. La Directiva 94/45/CE nace como consecuencia del florecimiento, durante el periodo inmediatamente anterior a su aparición, de diversos acuerdos en el seno de las agrupaciones empresariales europeas, tanto nacionales como multinacionales, que concretaron con sus trabajadores la

219 GORDILLO ALHAMBRA, F.J. *Los comités de empresa europeos y otros procedimientos de información y consulta análogos*. Revista del Ministerio De Trabajo y Asuntos Sociales, nº2. Madrid, 1997. Pág. 131.

creación de comités de empresa o procedimientos concretos de información y consulta. La aparición de estos acuerdos tuvo, paradójicamente, como consecuencia la finalización de este periodo, que se había asentado exclusivamente sobre el principio de libertad contractual, para dar paso al intervencionismo normativo en esta materia.²²⁰

Existe también, junto con la razón social, una justificación económica de esta regulación, ya que de no establecerse estos instrumentos para todo tipo de empresas, con independencia de la forma jurídica que las mismas revistan, ineludiblemente se acabarían produciendo situaciones de fuerte distorsión en la libre competencia económica, de modo que, además de la lesión normativa, se producirían evidentes limitaciones y frenos en la innovación organizativa y tecnológica.²²¹

Si la acción de la comisión es subsidiaria con respecto a la de los Estados miembros en relación con el logro de los objetivos de política social, los derechos de información y consulta en empresas y grupos europeos constituyen una materia donde es necesaria la actuación de la Comunidad. Los objetivos sociales de la Comunidad y de los Estados miembros en este punto (arts. 1 y 2.1 del Acuerdo sobre Política Social) no pueden ser alcanzados suficientemente por los Estados miembros. La dimensión y los efectos comunitarios de esta materia social exigen a la Comunidad ejercer sus competencias compartidas con los Estados miembros.²²² De esta forma, frente a las Directivas “clásicas” de armonización de las legislaciones nacionales, la Directiva CEU (Comité de Empresa Europeo) constituye la primera que pretende atajar un problema que las legislaciones nacionales no pueden resolver por separado.²²³

Para llevar a cabo esta tarea se ha hecho necesario, en primer lugar, delimitar el ámbito de aplicación de la directiva mediante la definición de ciertos conceptos, en especial el de empresa de dimensión comunitaria, pero también el de empresa que ejerce el control y, por supuesto, las nociones de información y consulta.

220 MERCADER UGUINA, J. *Las nuevas formas... Op. cit.* Pág. 293.

221 *Ibidem.* Pág. 293.

222 DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C. *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales.* Cívitas, Madrid, 1997. Pág. 71.

223 *Ibidem.* Pág. 73.

La Directiva se limita a concretar los aspectos que necesariamente deben regularse, sin exigir un contenido concreto y específico de los mismos²²⁴. Así, se trató de fomentar el colaboracionismo entre representantes de los trabajadores y empresarios mediante el claro establecimiento del principio de autonomía de la voluntad de ambas partes. Éstas tendrán, en un primer momento, la potestad de determinar los aspectos fundamentales de las informaciones y consultas a llevar a cabo en el seno de cada empresa de dimensión comunitaria. Es decir, existirá una negociación para determinar de común acuerdo la naturaleza, composición, atribuciones, modalidades de funcionamiento, procedimientos y recursos financieros del comité de empresa europeo o de cualquier otro procedimiento de información y consulta, de forma que se adapte a sus circunstancias particulares. No existe pues, un sistema armonizado de representación en este tipo de empresas, sino que éste estará hecho a medida en cada caso y tan sólo en detrimento de acuerdo entre las partes entrarán en juego unas disposiciones subsidiarias previstas en el texto para asegurar unos efectivos procedimientos participativos.

El doble principio de subsidiariedad aplicado en la Directiva supone que, de una parte, rija el reparto de competencias entre la actuación comunitaria y estatal. De otra parte, la subsidiariedad de la acción comunitaria se declara en la relación con la actuación de los interlocutores sociales, en tanto en cuanto se remite a la autonomía colectiva para el establecimiento de un Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta.²²⁵ Este principio de subsidiariedad, establece la necesidad de que sean los Estados miembros los que hayan de determinar quiénes son considerados, en cada caso, como representantes de los trabajadores a los efectos de esta Directiva. Les corresponde también, si así lo estiman, establecer una representación equilibrada de las diferentes categorías de trabajadores. Pero esta alusión a los ordenamientos internos provoca una injustificada desigualdad de estos representantes en el ejercicio de sus funciones que puede servir para identificar representaciones de primera y segunda categoría en un órgano que pretende ser unitario y en el que el conjunto de sus miembros, en principio, deberá desarrollar similares

224 GORDILLO ALHAMBRA, F.J. *Los comités de empresa... Op. cit.* Pág. 133.

225 CRISTÓBAL RONCERO, R. *El comité de empresa europeo en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria.* Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43. Madrid, 2003. Pág. 158.

funciones. De la misma forma, si las instituciones comunitarias están realmente convencidas de la bondad de los derechos reconocidos para el desarrollo de las empresas y los grupos de empresas comunitario, las matizaciones nacionales – limitadoras- en torno al concepto de trabajador cuantificable no parecen suficientemente justificadas, e incluso, en beneficio de una mayor simplicidad aplicativa, quizás fuese más adecuado eliminarlas.²²⁶

Pero existen más materias que han sido reenviadas a la legislación estatal de cada Estado miembro, tales como el procedimiento de designación de los miembros de la comisión negociadora, la regla de cómputo de la plantilla de la empresa, el concepto de empresa, la regulación de las informaciones confidenciales y secretas, las prerrogativas y garantías de los representantes, o los sistemas de control y sanción.²²⁷ Para la adopción de estas materias, el legislador español ha optado por la integración por vía legal, habiendo también podido optar por la vía convencional.

Por su parte, la nueva Directiva 2009/38/CE, se adoptó con la intención de otorgar una mayor claridad a las disposiciones de la antigua Directiva 94/45/CE, pero sobre su misma base jurídica. Se perfilan conceptos y se modifican pequeños flecos, pero en lo fundamental no se modifica el sistema participativo previsto en 1994. Fue traspuesta al ordenamiento español, como no podía ser de otra manera, la Directiva 94/45/CE. Esta trasposición tuvo lugar mediante la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. Posteriormente la transposición de la nueva Directiva 2009/38/CE tuvo lugar mediante la Ley 10/2011, de 19 de mayo, por la que se modificaba la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Según la redacción literal de la exposición de motivos de la nueva Directiva, 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

226 GÓMEZ GORDILLO, R. *El Comité de Empresa Europeo*. Consejo Económico y Social. Madrid, 2003. Pág. 396 y 397.

227 DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C. *El papel de la participación...* *Op. cit.* Pág. 77.

acuerdos existentes, resolver los problemas observados en la aplicación práctica de la Directiva 94/45/CE y poner remedio a la inseguridad jurídica derivada de algunas de sus disposiciones u omisiones, así como mejorar la articulación de los instrumentos legislativos comunitarios en materia de información y consulta a los trabajadores.

El artículo 1.3 de la nueva Directiva 2009/38/CE incluye una novedad con la anterior normativa, consistente en determinar que las competencias del Comité de Empresa Europeo y el alcance del procedimiento de información y consulta a los trabajadores, se limitará a las cuestiones transnacionales. A continuación, el epígrafe 4º del mismo artículo define las cuestiones transnacionales como aquellas que afecten al conjunto de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria o al menos a las empresas o establecimientos de la empresa o del grupo situados en dos Estados miembros. Esta previsión tiene como finalidad, la de evitar que el Comité de Empresa Europeo se inmiscuya en los ámbitos de las representaciones nacionales de los trabajadores, limitando su actuación a los temas descritos en el artículo 1.4. Así, en lugar de buscar mecanismos que garanticen sus respectivos ámbitos interventores, de forma coordinada y/o complementaria (por ejemplo, estableciendo procesos de intervención sucesiva o en cadena, en atención al tema tratado, que parta del órgano nacional para llegar al comunitario, o viceversa), se ha elegido la vía de la exclusión, separando clara y tajantemente los límites competenciales de unos y otros.²²⁸ Sin embargo, supone un sinsentido pensar que las competencias de unos pueden verse excluidas por la de los otros, a la vista del reconocimiento de las competencias de los órganos nacionales tanto a nivel comunitario como a nivel europeo. Ejemplo de ello es lo expuesto por el TJCE en la Sentencia JUNK²²⁹, según la cual, “en el contexto de un grupo de empresas, una decisión de la sociedad matriz cuya consecuencia sea obligar a una de sus filiales a extinguir los contratos de los trabajadores, sólo puede adoptarse una vez finalizado el procedimiento de consultas dentro de dicha filial”.

En consecuencia, y como apunta GARRIDO PÉREZ²³⁰, de interpretarse la previsión literalmente no se solventarían los obstáculos a una intervención de los CEU

228 GARRIDO PÉREZ, E. *La reforma de la Directiva CEU a la luz de la jurisprudencia del TJCE en relación a la información y consulta en estructuras complejas*. Revista de derecho del trabajo, nº49, 2010, Pág.140.

229 STJCE 27/01/2005, asunto C-188/03.

en aquellas situaciones en las que la dirección central tome una decisión que pudiera afectar sólo a una empresa o establecimiento nacional o local, y en donde los representantes del personal de la misma podrían ejercer sus competencias ante la dirección empresarial, pero posiblemente con escasos resultados en cuanto a evitar o reducir sus efectos, precisamente porque ésta no fue la que adoptó la decisión, y con ello quebrando el objetivo de garantizar la información y la consulta en el “nivel pertinente”. De ahí que se exija otra interpretación sistemática y finalista de la propia norma. Así, lo decisivo para delimitar el ámbito competencial del CEU, en coordinación con el de los representantes nacionales o locales, no es que la decisión afecte a uno o varios centros empresariales, sino que la decisión sea adoptada por la dirección central o por una dirección nacional o local. En el primer caso, es cuando más justificada está la intervención de los CEU, ya sea previa, posterior o incluso conjunta a la del órgano de representación en cuestión. En el segundo, es donde también estarían justificados los canales de comunicación y coordinación entre el órgano nacional o local y el CEU ante los efectos potenciales que tal medida pueda tener en otras empresas o establecimientos.

Precisamente porque la nueva Directiva es heredera de la antigua 94/45/CE, y puesto que la estructura de ambas sigue el mismo patrón, voy a proceder al estudio del contenido de la nueva Directiva 2009/38/CE, aunque resaltando la diferencias entre ambas redacciones que permitirán mostrar los cambios, avances o retrocesos en esta materia participativa.

3.2.2. El ámbito de aplicación: ¿Qué es Empresa y Grupo de Empresas de Dimensión Comunitaria?

Antes de entrar a valorar las definiciones de empresa y grupo de empresas de dimensión comunitaria procede destacar que la definición de Estado miembro al que se le han de aplicar las disposiciones de esta Directiva, no es una cuestión simple de resolver. A priori se trataría del conjunto de los Estados miembros de la UE, incluyendo paulatinamente a aquellos países que al ingresar en ella fueran asumiendo el conjunto del acervo comunitario. Sin embargo, en su versión originaria, la Directiva 94/45/CE

no fue de aplicación a las empresas y grupos situados en el Reino Unido, debiendo aplicarse ésta, tan sólo en 11 Estados –todos los de la UE por aquel entonces, salvo el RU-. Posteriormente se aplicaría a Austria, Suecia y Finlandia, nuevos miembros de la UE, pero también a miembros del Espacio Económico Europeo como Noruega, Islandia y Liechtenstein, y que no formaban parte de la UE. De esta forma, por Estado miembro no se entienden todos los Estados de la UE, sino algunos de ellos y además otros ajenos a la propia UE. La fórmula legal escogida por el legislador español en el momento de la trasposición de la Directiva incluía dentro del concepto de Estados miembros a los países pertenecientes al EEE y a los Estados miembros de la UE “...obligados al cumplimiento de la Directiva 94/45/CE...”, excluyendo así al Reino Unido, sin nombrarlo.²³¹

Como se verá a continuación, la Directiva presenta las definiciones de los conceptos de empresa de dimensión comunitaria y de grupo de empresas de dimensión comunitaria. La norma obvia, sin embargo, la definición de empresa. Esta ausencia de definición podría hacer surgir ciertas dudas acerca de la inclusión, o no, de las empresas sin ánimo de lucro o de propiedad pública, siendo las demás formas empresariales (S.A., S.L., etc.) menos problemáticas en este aspecto. En esta ocasión, el legislador comunitario ha omitido toda mención a los elementos definidores del concepto de empresa para evitar cualquier tipo de exclusión que de la misma pudiera derivarse. Se trata, por tanto, de un planteamiento extensivo, en aplicación del cual deberá incluirse entre las empresas de dimensión comunitarias a todas aquellas empresas que ejerzan una actividad económica dentro de los límites territoriales de la Unión Europea.²³² Por lo demás, en la definición tanto de empresa de dimensión comunitaria, como de grupo de empresas de dimensión comunitaria caben todas las empresas y grupos, independientemente del sector al que pertenezcan, estableciéndose la posibilidad de que los Estados miembros excluyan únicamente al personal que preste servicios a bordo de buques de la marina mercante. Sin embargo, la norma española no ha hecho uso de esta posibilidad de exclusión.

Según el artículo 2 de la Directiva, se entenderá por empresa de dimensión comunitaria toda empresa que emplee a 1000 o más trabajadores en los Estados

231 GÓMEZ GORDILLO, R. *El Comité de Empresa...* Op. cit. Pág. 156.

232 *Ibidem.* Pág. 162.

miembros y, por lo menos en dos Estados miembros diferentes, emplee a 150 o más trabajadores en cada uno de ellos. En cuanto a los grupos de empresas de dimensión comunitaria el parámetro es exactamente el mismo. La definición de grupo de empresas es ciertamente autónoma, aunque se perciben en ella claros tintes mercantilistas. Definido el grupo de empresas como un grupo que comprenda una empresa que ejerce el control y las empresas controladas, se establece que la dimensión comunitaria de dicho grupo tiene lugar al emplear éste a 1000 trabajadores en los Estados miembros, existiendo al menos dos empresas del grupo en Estados miembros diferentes y que al menos dos de dichas empresas empleen como poco a 150 trabajadores cada una en un Estado miembro diferente.

Resulta evidente que se haga necesario el establecimiento de límites numéricos para la determinación del concepto de empresa de dimensión comunitaria. Sin embargo, parecen excesivos los parámetros utilizados tanto por la Directiva 94/45/CE como por la nueva Directiva 2009/38/CE, donde no cambia el contenido del precepto. La empresa de dimensión comunitaria es, pues, una gran empresa que tiene una fuerte implantación en más de un Estado miembro. El objetivo consistente en otorgar mecanismos participativos y representativos en las empresas o grupos transfronterizos –siempre dentro de los límites de la UE- se ha limitado a las empresas de más de 1000 trabajadores, cuando podría perfectamente darse el caso de empresas o grupos que, sin llegar a esa exagerada cifra tuvieran de hecho una dimensión comunitaria por encontrarse ubicada en más de un Estado miembro, superando el umbral de 150 trabajadores por Estado, o sin superarlo, ya que este umbral también parece excesivo. Se exige, por un lado, un número demasiado elevado de trabajadores por empresa o centro y, por otro, un número también elevadísimo de trabajadores en cuanto al total de la plantilla. A mayor abundamiento, estos dos requisitos numéricos son complementarios, es decir, una empresa de más de 1000 trabajadores presente, por ejemplo, en diez Estados miembros con un centro de trabajo con 130 trabajadores en cada uno, no sería considerada empresa de dimensión comunitaria. De la misma forma, una empresa que contara con un total de 900 trabajadores nunca podría ser considerada de dimensión comunitaria aunque contara con centros de más de 150 trabajadores en dos o más Estados miembros. El régimen jurídico está encaminado a aplicarse a empresas de grandes dimensiones y sólo a las de dimensión comunitaria técnicamente hablando, no es casualidad. El origen económico de la Unión Europea sigue primando

sobre los parches sociales que sobre él se han venido poniendo. Consecuentemente, la dimensión exageradamente grande exigida aquí, pero también la constante exclusión de los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas en lo que a derechos participativos se refiere, es consecuencia directa del artículo 153.2.b) de TFUE, según el cual las “directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas”. Los derechos participativos siguen siendo vistos como trabas de carácter jurídico para los pequeños y medianos empresarios, y de hecho lo son, ya que otorgan un poder nada desdeñable a quienes detentan unos intereses intrínsecamente opuestos a los de estos, es decir, a los trabajadores por cuenta ajena.

En definitiva, las exposiciones de motivos explicitan la necesidad de cubrir unas necesidades pero en la práctica se han establecido parámetros que limitan la acción protectora de la Directiva únicamente a las empresas de dimensión comunitaria de enormes dimensiones en cuanto al total y de grandes dimensiones en cada Estado miembro, de forma complementaria.

Pero no hay que olvidar que las Directivas se erigen como normas de mínimos, y que en consecuencia, podría permitirse a los Estados miembros introducir umbrales diversos a los establecidos por la Directiva. Es caso afirmativo, cualquier Estado miembro podría cumplir adecuadamente con los mandatos previstos en la norma comunitaria considerando la posibilidad de ampliar los límites del concepto de empresa o grupo de dimensión comunitaria, siempre que tales cambios contribuyesen a mejorar los derechos de información y consulta reconocidos en la norma comunitaria.²³³ Esta posible disparidad en cuanto a los parámetros supone dos graves problemas: en primer lugar la desigualdad inherente a toda legislación que diverja; en segundo lugar, los problemas derivados de la aplicación de la legislación del Estado miembro donde se encuentre la dirección central de la empresa o grupo de dimensión comunitaria, a todos los trabajadores de dicha empresa o grupo, más allá de las fronteras de país en cuestión. La estrategia elegida por el legislador comunitario obliga a los legisladores nacionales a permitir la aplicación de bloques normativos procedentes de otros Estados a un cierto grupo de trabajadores sometidos al derecho interno, a cambio de que paralelamente el resto de los Estados miembros permitan la aplicación del bloque normativo nacional a

233 *Ibidem*. Pág. 159.

una pluralidad de trabajadores que realizan su prestación laboral fuera de las fronteras nacionales.²³⁴ Debido a esta eficacia extraterritorial de las normas de desarrollo estatales, no parece admisible la mejora del régimen jurídico de los aspectos que poseen eficacia extraterritorial; tales preceptos deben ser objeto de una transposición homogénea y literal en el conjunto de Estados miembros.²³⁵ En la misma línea, se verá que el reconocimiento de eficacia extraterritorial a las normas y a los acuerdos del Estado miembro en que la empresa o el grupo posee su dirección central se erige en cauce privilegiado de imposición de los sistemas de relaciones laborales nacionales de los Estados económicamente más desarrollados, sobre el resto. Así pues, la Directiva, norma que carece de eficacia directa, no parece el instrumento normativo más adecuado para obligar a los Estados miembros a coordinar entre sí la aplicación extraterritorial de una multitud de normas de recepción. Con todo, la fuente traslativa más idónea para asegurar la eficacia de los derechos reconocidos quizás hubiese sido el Reglamento comunitario, y no la Directiva.²³⁶

3.2.3. Los conceptos de información y consulta en las Directivas

El mismo artículo 2 continúa con la definición, entre otros conceptos, de información y consulta. Así, la información es entendida como la transmisión de datos por el empleador a los representantes de los trabajadores para que estos puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo; la información se efectuará en un momento, de una manera y con contenido 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 dimensión comunitaria. Por su parte, la consulta se entiende como 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

234 *Ibidem.* Pág. 160.

235 En este sentido, BAZ RODRÍGUEZ, J. *El sistema europeo de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria: reflexiones en torno a la Ley 10/1997, de 24 de abril*, Relaciones Laborales, núm.3, 1998, Pág. 254.

236 En este sentido, GÓMEZ GORDILLO, R, *El Comité de Empresa... Op. cit.* Pág. 389 y 390.

los trabajadores emitir un dictamen sobre la base de la información facilitada 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.

En este caso, sí se han definido exhaustivamente los dos conceptos, a diferencia de lo ocurrido en las diversas cartas de derechos existentes a nivel europeo. Además, se ha procedido en la nueva Directiva a definir el concepto de información; definición inexistente en el texto de 1994 y que suponía una carencia injustificada en el seno de una norma dedicada principalmente al desarrollo de este concepto de la información. No sólo se definen ambos conceptos –información y consulta-, sino que además se determinan la forma, el tiempo y los objetivos de los mismos. Además existe una explícita relación entre ellos, aludiendo a la función que tiene la correcta transmisión de información como requisito previo a la realización de unas consultas efectivas en el seno de las empresas o grupos de dimensión comunitaria. Se ha tratado pues, de definir ambos conceptos, dejando de lado, en este punto, el contenido de las informaciones y consultas que vayan a llevarse a cabo.

Una vez asentados los objetivos, el ámbito de aplicación y los conceptos de información y consultas, la Directiva procede a desglosar el procedimiento negociador previo al establecimiento de un comité de empresa europeo o, en su defecto, un procedimiento de información y consulta alternativo.

3.2.4. La negociación en el seno de la Empresa o Grupo de Dimensión Comunitaria

El legislador europeo ha preferido dar la oportunidad a las partes de negociar la futura forma en la que éstas llevarán a cabo la información y consulta en el seno de las empresas y grupos de dimensión comunitaria. La autonomía de la voluntad juega, pues, un papel decisivo en la delimitación de las funciones y características propias de cada comité de empresa europeo o, en su defecto, del procedimiento de información y consulta alternativo que las partes decidan poner en marcha.

3.2.4.1. Información previa a la propia negociación

Esta negociación previa se establece bajo la responsabilidad de la dirección central de la empresa o grupo, que tendrá la obligación de establecer las condiciones y medios necesarios para la constitución de los mencionados mecanismos participativos (artículo 4.1). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha determinado cómo, cuando los datos sobre la estructura o la organización del grupo de empresas formen parte de la información imprescindible para iniciar negociaciones con el objeto de crear un comité de empresa europeo o de establecer un procedimiento de información y consulta transnacional de los trabajadores, 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 operarios que lo soliciten²³⁷.

De esta forma, la Sentencia Bofrost impuso la obligación de suministro de información a cualquiera de las empresas agrupadas, aunque no fuera la central, diseñando así un derecho/deber vertical de cualquier dirección empresarial hacia los representantes del personal de su empresa o establecimiento que requiera tal información. Por su parte, la posterior Sentencia Nagel²³⁸, partiendo del supuesto vertical en el que es a la dirección presunta a la que se le reclama por el órgano representativo del personal la información necesaria de carácter estructural del grupo en su conjunto, el TJCE configura un derecho/deber horizontal de información entre la dirección presunta y el resto de las direcciones empresariales, si bien en el limitado caso de que la dirección central se encontrara fuera de la Comunidad y se negara a proporcionar la debida información a la dirección presunta.²³⁹

En este aspecto, el TJCE, en el asunto Anker, ha matizando que, “con el fin de garantizar el efecto útil de la Directiva, las demás empresas pertenecientes al grupo situadas en los Estados miembros tienen la obligación de ayudar a la dirección central presunta a cumplir la obligación principal prevista en el artículo 4.1 de la Directiva. El derecho de la dirección central presunta a recibir la información imprescindible tiene

237 STJCE C-62/99, de 29 de marzo de 2001, asunto Betriebsrat der Bofrost Josef Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG, citada por M.R. Martínez Barroso (2001) "Modelos clásicos y sistemas nuevos de participación de los trabajadores en la empresa", *Temas Laborales*, 62, Pág. 63.

238 STJCE, de 13 de 01 de 2004.

239 GARRIDO PÉREZ, E. *La reforma de la Directiva CEU... Op. cit.* Pág. 130.

como corolario la existencia de una obligación de las direcciones de las demás empresas pertenecientes al grupo de proporcionarle la información de que dispongan o que puedan obtener... De la finalidad y de la sistemática de la Directiva se desprende que las obligaciones que incumben a la dirección central o a la dirección central presunta deben interpretarse en el sentido de que comprenden tanto la obligación de proporcionar directamente a los representantes de los trabajadores la información imprescindible para el inicio de negociaciones con el objeto de constituir un Comité de Empresa Europeo como la de transmitir dicha información a los representantes de los trabajadores a través de la empresa perteneciente al grupo en la que trabajan, a la que dichos representantes hayan solicitado la información en primer lugar”.²⁴⁰

Pues bien, a raíz de estas tres significativas sentencias del TJCE, la nueva Directiva 2009/38/CE ha incluido un nuevo epígrafe a su artículo 4, en el que se expresa que *“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 (...) de la empresa o del grupo de empresas 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, (...) 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 contemplado en el artículo 2, apartado 1, letras a) y c)”*.

Al deber informativo que se impone sobre cada dirección empresarial se corresponde pues, el derecho de cualquier órgano de representación de los trabajadores, a nivel nacional, local o empresarial, a dirigirse a la dirección de su empresa o establecimiento, solicitando la debida información sobre la estructura del grupo. De la misma forma, las direcciones empresariales obligadas no pueden alegar desconocimiento o falta de posesión de la información requerida.²⁴¹ El TJCE no ha resuelto, sin embargo, la eventualidad de que la información se suministrara a los representantes de los trabajadores de forma incompleta o inexacta. En estos casos,

240 STJCE C-349/01, de 15 de julio de 2004, asunto *Betriebsrat der Firma ADS Anker GMBH*.

241 GARRIDO PÉREZ, E. *La reforma de la Directiva CEU... Op. cit.* Pág. 132.

como bien apunta GARRIDO PÉREZ²⁴², deberían ponerse en marcha los mecanismos de reacción nacionales, de tipo administrativo o jurisdiccional, que garanticen que la empresa no ha incumplido sus obligaciones o que se opone a la correcta aplicación de la Directiva, con base en lo dispuesto con carácter general en el propio art. 11.3 de la misma al imponer a los Estados miembros la obligación de adoptar las “medidas adecuadas” para el caso de incumplimiento de las disposiciones de la norma comunitaria.

Todavía en referencia al nuevo artículo 4.4 de la Directiva, es necesario, y en este punto también se ha pronunciado el TJCE, determinar qué informaciones son las “indispensables” para la ulterior apertura del proceso negociador. La información estructural y de plantilla sí reúne, según el Tribunal, las condiciones de indispensabilidad; conclusión obvia a la luz de la literalidad del artículo 4.4. Los datos relativos a los vínculos de poder o a las relaciones económicas y jurídicas entre las actividades y establecimientos de la empresa o grupo, son, sin embargo, más dudosos al respecto. En todo caso, el artículo 4.4 se pronuncia en pro de la transmisión de ese tipo de informaciones sin incluir términos excluyentes bajo la forma “sin perjuicio de” o “preservando el carácter reservado de la información”, que sí utiliza la Directiva en otros casos. Así, debido a que el precepto se refiere a informar “en particular” y “señaladamente” sobre estos aspectos, la conclusión no puede ser otra que la imposibilidad de utilización de los instrumentos de confidencialidad en estos casos. En cambio, sí podrán alegarse dichos instrumentos en cuanto a las informaciones de otra índole requeridas por los representantes del personal a estos respectos, siempre y cuando éstas no sean consideradas indispensables para la apertura de las ulteriores negociaciones.

3.2.4.2. La negociación

Así pues, la Directiva prevé la constitución de una comisión negociadora integrada por representantes de los trabajadores, cuya labor será la de fijar, junto con la dirección central, mediante acuerdo escrito, el alcance, la composición, las atribuciones y la duración del mandato de (de los) Comité(s) de Empresa Europeo(s). La

242 *Ibidem.* Pág. 133.

negociación se iniciará o a iniciativa de la dirección central, o a solicitud escrita de un mínimo de 100 trabajadores, o de sus representantes, pertenecientes por los menos a dos empresas o establecimientos situados en, al menos, dos Estados miembros.

Se establece un deber para los Estados miembros, consistente en 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. Pero la desvirtuación de esta previsión no se hace esperar, ya que a continuación viene matizado que ésta 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. De esta forma, los motivos ajenos a su voluntad se ven limitados a situaciones en las que existe el derecho de creación de un órgano de representación sin haberse podido éste constituir por alguna razón no achacable a los propios trabajadores. Como era de esperar, que la empresa sea demasiado pequeña como para que el legislador no otorgue a los trabajadores el derecho a ver representados sus intereses, no es entendido como una razón ajena a la voluntad de estos, lo cual es totalmente incongruente con la literalidad de la primera parte del precepto.

Resulta interesante que la Directiva se refiera a “los órganos de representación”. Técnicamente, los comités de empresa sí son órganos, sin embargo, en España los delegados de personal previsto por la legislación española no lo son, así que, en principio, estos deberían quedar también fuera de los límites mínimos de plantilla a los que se refiere la Directiva. Esta interpretación literal resulta, a mi parecer, demasiado estricta, debiéndose entender que las empresas o establecimientos que cuenten con delegados de personal sí deberán poder participar en la elección de los miembros de la comisión negociadora. Sea como fuere, no obsta para concluir que la redacción del precepto es más bien desafortunada al incurrir en un error técnico de estas características. En todo caso, no es descartable que el legislador comunitario hubiera querido dejar abierta la posibilidad de exclusión de ciertas figuras representativas mediante esta redacción.

La elección o designación de los miembros de la comisión se realizará en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado miembro, de manera que para cada Estado exista un miembro por cada grupo de trabajadores empleados en

ese Estado que represente el 10% del número de trabajadores del conjunto de la empresa o grupo de dimensión comunitaria. No hay, sin embargo, previsión a cerca de la existencia de un representante mínimo por cada Estado, así que si el conjunto de trabajadores en uno de ellos no llega al 10% del total sus intereses no se verán representados en la comisión negociadora, aunque contasen con más de 150 trabajadores –número de referencia en la definición de empresa de dimensión comunitaria-. En este aspecto, la nueva redacción difiere sustancialmente de la antigua Directiva 94/45/CE, en la que no se previó el porcentaje del 10%, y sí en cambio, la presencia en la comisión de un representante por cada Estado miembro, constituyéndose el resto de la comisión mediante miembros suplementarios en proporción al número de trabajadores que tengan los establecimientos o empresas. Se ha suplido, pues, la falta de concreción en cuanto a estos miembros suplementarios mediante la cifra del 10%, pero a la vez se ha olvidado la representación mínima de trabajadores pertenecientes a un mismo Estado miembro, lo cual supone un gran retroceso en la búsqueda de una representatividad del conjunto de asalariados de la empresa o del grupo de dimensión comunitaria.

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 reconocidos a nivel comunitario. Estos podrán asistir, con carácter consultivo, a las reuniones de negociación a solicitud de la comisión negociadora. Se trata de una medida encaminada a facilitar la efectiva labor negociadora de la comisión, pero que carece de una previsión en cuanto al número estos expertos. La Directiva se refiere a ellos en plural, lo cual posibilita que haya más de uno, pero al no haber límite máximo hay que entender que deberá tratarse de un número razonable de estos, sin que pueda llegarse a una sobrerrepresentación en estos casos.

Pero, una vez más, las previsiones garantistas quedan, en parte, desvirtuadas, ya que más adelante, y tras decretar que los gastos relativos a la negociación correrán a cargo de la dirección central, la Directiva no duda en establecer la posibilidad a los Estados miembros de fijar las normas relativas a la financiación del funcionamiento de la comisión negociadora pudiendo, en particular, limitar la financiación a un solo experto. Ello no implica que no pueda haber más de uno, sino que tan sólo limita la financiación empresarial a los servicios prestados por éste. Parece lógico que no pueda

financiarse un número indeterminado de expertos, aunque también parece muy escaso limitar la financiación a un solo experto.

Un punto interesante referido a la composición de la comisión negociadora se encuentra en el desarrollo previsto por la normativa española (Ley 10/1997), en su artículo 9.3. Es necesario tener en cuenta que las empresa o grupos de dimensión comunitaria pueden ser, en muchos casos, de dimensión mayor a la comunitaria, aunque la UE no tenga potestad para imponer su acción normativa a los establecimientos situados fuera de sus límites. En este sentido, siempre según el desarrollo normativo español, en las reuniones de la comisión negociadora y en las que ésta celebra con la dirección central podrán participar con voz, pero sin voto, representantes elegidos por los trabajadores de Estados no miembros donde la empresa o el grupo tengan centros de trabajo o empresas, cuando así lo decidan de común acuerdo la dirección central y la comisión negociadora.

Finalmente, la autonomía de la voluntad va a dar la posibilidad a la comisión negociadora de decidir, por mayoría de dos tercios, no iniciar o anular las negociaciones es en curso. Decisión que pondrá fin al procedimiento para la celebración del acuerdo y no dará lugar a la aplicación de las previsiones del anexo I de la Directiva, encaminado a establecer unos mecanismos participativos cuando la no consecución de acuerdo sea achacable a la parte empresarial. Desde la citada decisión, tendrán que pasar dos años hasta que pueda presentarse una nueva petición, por parte de los trabajadores o sus representantes, para convocar a la comisión negociadora, excepto, y siempre teniendo en cuenta el principio de autonomía de la voluntad, si las partes acuerdan un plazo más corto, nunca más largo. Destaca GÓMEZ GORDILLO²⁴³ que la posibilidad de acordar la negativa a negociar constituye una renuncia de derechos colectivos que, por más que haya sido suficientemente reforzada con la exigencia de mayoría cualificada, permite la inmotivada elusión de las obligaciones previstas en la norma comunitaria. La relevancia de los derechos objeto de regulación, prosigue el autor, aconsejaría suprimir la posibilidad de renuncia voluntaria, o en todo caso, sujetar ésta a la concurrencia de circunstancias excepcionales que justificasen el aplazamiento del proceso de negociación, especialmente si se mantiene la regulación

243 En este sentido, GÓMEZ GORDILLO, R. *El Comité de Empresa... Op. cit.* Pág. 393.

vigente que condicione el inicio de la negociación a la petición de un grupo de trabajadores o sus representantes.

Ya que la Directiva no pretende, en un principio, reconocer derechos sustantivos de información y consulta, sus disposiciones son mayormente de carácter procedimental, sin embargo por aplicación subsidiaria puede convertirse en una norma claramente sustancial. La aplicación de las disposiciones sustanciales contenidas en el Anexo de la Directiva, va a depender de la existencia o no de un acuerdo entre las partes tras la negociación, y de la naturaleza de éste, pudiendo acordarse precisamente la aplicación de las disposiciones subsidiarias.

Por otra parte, se plantea el problema de la posibilidad de compaginar la existencia de varios órganos de información y consulta surgidos de distintos acuerdos. Existen dudas interpretativas en aquellos supuestos en los que en el seno de un grupo de dimensión comunitaria se encuadre una empresa también de dimensión comunitaria. Ello porque podría darse el supuesto de que en aquél se hubiera constituido el comité y no en éste, o a la inversa. En este punto, la doctrina plantea la incompatibilidad, dentro de un mismo ámbito espacial, personal y temporal, de la existencia de varios Comités de Empresa Europeos o la existencia de uno de esos Comités con algún procedimiento de información y consulta, siendo sin embargo posible la coexistencia de estos últimos.²⁴⁴ Al hilo de esta conclusión debe perfilarse si ha de prevalecer el más antiguo en el tiempo o, por el contrario, el de dimensión más grande (grupo) sobre el más pequeño (empresa perteneciente al grupo). Y debido al objetivo integrador de la Directiva parece que lo más conveniente fuera dar prioridad al Comité de ámbito de aplicación más amplio. Conclusión reforzada por el hecho de que, de esta forma, se otorga representación también a las demás empresas del grupo que por sí solas no gozan del carácter comunitario, y que, de la otra manera, no entrarían en el juego de ningún Comité de Empresa Europeo pese a pertenecer a un grupo de dimensión comunitaria, contraviéndose, por ende, las disposiciones de la propia Directiva.

244 GORDILLO ALHAMBRA, F.J. *Los comités de empresa europeos...Op. cit.* Pág. 136.

3.2.4.2.3 El supuesto de existencia de acuerdo

En caso de que las partes lleguen a un acuerdo tras negociar, según dicta la Directiva, con espíritu de colaboración, el artículo 6 de la misma dispone distintos aspectos a tener en cuenta en dicho acuerdo, siempre sin perjuicio de la autonomía de la voluntad. Así, el acuerdo deberá establecer cuáles son las empresas miembros del grupo o los establecimientos de la empresa de dimensión comunitaria afectados por el acuerdo; la composición del Comité de Empresa Europeo, el número de miembros, su distribución, de modo que pueda tenerse en cuenta, dentro de lo posible, la necesidad de una representación equilibrada de los trabajadores por sus actividades, categorías y sexos –siendo estas previsiones novedosas con respecto a la antigua Directiva de 1994-, y la duración del mandato; las atribuciones y el procedimiento de información y consulta al Comité de Empresa Europeo, así como las modalidades de articulación entre información y consulta al Comité de Empresa Europeo y a los órganos nacionales de representación de los trabajadores; el lugar, la frecuencia y la duración de las reuniones del comité; en su caso, la composición, las modalidades de designación, las atribuciones y las modalidades de reunión del comité restringido constituido dentro del comité de empresa europeo; los recursos financieros y materiales que asignarán al comité de empresa europeo –recordemos que estos recursos corren a cargo de la dirección central-; y, por último, la fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración, las modalidades conforme a las cuales puede ser modificado o denunciado, así como los casos en los que el acuerdo deberá renegociarse y el procedimiento de su renegociación inclusive, en su caso, cuando se produzcan cambios en la estructura de la empresa o del grupo.

Hasta aquí las previsiones acerca de los puntos sobre los cuales las partes han de llegar a un acuerdo. En definitiva, se trata únicamente de cuestiones de forma y tiempo, dejando una total libertad a las partes a la hora de determinar el contenido de las informaciones y consultas que hayan de llevarse a cabo. Es más, podría cerrarse un acuerdo en el que no se determinaran estos aspectos sin contravenir las disposiciones normativas tanto de la antigua Directiva 94/45/CE como de la Directiva 2009/38/CE.

Pero las partes pueden llegar también al acuerdo escrito de establecer, en vez de un comité de empresa europeo, uno o más procedimientos de información y consulta. Las previsiones de la Directiva en cuanto a este acuerdo se limitan a establecer que éste

deberá prever las modalidades con arreglo a las cuales los representantes de los trabajadores tendrán derecho a reunirse para cambiar impresiones acerca de la información que les sea comunicada, y que esta información se referirá, en particular, a cuestiones transnacionales que puedan afectar considerablemente a los intereses de los trabajadores. A diferencia de lo previsto en cuanto al comité de empresa, en el caso del procedimiento de información y consulta alternativo, sí se establece, junto a una modesta definición de las formas –modalidades con arreglo a las cuales-, una previsión en cuanto al contenido de éstas. Las cuestiones transnacionales que puedan afectar considerablemente a los intereses de los trabajadores, pese a ser también muy modestas, se refieren al contenido de los derechos participativos, centrándose en cuestiones propias de las empresas o grupos de dimensión comunitaria que no puedan abarcar los órganos representativos a nivel nacional. Ya se han tratado anteriormente las consideraciones acerca de la interpretación de estas cuestiones transnacionales. Este procedimiento alternativo de información y consulta resulta prácticamente residual, habiendo sido conveniente, al menos, definirlo junto a los otros conceptos clave contemplados por la Directiva.

La naturaleza del acuerdo, sea cual sea su contenido ha de entenderse como *erga omnes*, y aunque no lo explicita la Directiva, sí lo prevé la norma de desarrollo española, según la cual el acuerdo “obliga a todos los centros de trabajo de la empresa de dimensión comunitaria y a todas las empresas del grupo de empresas de dimensión comunitaria incluidos dentro de su ámbito de aplicación, así como a sus trabajadores respectivos durante toda su vigencia”. (Art. 13.1 Ley 10/1997).

3.2.5. El Comité de Empresa Europeo en caso de falta de acuerdo: Las disposiciones subsidiarias

3.2.5.1. Composición del Comité de Empresa Europeo

A fin de conseguir el objeto de la Directiva, que no es otro que el mejorar el derecho de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria, la Directiva ha previsto unas Disposiciones Subsidiarias que entrarán en juego cuando la dirección central y la comisión negociadora así lo decidan, pero también cuando la dirección central rechace la apertura de negociaciones en un

plazo de seis meses a partir de la solicitud de iniciación, y cuando, en un plazo de tres años a partir de dicha solicitud, no puedan celebrar el acuerdo. Es decir, en los casos en los que no se haya llegado al acuerdo por razones achacables a la dirección. Tanto los seis meses de los que dispone la dirección para realizar la apertura de las negociaciones, como, sobre todo, los tres años para llegar a un acuerdo, parecen plazos suficientemente amplios, e incluso excesivos.

La Directiva consta de un Anexo en el que se contempla una regulación exhaustiva de las características y funciones del Comité de Empresa Europeo en caso de falta de acuerdo por las razones anteriormente citadas o en caso de que las partes pacten su aplicación. En este caso, la nueva Directiva 2009/38/CE presenta bastantes diferencias con la antigua Directiva 94/45/CE, aunque la estructura del Anexo sigue siendo la misma en ambos casos.

En cuanto a quiénes van a formar el Comité de Empresa Europeo, ambos textos coinciden en que éste estará compuesto por trabajadores de la empresa de dimensión comunitaria o del grupo de empresas de dimensión comunitaria elegidos o designados por y entre los representantes de los trabajadores o, en su defecto, por el conjunto de los trabajadores. Dicha elección o designación se llevará a cabo con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales. Sin embargo, las Directivas sí van a diferir en lo que respecta a la composición concreta del órgano. La nueva redacción establece que los miembros serán elegidos en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado miembro por la empresa o grupo, 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. Redacción idéntica a la prevista para la composición de la comisión negociadora, y que no se encontraba en la antigua redacción, que, en este punto también coincide con sus parámetros de elección de la comisión negociadora. En 1994 se previó, además, que el comité de empresa europeo contaría de un mínimo de 3 y un máximo de 30 miembros. Estos límites mínimo y máximo han desaparecido por completo en el año 2009.

La existencia de un comité de empresa restringido viene justificada con el objetivo de coordinar las actividades del Comité de Empresa Europeo, y su límite máximo de miembros se ha fijado en cinco. Sin embargo, en 1994 el límite máximo era tan sólo de tres miembros, y la elección del comité restringido sólo se preveía cuando la

dimensión del Comité de Empresa Europeo lo justificase, mientras que la nueva redacción exige, en todo caso, la elección de este órgano restringido. Una vez compuesto el Comité de Empresa Europeo, se deberá informar a la dirección central y a cualquier otro nivel de dirección adecuado de su composición.

Ya que la puesta en marcha de este Comité de Empresa Europeo puede ser fruto de una falta de acuerdo, existe la posibilidad de que, pasados cuatro años desde la su constitución, éste delibere sobre el establecimiento de nuevas negociaciones tendentes a llegar a un acuerdo con la parte empresarial, como si de la comisión negociadora se tratara.

3.2.5.2. Contenido y ejercicio de los derechos de información y consulta

Según la redacción de la nueva Directiva, 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 grupo de dimensión comunitaria. Asimismo, la información y 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 estos, y los despidos colectivos. 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.

Nos encontramos ante los típicos casos contemplados en otros textos legales, centrados en asuntos de empleo o reestructuración empresarial. Además, no se trata de un *numerus clausus*, sino que la información y consulta versarán sobre todo sobre estos temas, pudiendo versar también sobre otros de índole distinta. En todo caso, al haberse aplicado el Anexo, debido a una falta de acuerdo entre las partes, parece utópico pensar que los temas objeto de información y consulta van a verse ampliados con respecto a los que expresamente se citan en la norma.

El comité 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 del grupo. En 1994, el desglose de los casos en los que se ha de informar o consultar al Comité de Empresa Europeo se encontraba, en los mismos términos, pero como parte integradora del informe elaborado anualmente por la dirección central. Éste cambio de ubicación no es baladí, sino que supone el establecimiento regular de un sistema de información y consulta de los trabajadores concretado anualmente, y sumado a la información y consulta puntuales en todos los casos anteriormente descritos, lo cual no ocurría anteriormente, dónde la reunión anual era entendida como el momento oportuno para informar o consultar sobre estos temas. La nueva Directiva ha consolidado un avance ya que, en primer lugar se crea un doble canal participativo –el regular y el puntual-, y en segundo lugar, se permite informar y consultar en el momento oportuno sobre los temas relacionados con empleo y reestructuración, y que no pueden esperar a una reunión anual para ser tratados convenientemente.

El sistema puntual o excepcional de los derechos participativos se extiende también a los casos más importantes y urgentes con la intervención del comité restringido, de forma que cuando concurren circunstancias excepcionales o se adopten decisiones que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores, sobre todo de traslados de empresas, de cierre de empresas o de establecimientos o de despidos colectivos, el comité restringido o, si éste no existe, el Comité de Empresa Europeo tendrá derecho a ser informado. Ésta reunión deberá celebrarse con la debida antelación, y a ella podrán asistir los miembros del Comité de Empresa Europeo elegidos o designados por los establecimientos o empresas directamente afectados por las circunstancias. En este punto se prevé, además, la posibilidad de que el comité restringido ampliado según las reglas recién expuestas se reúna previamente a cualquier reunión con la dirección central sin que esté presente la dirección interesada. La aparente bondad del establecimiento del comité restringido ampliado con los representantes de los centros afectados por la medidas propuestas por la dirección central, produce un efecto desdibujador de la imagen unitaria del Comité de Empresa Europeo como órgano de representación del conjunto de los trabajadores de la empresa o del grupo, y restringe la deseable relación horizontal entre el conjunto de los representantes del mismo. En esta línea, se ha venido entendiendo que sería interesante

revisar el diseño del modelo subsidiario al objeto de limitar las funciones del comité restringido a aspectos meramente organizativos, impidiendo que el reconocimiento de funciones a estos órganos de composición restringida pueda ir en detrimento de las competencias del comité en su conjunto.²⁴⁵

De la misma forma que para la comisión negociadora, siempre que sea necesario para el desempeño de sus funciones, el Comité de Empresa Europeo o el comité restringido podrá solicitar el asesoramiento de expertos por él elegidos, pudiendo los Estados miembros limitar la financiación empresarial a un solo experto. En esta línea, los gastos de funcionamiento del comité correrán a cargo de la dirección central, proporcionado ésta los recursos financieros y materiales necesarios, y en concreto, los gastos de organización de reuniones y de interpretación, así como los gastos de alojamiento y viaje de los miembros del comité de empresa europeo y de su comité restringido.

Por último, la nueva Directiva ha cambiado la ubicación del antiguo epígrafe 5 del Anexo de la Directiva 94/45/CE, según el cual los miembros del Comité de Empresa Europeo informarán a los representantes de los trabajadores de los establecimientos, o de las empresas del grupo, o, en su defecto, al conjunto de los trabajadores, sobre el contenido y los resultados de los procedimientos de información y consulta establecido de conformidad con el Anexo. La nueva ubicación resulta más adecuada ya que se encuentra en la Sección III, de aplicación en todos los casos, y no tan sólo en los casos de falta de acuerdo en los que se aplica el Anexo. Resulta adecuada la nueva ubicación, tanto más si el punto (33) de la exposición de motivos de la nueva Directiva 2009/38/CE dispone que para poder ejercer plenamente su función y dar utilidad al Comité de Empresa Europeo, los representantes de los trabajadores deben rendir cuentas a los mismos a los que representan. Se trata, pues, de explicitar la transmisión necesaria de información de arriba abajo en toda relación de representación. Dicha transmisión podría, sin embargo, verse limitada en ciertos casos como los que, a continuación, se presentan.

245 En este sentido, GÓMEZ GORDILLO, R. *El Comité de Empresa... Op. cit.* Pág. 396.

3.2.6. Información confidencial e información secreta

Finalmente, merecen atención ciertas disposiciones contenidas en la Sección III bajo la rúbrica Disposiciones Varias, difícilmente clasificables. De entre los artículos que componen esta Sección destaca el referido a la información confidencial. En cuanto a ella, el artículo 8 establece una dicotomía entre la información transmitida a los representantes de los trabajadores y que no puede ser revelada por estos (confidencial), y la información que la empresa tiene derecho a guardar sin siquiera informar a los representantes (secreta).

En el primer caso viene establecido que los Estados miembros prevean que los miembros de la comisión negociadora, del comité de empresa europeo, así como los expertos, no estén 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 incluso tras la expiración del mandato de cada uno de estos grupos.

Por terceros ha de entenderse cualquier persona ajena a los órganos de representación aquí citados, prohibiendo la transmisión de información incluso a los trabajadores representados y contraviniendo, por ende, la disposición recién mencionada conforme a la cual la información ha de fluir de arriba abajo. Podría, sin embargo, entenderse que esta transmisión de información entre representante y representado es inherente a la relación de representación, y por lo tanto no podría ésta limitarse, sino más bien ampliarse la obligación de confidencialidad a los representantes de los trabajadores de los establecimientos o de las empresas del grupo o, en su defecto, al conjunto de trabajadores, es decir, a quienes eligieron a los miembros de la comisión (en los términos utilizados por el artículo 10.3). El primer caso –representantes a nivel de establecimiento o empresa- presenta menos problemas ya que estos van a estar también sujetos a deberes de confidencialidad establecidos por las legislaciones o prácticas nacionales. En el caso de tratarse del conjunto de trabajadores la solución es, sin duda, más complicada.

Entiendo que esta confidencialidad ha de trasladarse también a los miembros del comité restringido, ya que su objetivo es “maniatar” a todas las personas ajenas a la

dirección empresarial que tengan acceso a ciertas informaciones. De esta forma, el comité restringido podría entenderse como parte del Comité de Empresa Europeo, lo cual no es óbice para recalcar que hubiera sido preferible explicitar su inclusión dentro del elenco de personas sujetas a la obligación de confidencialidad. De entenderse así, ha de concluirse que el comité restringido sí puede transmitir las informaciones al Comité de Empresa Europeo del que es parte, ya que éste sólo habría adoptado la forma restringida por razones de economía y operatividad.

Por otra parte, “la información que les haya sido expresamente comunicada con carácter confidencial” tiene difícil definición. Habrá de entenderse que el sujeto que comunica dicho carácter confidencial es la empresa, al ser ésta la que transmite la información. Se plantea, sin embargo, el problema de que, en este caso, la empresa es juez y parte, estando ésta interesada en otorgar un carácter confidencial a cuanta más información posible. La solución pasa, o bien por establecer mecanismos judiciales o extrajudiciales de defensa a los representantes de los trabajadores para establecer un control acerca de la adecuación de la calificación de confidencial de una u otra información, o bien por un desarrollo legal o convencional en los distintos Estados miembros que explicita qué tipos de información han de ser consideradas como confidenciales. En este sentido, el art. 9.2 c) del Real Decreto Legislativo 5/2000 califica como infracción muy grave “...el abuso en el establecimiento de la obligación de confidencialidad de la información proporcionada...”.

En segundo lugar, viene regulado que cada Estado miembro prevea que la dirección central que se halle en su territorio no esté 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, pudiendo los Estados miembros supeditar esta dispensa a una autorización previa de carácter administrativo o judicial. En este caso, el derecho de información desaparece por completo, lo cual es causa suficiente para establecer unos límites muy rígidos a la puesta en marcha de esta dispensa informativa. En consecuencia, el precepto se ha cuidado mucho de tipificar rígidamente estos casos mediante fórmulas como “criterios objetivos” o “graves obstáculos”. Así, las informaciones secretas se caracterizan por la conjunción de tres elementos; estos son, que la información sea solamente conocida por un grupo reducido de personas, en

contraste con la información notoria; que se trate de una información valiosa para el empresario, actual o potencialmente, por suponer una ventaja que afecta a la competitividad de su empresa; y la existencia de una voluntad empresarial manifiesta de mantener el secreto.²⁴⁶ Dentro de la información calificable como secreta, podría encontrarse tanto “información tecnológica” (procedimientos de fabricación, reparación, características de rendimiento de la maquinaria, etc.) como “información no tecnológica” (marketing, organización interna de la empresa con sus clientes y proveedores, lista de clientes, etc.) y, cuya posible divulgación pueda provocar en la empresa un temor razonable a la competencia desleal por parte de otras empresas o a la hipotética repercusión en su prestigio empresarial, etc.²⁴⁷ Así, la Jurisprudencia española ha venido considerando “secretos de empresa”, entre otras, las fórmulas de los productos de la empresa, así como los resultados de las investigaciones orientadas a la obtención de nuevos preparados, estudios de sistemas y análisis de calidades²⁴⁸; o la comunicación a los clientes de que la empresa tiene dificultades para hacer frente a un deudor, de que la situación entre los socios es muy tensa y de que se ha acordado realizar una auditoría externa de los diez últimos años.²⁴⁹ Por el contrario, también el Tribunal Supremo, así como distintos Tribunales de Justicia, han venido entendiendo que no existe “secreto de empresa” respecto de aquellas cuestiones o materias que por su propia naturaleza sean ya con anterioridad a la divulgación por el trabajador públicas y de general conocimiento. Tampoco son consideradas como tales aquellas cuestiones o materias que deban ser públicas por imperativo legal o aquellas cuestiones o materias sobre las que existe una voluntad empresarial expresa o implícita de no calificarlas de reservadas, permitiendo su conocimiento y divulgación (STS, Sala 2ª, de 29 de julio de 1962, o STSJ de Canarias, de 15 de abril de 1997).²⁵⁰

246 SALA FRANCO, T. *El Deber de Secreto de los Trabajadores en Las relaciones Laborales en la Reestructuración y el Saneamiento de Empresas*. XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Granada los días 19 y 20 de mayo de 2005. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006. Pág. 1255.

247 CRISTÓBAL RONCERO, R. *El comité de empresa europeo...* *Op. cit.* Pág. 175.

248 STS, Sala 2ª, de 24 de abril de 1989.

249 STS, Sala 1ª, de 1 de diciembre de 1993.

250 SALA FRANCO, T. *El Deber de Secreto...* *Op. cit.* Pág. 1257 y 1258.

Existe en el ámbito de las informaciones secretas un grave problema de inseguridad jurídica debido a la falta de definición legal de las mismas. Este problema viene reforzado por la importancia de la subjetividad del empresario, es decir, que lo que deba ser reservado en una empresa puede no tener que serlo necesariamente en otra. De esta forma, sólo en el caso de que no se hubiesen delimitado las materias reservadas por parte de la empresa, los Tribunales podrán interpretar cuáles sean éstas a su prudente arbitrio, si bien con un criterio objetivo.²⁵¹ En este punto, la Directiva ha propuesto, a diferencia de lo ocurrido en el anterior epígrafe, una solución como la autorización administrativa o judicial en aras de blindar correctamente la puesta en marcha de esta negación del derecho a la información de los representantes de los trabajadores. De la misma forma que en el caso de la información confidencial, la norma española tipifica como infracción administrativa muy grave “las acciones y omisiones que impidan el ejercicio efectivo de los derechos de información y consulta, incluido el abuso (...) en el recurso a la dispensa de la obligación de comunicar informaciones de carácter secreto” (art. 9.2 c) *in fine* LISOS). Con todo, la Ley 10/1997 no establece un control previo de la negativa a suministrar determinadas informaciones, -posibilidad que, sin embargo, sí contempla la Directiva 94/45/CE en su artículo 8.3-, únicamente prevé un control a posteriori que deberá ejercerse por los Tribunales de la Jurisdicción Social.²⁵²

También los Tribunales han venido delimitando las conductas infractoras del deber de secreto por parte de los trabajadores. Así, supone una transgresión del deber de secreto la divulgación de información reservada a la que se ha accedido legítimamente; esto es, la relevación a terceros de los secretos de empresa de los que el trabajador tuviera conocimiento por razón de su trabajo.²⁵³ Supone también una conducta infractora en este sentido el acceso ilegítimo a materias reservadas sin consentimiento empresarial y sin que entre las competencias del trabajador se encuentre esta posibilidad, aunque no la divulgue a terceros.²⁵⁴ Es importante matizar que no es

251 *Ibidem*. Pág.1256.

252 CRISTÓBAL RONCERO, R. *El comité de empresa europeo... Op. cit.* Pág. 176.

253 STS, de 23 de diciembre de 1983 o de 3 de octubre de 1988, y STSJ de Comunidad Valenciana, de 6 de noviembre de 1991 o de Madrid, de 13 de febrero de 1990.

254 STS, de 3 de octubre de 1988; STCT, de 18 de noviembre de 1982 o de 23 de diciembre de 1983.

preciso que la conducta del trabajador produzca un daño real y efectivo en la empresa, bastando con la existencia de daños potenciales,²⁵⁵ Es decir, que se castiga la deslealtad del trabajador, ya que “ésta da lugar a una pérdida de confianza en la que no se pueden establecer grados” (por todas, STCT de 10 de noviembre de 1982 o STSJ de la Comunidad Valenciana, de 6 de noviembre de 1991 o de Madrid, de 13 de octubre de 1990).

Por último, el tercer epígrafe del artículo 8 dispone que cada Estado miembro pueda 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 (la 2009/38/CE) dichas disposiciones particulares existieren ya en la legislación nacional.

3.2.7. Relación de la Directiva 2009/38/CE con otras Directivas y acuerdos vigentes

La principal consecuencia de la adopción de la Directiva 2009/38/CE es la derogación de la Directiva 94/45/CE a partir de la fecha límite para la transposición de la primera a los ordenamientos internos, que debía realizarse antes del 5 de junio de 2011. Las disposiciones de la nueva Directiva 2009/38/CE, no afectarán a otros mecanismos de información y consulta existentes, ni a nivel nacional mediante los órganos nacionales de representación de los trabajadores, ni a nivel comunitario mediante los procedimientos de información y consulta de la marco 2002/14/CE, de la Directiva 98/59/CE, o de la Directiva 2001/23/CE. Asimismo, la aplicación de la 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.

En cuanto a los acuerdos vigentes, vuelve a primar la autonomía de la voluntad de las partes sobre las disposiciones propias del texto vigente. Así, el artículo 14 dispone que no estarán sometidas a las obligaciones derivadas de la presente Directiva las

255 SALA FRANCO, T. *El Deber de Secreto...* Op. cit. Pág. 1259.

empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria en los que se haya celebrado o revisado un acuerdo o acuerdos aplicables al conjunto de los trabajadores que prevean la información y consulta transnacional a los trabajadores, anteriormente o con arreglo a la Directiva 94/45/CE. De esta forma, en el momento de la expiración de estos acuerdos anteriores a la nueva Directiva, las partes podrán decidir conjuntamente su prórroga o revisión. De lo contrario, se aplicarán las disposiciones de la nueva Directiva 2009/38/CE.

3.3. La Directiva 2001/86/CE, por la que se completa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, y 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

3.3.1. Treinta años de debate en torno a la creación de una Sociedad Europea y a la participación de los trabajadores en la misma

Los intentos de creación de una forma societaria propia del continente europeo vinieron de la mano de la propia creación de instituciones europeas tras la Segunda Guerra Mundial. No es casualidad que los países occidentales europeos centraran su atención en la creación de una determinada figura empresarial a la vez que ponían en marcha el ambicioso proyecto del libre mercado capitalista en el continente. A este respecto, el conjunto de las iniciativas comunitarias confluyen distintas opciones de política jurídica que van, desde la conveniencia de aproximar los distintos modelos nacionales de intervención de los trabajadores en la empresa, y en particular la de carácter transfronterizo para conseguir la convergencia de las condiciones de mercado, hasta la necesidad de contar con un tipo uniforme de sociedad cuya forma organizativa permita a las sociedades elegir su ubicación en el espacio comunitario.²⁵⁶

256 ORTIZ LALLANA, C. *La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario en Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas*

Diversos eran los puntos de desencuentro, entre los cuales se encontraba, por supuesto, el referido a la “participación” de los trabajadores en este nuevo tipo societario. Si existió un debate centrado en los derechos participativos es porque, desde la más temprana iniciativa, se aceptó el principio según el cual: *Pas de société européenne sans une certaine forme de participation*²⁵⁷. Nunca se discutió, por tanto, entre los Estados miembros, si la SE debía contar con un sistema de implicación de los trabajadores; el desacuerdo se situaba más bien en qué nivel de implicación era el adecuado. Pero en este contexto la palabra “participación” no ha resultado ser la adecuada, o más bien, la elegida. Con el paso del tiempo, y fruto de un intenso debate, los derechos históricamente conocidos como participativos en sentido amplio y entre los cuales se encuentran la información, la consulta, y la propia participación, pasaron a denominarse en el contexto de las futuras Sociedad Europeas –y Sociedades Cooperativas Europeas- como derechos de implicación de los trabajadores. Pero esta sustantivación no puede entenderse sin prestar antes atención al debate en torno a estos derechos en el seno de las Sociedades Europeas.

Retrocediendo en el tiempo, ya en los años 40 parece que el Consejo de Europa había previsto la creación de un Estatuto Jurídico Único aplicable a ciertas empresas europeas dedicadas a la producción de bienes y servicios de interés general.²⁵⁸ El proyecto quedó en el olvido, desechado por entenderse que la libre competencia se vería atacada al otorgar beneficios a ciertas empresas –aunque fueran productoras de bienes de interés general, claro está-.

Más tarde, la constitución de las Comunidades Europeas reabría inevitablemente el debate en torno a la futurible figura societaria europea. La primera acción positiva con este fin tuvo lugar en el año 1965, y supuso la creación del denominado Proyecto Sanders, a raíz de la petición de la Comisión Europea a un grupo de expertos, alentada por el Gobierno francés. Así pues, -tras la presentación del Proyecto Sanders en 1967- esta iniciativa que desembocó en la primera propuesta de

formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Salamanca, 2006. Pág. 79 y 80.

257 No habrá Sociedad Europea sin algún tipo de participación.

258 En este sentido apuntan tanto VALDÉS DAL-RÉ, F. *La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea: treinta años después*. Relaciones Laborales nº6. Madrid, 2003. Pág. 3; como L.A. Velasco San Pedro, *La nueva sociedad anónima europea, último hito del derecho de sociedades en la UE*. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, nº 199. 2002.

reglamento para una sociedad europea del año 1970 y posteriormente modificada en 1975, iba a suponer el principio de un largo camino de más de tres décadas en las cuales instituciones comunitarias, gobiernos y agentes sociales han tratado de consensuar la puesta en marcha de una figura societaria propia de la hoy Unión Europea. Con independencia de sus diferencias, estas propuestas iniciales tenían el decidido propósito de instruir un nuevo tipo societario de ámbito europeo, dotado de un régimen jurídico propio, completo y unificado, diferente del previsto en los ordenamientos internos de los Estados miembros.²⁵⁹

Las primeras propuestas de los años 70 en cuanto a la participación en la Sociedad Europea, responden a un modelo de participación institucional, a un modelo que, asentado en el eje comités/participación/arbitraje, funciona mediante la presencia de los representantes de los trabajadores en los órganos incardinados en la empresa.²⁶⁰ Así pues, la Comisión impuso la obligatoriedad de dos elementos que serían el caballo de batalla en las largas negociaciones sobre el Estatuto de la SE: el sistema dual de administración, con un órgano de dirección y un órgano de control; y la participación de los trabajadores según el modelo alemán (*Mitbestimmung*).²⁶¹ Pero las reacciones contrarias a una propuesta de dichas características eran previsibles, lo cual es comprensible, sobre todo desde la óptica Española en la que los mecanismos participativos de los trabajadores están históricamente establecidos como órganos aparte, diferenciados de los órganos de decisión de las empresas, y nunca incardinados en ellos. Así pues, pese a que la propuesta resultara del agrado de los países con formas participativas más avanzadas mediante participación obrera en los órganos empresariales, la oposición de ciertos Estados miembros tales como Francia, Italia o Reino Unido, para los cuales el modelo propuesto resultaba del todo ajeno, no se hizo esperar. Así, mientras que los países como Alemania consideraban inaceptable un sistema que no incluyera para una sociedad domiciliada en su territorio los mismos derechos de sus trabajadores que los de una sociedad nacional, y no estaban dispuestos a someterse a lo que consideraban un auténtico *dumping* de derechos sociales; los

259 *Ibidem*. Pág. 4.

260 *Ibidem*. Pág. 5.

261 ANSÓN PEIRONCELY R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO C, *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores*. Bosh. Barcelona, 2004. Pág. 26.

Estados miembros ajenos a cualquier sistema de participación de los trabajadores en los órganos sociales se mostraban recelosos a incorporar a su derecho interno regímenes tan extraños a sus tradiciones jurídicas, aunque fuera sólo en sociedades de carácter voluntario.²⁶²

Tras la propuesta de 1975, el *Libro Verde* “sobre participación de los trabajadores y estructura de las empresas” contemplaba la idea de que había llegado el momento de dar el definitivo impulso a los derechos participativos en la Comunidad; mediante un discurso grandilocuente pero vacío que no merece la pena reproducir, este documento, supuso un estrepitoso fracaso ya que tras su redacción el debate quedó totalmente paralizado hasta finales de los años 80. Así pues, en 1988 la Comisión reconoció la falta de compromiso de los Estados miembros en aceptar un sistema ajeno a sus tradiciones. En el caso de los países en los que no existían formas participativas incardinadas en los órganos societarios, la aceptación de las propuestas de la primera generación, pudiera suponer un sobreesfuerzo legislativo y adaptativo desde el punto de vista empresarial que sus gobiernos no estaban dispuestos a aceptar por mucho que dicho esfuerzo supusiera un avance sustancioso en materia participativa. Por otro lado, la aceptación de un modelo uniforme pero basado en formas externas de participación – o implicación- menos avanzadas que las anteriores, conllevaba la inevitable deslocalización de la sociedad y su fuga hacia sistemas menos exigentes.²⁶³

Las opiniones de segunda generación recogidas en la propuesta de 1989 y modificada en 1991, presentaron diferencias sustanciales con respecto a las de los años 70. Debido a los problemas surgidos de la existencia de sistemas radicalmente opuestos en cuanto a la participación de los trabajadores en los distintos Estados miembros, la segunda generación de propuestas abandona ya la finalidad de implantar en el seno de toda SE una fórmula idéntica de participación y recurren a la técnica de la armonización por objetivos; manejan un método enderezado a flexibilizar la relación entre el objetivo común asignado a la acción comunitaria –la garantía concedida a los

262 *Ibidem.* Pág. 234.

263 VALDÉS DAL-RÉ, F. *La Participación de los... op. cit.* Pág. 6.

trabajadores de intervenir e influir en las decisiones adoptadas por la SE- y los medios de instrumentación de ese objetivo.²⁶⁴

La evidencia de que el principal obstáculo para la puesta en marcha del proyecto legislativo de la SE era la cuestión participativa, llevó a que la Comisión optara, en 1991, por separar normativamente la regulación de la sociedad desde el punto de vista mercantil, de la regulación laboral referida a la implicación de los trabajadores. Así pues, el originario *corpus unitario* se vio desplazado en pro de un proyecto bicéfalo en el que un Reglamento regularía el Estatuto de la SE, y una Directiva se ocuparía de *la place des travailleurs*²⁶⁵ en la misma. Las consecuencias no serán, sin embargo, tan catastróficas como parece. Es decir, que pese a la separación normativa de ambas materias, la propuesta –y en esto se mantendrá hasta la aprobación del Reglamento y de la Directiva en el año 2001- condiciona el registro de la SE al previo establecimiento de alguna forma de participación prevista en la Directiva. De esta forma se pretendía cumplir el principio de *pas de société européenne sans une certaine forme de participation*, otorgando a los mecanismos de implicación el carácter de “complemento necesario” para la constitución de la SE, a la vez que se ponía encima de la mesa una forma normativa más flexible como es la Directiva para intentar desanclar el proceso de negociación que llevaba parado más de una década.

El contenido de la propuesta apostaba por un modelo flexible que permitiera la convivencia de los distintos modelos de implicación existentes en los distintos países europeos. Se pretendió de esta forma establecer una equivalencia entre sistemas de participación en los órganos societarios; sistemas en los que existen órganos externos de representación de los trabajadores, e incluso los denominados procedimientos de información y consulta análogos a los de un órgano representativo unitario. El riesgo de deslocalización se hacía así evidente. La propuesta y la pretendida equiparación de los diferentes sistemas cosechó adjetivos de parte de la doctrina, como “quimérica”, “naif”, “voluntarista”, o incluso “ingenua”.²⁶⁶ Una propuesta considerablemente adelgazada, con la esperanza de que fuera entonces digerible por los académicos, las asociaciones

264 VALDÉS DAL-RÉ, F. *La implicación de los trabajadores en la sociedad europea: un paradigma del nuevo derecho comunitario*. Relaciones Laborales, nº 11. Madrid, 2003. Pág. 4.

265 El lugar de los trabajadores.

266 Todos ellos, aunque no fueran originalmente suyos, mencionados en: VALDÉS DAL-RÉ, F, *La Participación de... op. Cit.* Pág. 7 y 8.

empresariales y, sobre todo, por el Consejo.²⁶⁷ Se pasó así de una sociedad europea con un régimen jurídico autónomo e independiente, a una suerte de híbrido, fruto de un cruce entre derecho comunitario y derechos nacionales.²⁶⁸ El protagonismo del Derecho nacional es tan intenso que se ha sostenido que más que una Sociedad Europea única, lo que existe es una pluralidad de sociedades nacionales con vestidura europea.²⁶⁹

A este respecto VALDÉS DAL-RE²⁷⁰ realiza una serie de reflexiones que me parece oportuno traer a colación. Se pregunta el autor ¿qué criterios pueden permitir el aislamiento de un equiparable contenido sustantivo de participación entre el derecho de voto concedido a los representantes de los trabajadores en el Consejo de Vigilancia de las sociedades alemanas sometidas a la disciplina de la cogestión paritaria, con el derecho de consulta atribuido por la legislación española al Comité de Empresa? Y sigue su razonamiento destacando que la relativa modestia del contenido de los derechos de información y consulta puede resultar aceptable en un ordenamiento jurídico que, a pesar de no prever fórmulas institucionales de participación en los órganos de la sociedad, regule con amplitud el derecho de huelga. Conviene precisar, sin embargo, que la frontera entre conflicto y participación es cada vez más móvil y difusa, y en las actuales circunstancias económicas ha quedado desplazada notablemente hacia la participación, reduciendo en paralelo el espacio propio del conflicto o la reivindicación.²⁷¹ Vaya por delante que, en mi opinión, ni siquiera el reconocimiento de un amplio derecho de huelga equipararía un sistema con otro, quedando la participación directa en un estadio siempre superior. Como punto final a su exposición, VALDÉS DAL-RE²⁷¹ recuerda que en la medida en que, sin embargo, el derecho comunitario no contempla la recepción de estos otros medios complementarios de defensa de los intereses de los trabajadores, como sucede con el derecho de huelga, la información y consulta “significan realmente sólo información y consulta”.

267 ANSÓN PEIRONCELY R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO C, *La Sociedad Anónima ... op. Cit.* Pág. 29.

268 SYNDET, H. *En fin la société européenne?*, RTD eur. 1990, Pág. 253.

269 AAVV, *La implicación de los trabajadores... op. cit.* Pág. 66.

270 VALDÉS DAL-RE, F. *La Participación de los... op. cit.* Pág. 8.

271 PÉREZ CAMPOS, A.I. *Marco General del Sistema de Implicación de los Trabajadores en las Sociedades anónimas y cooperativas Europeas.* En AAVV, *La Implicación de los Trabajadores... op. cit.* Pág. 19.

Éste fue el punto de inflexión que convirtió una idea realmente avanzada desde el punto de vista social, y que exigía que los vagones de cola europeos alcanzaran (o se acercaran) a la locomotora, en un proyecto difuminado sin demasiadas aspiraciones novedosas que, en el mejor de los casos, tan sólo podía aspirar a conservar los derechos ya consolidados, mediante algún mecanismo que intentara frenar la deslocalización (principio antes-después). De una propuesta, la de los años 70, ambiciosa y obligacional –para bien en lo que a los derechos laborales se refiere-, se pasó así a otra, la de principios de los años 90, muy distinta y flexible –para bien en lo que a los intereses empresariales se refiere- que dejaría en un segundo –o tercer- plano a los mecanismos de participación de los trabajadores en los órganos societarios, más allá de las simples informaciones y consultas externas y no vinculantes.

La aprobación de la Directiva 94/45/CE sobre Comités de Empresa Europeos, propició la oportunidad de reencaminar el debate referido a la SE. Pese a que la propuesta de extender a la SE la Directiva CEU no tuvo finalmente éxito debido a la oposición, de nuevo, de los países con fórmulas participativas más avanzadas, sí se tomaría la estructura y modelo de ésta para la futura redacción de la Directiva relativa a las SE y SCE. Con este fin, se encomendó al llamado Grupo *Davignon*, en 1996, la tarea de realizar una nueva propuesta de Directiva a la par que un análisis de los distintos modelos participativos y del riesgo de huída hacia sistemas menos exigentes. Del trabajo de este grupo van a surgir ya las ideas que posteriormente se materializarían en la futura Directiva 2001/86/CE.

La primera aportación del documento presentado por el Grupo *Davignon* consistió en aportar las definiciones de participación y de implicación. De este modo, participación debía referirse a “la presencia de representantes de los trabajadores en los órganos de decisión o vigilancia de la sociedad”, mientras que el término implicación debía utilizarse para referirse a las “distintas modalidades de intervención de los representantes en los procesos de toma de decisiones de las empresas”. Resulta obvio que dentro de la definición de implicación cabe la de participación, pero no a la inversa; deduciéndose que la participación no es sino una forma más –la más avanzada- de implicación de los trabajadores en la sociedad.

Por otro lado, se sentaron las bases para la redacción de la futura Directiva estableciendo, en primer lugar, el abandono de las soluciones ya adoptadas: modelo de

participación único, rígido y predefinido (propuestas de 1970 y 1975) y modelo optativo entre las diferentes formas previamente establecidas (propuestas de 1989 y 1991). En segundo lugar, se calificó a la negociación colectiva como la “mejor y más adecuada” vía de definición de las modalidades de implicación. Y en tercer lugar, se introdujo en el debate sobre implicación de los trabajadores la noción de “*protection d’acquis*” que se convertiría posteriormente en el principio antes-después.²⁷² Este principio antes-después alcanza una doble implicación: el primer lugar, no se impone la participación con carácter subsidiario cuando ninguna de las sociedades fundadoras se rija por este sistema, que únicamente se aplica en los casos en que al menos una de ellas se rigiera por él; en segundo lugar, las disposiciones subsidiarias ya no constituyen la “media” comunitaria, sino el “máximo” existente en las sociedades participantes.²⁷³

El modelo copiado de la Directiva CEU que otorga un importantísimo papel a la negociación colectiva previendo en su defecto la intervención de unas normas de referencia, opta por un contenido minimalista y pragmático. La práctica libertad concedida a la negociación colectiva para definir los modos de implicación, la supresión, en las normas de referencia, de la participación a través de un órgano de representación, y la reducción a la baja, en esas mismas normas, de la representación de los trabajadores en los órganos societarios así lo confirman.²⁷⁴

Con todo, la Directiva 2001/86/CE tardó más de cuatro años en ver la luz, debido mayormente a la oposición del Gobierno Español que terminó cuando, en Niza 2000, se acordó permitir a los Estados miembros “la facultad de incorporar o no a su derecho nacional las disposiciones de referencia sobre participación aplicables a las sociedades europeas constituidas mediante fusión”.

3.3.2. La dualidad normativa reguladora de la SE y la SCE

Tras los largos debates que ocuparon toda la segunda mitad del siglo XX, quedó por fin zanjada la cuestión de las Sociedades Europeas tanto en lo mercantil como en lo laboral. El Reglamento 2157/2001 del Consejo, 8 de octubre de 2001 por el que se

272 En este sentido: VALDÉS DAL-RÉ, F. *La Participación de los... op. cit.* Pág. 10.

273 ORTIZ LALLANA, C. *La participación de los... op. Cit.* Pág. 88.

274 VALDÉS DAL-RÉ, F. *La Participación de los... op. cit.* Pág. 10.

aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, fue la norma que finalmente se ocupó de regular estas nuevas sociedades. No obstante, la idea surgida en 1991, de separar normativamente la cuestión de *la place des travailleurs* del grueso de la regulación de las sociedades normativas, se impuso finalmente; y de esta forma, la implicación de los trabajadores quedó regulada aparte en la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre, por la que se contempla el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. Por su parte, lo mismo ocurrió dos años más tarde con las Sociedades Cooperativas Europeas para las cuales existe también una dualidad normativa encontrándose, por un lado, el Reglamento 1435/2003 referido al estatuto de las SCE, y por otro, la Directiva 2003/72/CE referida a la implicación de los trabajadores en este tipo de sociedades.

Desde 1991, la Comisión trabajó en dos normas separadas pero el debate seguía siendo unitario. Si se escogió la Directiva como forma idónea para la regulación de los asuntos de implicación de los trabajadores fue simplemente por su mayor flexibilidad y capacidad para salvaguardar los obstáculos que suponían las posiciones encontradas de los distintos Estados miembros. La Directiva, como forma reguladora más flexible que el reglamento, se adapta mejor a la conservación de las particularidades nacionales en materia social, incluidos los fenómenos de contenido transnacional que no requieren – o lo requieren en menor medida- disposiciones comunitarias de armonización de las legislaciones de los Estados miembros; mientras que el Reglamento, como norma aplicable en los ordenamientos internos, ha sido sistemáticamente excluido de la regulación de cuestiones sociales desde los años 70.²⁷⁵

Pero el debate seguía siendo uno. Es por ello que la aprobación de ambas normas, tanto para las SAE como para las SCE, se produjo en paralelo y el mismo día en ambos casos. De hecho, existen opiniones según las cuales la desagregación del régimen jurídico de la SE en dos instrumentos legislativos obedece más a razones de oportunidad política que a cuestiones de técnica jurídica, por lo que a efectos jurídicos es preciso considerarlos como un texto único.²⁷⁶ Pese a que es cierto que la oportunidad política fue la determinante en este caso, no se trata de un texto único, y

275 ORTIZ LALLANA, C. *La participación de los... op. Cit.* Pág. 129.

276 ANSÓN PEIRONCELY R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO C, *La Sociedad Anónima... op. Cit.* Pág. 233.

consecuentemente es necesario tenerlo en cuenta y analizar, aunque sea de manera somera, las razones de la existencia de dos normas diferenciadas y las relaciones entre ambas.

Así pues, existe un Reglamento que crea un cuadro jurídico uniforme, de Derecho europeo, para la constitución de una SE, y dicta las condiciones para su constitución y creación, entre las que se encuentra aquella de la implicación de los trabajadores. Existe también un Directiva que, a diferencia del Reglamento, no crea un nuevo –y tan menos “único”- modelo comunitario de implicación; imputando la elección de este tipo de norma a la gran variedad de “normas y prácticas” existentes en los diversos países de la UE. Pues se ha limitado a perseguir el objetivo –(sólo aparentemente) menos invasor y más modesto- de armonizar, no los derechos y los modelos nacionales de implicación, sino las reglas adecuadas a garantizar el “traslado” de las empresas nacionales a la futura SE.²⁷⁷ No obstante, como apunta ORTIZ LALLANA²⁷⁸, se trata de un conjunto normativo muy peculiar cuya singularidad radica en su interconexión, de modo que el Reglamento establece importantes lazos de unión con la Directiva. La regulación de esta última, por su contenido normativo y dada la necesidad de coordinar las disposiciones de los Estados miembros para su transposición en los ordenamientos internos, se asemeja en sus efectos a la de un Reglamento, al tiempo que la de éste, por el amplio margen de complementación que ofrece a las legislaciones de los diferentes países sobre la SE (art. 9) y por las continuas remisiones que efectúa a la Directiva, se distancia de los caracteres propios de un Reglamento y se aproxima a los de las Directivas.

En definitiva, existen dos normas que son dos caras de la misma moneda ya que, pese a ser de naturaleza distinta y a regular aspectos diferenciados de las SE, no pueden aplicarse sino simultáneamente. En este sentido se redactó el considerando 22 del Reglamento según el cual la entrada en vigor del mismo debe aplazarse hasta que todos los Estados miembros puedan incorporar en su Derecho nacional las disposiciones de la Directiva y establecer con anterioridad los mecanismos necesarios para la constitución y funcionamiento de las SE con domicilio social en su territorio, de modo que el

277 ARRIGO. G. *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales., nº 52. 2004. Pág. 15 y 16.

278 ORTIZ LALLANA, C. *La participación de los... op. Cit.* Pág. 129 y 130.

Reglamento y la Directiva puedan aplicarse concomitantemente. Es decir, que en este punto también se distancia de los caracteres propios de un Reglamento y se aproxima a los de las Directivas ya que lo expresado por el considerando 22 no es sino la implantación indirecta de un plazo de transposición del propio Reglamento 2157/2001.

La relación entre ambas normas marca la imposibilidad de poner en marcha una SE sujeta al estatuto regulado por el Reglamento 2157/2001 sin poner en marcha –al mismo momento, no a posteriori- los mecanismos de implicación de los trabajadores regulados en la Directiva 2001/86/CE. De la misma forma no es posible la aplicación de las normas de la Directiva en una empresa cuya forma no sea la SE, lo cual resulta obvio. El propio considerando 19 del Reglamento expresa, en este mismo sentido, que la Directiva establece las normas relativas a la participación de los trabajadores en la SE, y dichas disposiciones, por consiguiente, constituyen un complemento indisociable al presente Reglamento y deben aplicarse concomitantemente. A la inversa, el Reglamento resulta esencial para la aplicación de la Directiva ya que es éste el que determina tanto el ámbito de aplicación de ésta como las sanciones.

La pretensión última de la Directiva es que las sociedades europeas que se constituyan en el futuro contemplen todas y cada una de ellas alguna modalidad de implicación de los trabajadores.²⁷⁹ En conclusión, la interdependencia de ambas normas se concreta en que no podrá registrarse ninguna SE salvo que se hayan puesto en marcha los mecanismo de la Directiva, esto es, salvo que se haya celebrado un acuerdo de implicación con los trabajadores, se haya tomado la decisión de no iniciar negociaciones o terminar las ya iniciadas o haya expirado el periodo de negociaciones sin que se haya celebrado acuerdo alguno.

3.3.3. Los ámbitos de aplicación: Conceptos de Sociedad Anónima Europea y Sociedad Cooperativa Europea

Pese a que este estudio aglutina tanto la SAE como la SCE, en este punto es necesario realizar una separación tajante en lo que al ámbito de aplicación de los Reglamento y las Directivas se refiere. Ambas figuras divergen sobre todo en este

279 AAVV, *La implicación de los trabajadores... op. cit*, Pág. 38.

aspecto, guardando grandes similitudes en lo relativo a la implicación de los trabajadores.

Por otro lado, y aunque este trabajo sea de naturaleza laboral, y consecuentemente se centre en las Directivas, no es posible dejar de lado los Reglamentos ya que ambas normas caminan juntas. Así, para encontrar el ámbito de aplicación, en este caso es necesario acudir a los Reglamentos y no a las normas laborales. Se trata pues de realizar un análisis de la norma mercantil, pero que supone una condición previa indispensable para la posterior comprensión de la norma laboral que es la Directiva. El análisis quedaría incompleto si únicamente se centrara en la explicación de las disposiciones laborales sin entrar a valorar, aunque fuera de forma escueta, los presupuestos mercantiles necesarios al establecimiento de una SAE o una SCE.

3.3.3.1. La Sociedad Anónima Europea

Lo más destacable de esta figura societaria es, sin duda, que no admite la creación de nuevas empresas bajo esta forma. La SE no es un instrumento jurídico apto para iniciar actividades económicas *ex novo* por personas físicas, aunque deseen dirigirse a un mercado de dimensión comunitaria.²⁸⁰

Existen pues, ciertos cauces tasados para la creación de una SE, siempre a raíz de entidades ya existentes; pudiendo concluirse que el régimen jurídico de la SE se fundamenta en el principio de acceso limitado al tipo social.²⁸¹ Así pues, el Reglamento 2157/2001 es una norma anómala que presenta un tipo societario necesitado de una forma anterior a la que poder agarrarse para poder ser constituida. En palabras de FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA²⁸², la impresión que puede deparar al lector una primera lectura del Reglamento de hallarse en presencia (...) de una ley de reestructuraciones empresariales no es infundada.

280 ANSÓN PEIRONCELY R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO C, *La Sociedad Anónima... op. Cit.* Pág. 97.

281 ESTEBAN VELASCO, G. *La Sociedad cerrada europea. ¿figura complementaria o alternativa a la Sociedad Europea?* Revista de Derecho de Sociedades, nº 13. 1999. Pág. 168.

282 FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLARÓS, Í. *El futuro del derecho de sociedades en Europa: a propósito del estatuto de la sociedad anónima europea.* La Ley, nº 5465. 2002. Pág. 1906.

Existen cuatro procedimientos “originarios” para crear una SAE, a los que cabría sumar un quinto al que se podría denominar “derivado”.²⁸³ El primero de ellos es la fusión de sociedades anónimas o SE; el segundo es la creación de una SE *holding* por sociedades anónimas, limitadas o SE; el tercero es la constitución de una SE filial por otra SE y otros tipos societarios nacionales; y el cuarto es la transformación de una sociedad anónima en SE. Por su parte, el procedimiento “derivado” consiste en la creación de una SE filial íntegramente participada por otra SE ya existente. Estas son las únicas maneras de constituir una SE ya que este elenco de procedimientos supone un *numerus clausus*.

Pero existen requisitos para que dichos mecanismos puedan llevarse a cabo y que se cree una nueva SE. No todas las sociedades pueden constituir una SE, sino que, en función del procedimiento elegido, existen unos requisitos u otros. El procedimiento de fusión está previsto únicamente para sociedades anónimas nacionales expresamente previstas en el Anexo I del Reglamento. (Art. 2.1 RSE); el procedimiento de creación de una SE *holding* se limita a las sociedades previstas en el Anexo II del RSE – que recoge una relación de sociedades anónimas y limitadas nacionales- (Art. 2.2 RSE); la constitución de filiales incluye como tipos sociales legitimados a todas las entidades del artículo 48 TCE, -es decir, 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- así como otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad (Art. 2.3 RSE); finalmente, la transformación de una sociedad nacional en SE sólo es posible para las sociedades anónimas previstas en el Anexo 1 RSE (Art. 2.4 RSE).

El siguiente requisito exigido para la constitución de una SAE es el de la dimensión europea. Este concepto es propio del Reglamento 2157/2001, así que no es posible equipararlo con el encontrado en la Directiva 94/45/CE, ya que, entre otros aspectos, en este caso no se determinan límites numéricos en cuanto a los trabajadores empleados por cada SAE. Según lo dispuesto en el Considerando 6 del Reglamento, resulta esencial establecer, tanto como sea posible, una correspondencia entre la unidad

283 *Ibidem*. Pág. 1906.

económica y la unidad jurídica de la empresa en la Comunidad. Las sociedades cuya *unidad económica* sea nacional pueden y deben seguir regulándose por la legislación nacional; sólo las sociedades cuya *unidad económica* traspase las fronteras de un Estado miembro tienen necesidad de una *unidad jurídica* acorde, y sólo ellas pueden acudir a la nueva estructura.²⁸⁴ En todo caso, fue necesario concretar ciertos parámetros objetivos, que se ligaron de nuevo a cada forma de constitución de la SAE, para la puesta en marcha de esta apreciación.

Se considera que cumplen con el requisito de la dimensión comunitaria las SE constituidas mediante fusión si, al menos dos de las sociedades anónimas que se fusionen están sujetas al ordenamiento jurídico de Estados miembros diferentes (Art. 2.1 SE); para las SE constituidas mediante *holding* y para las que vayan a crear una SE filial, es necesario que al menos dos de las sociedades que vayan a formar el *holding* o la filial estén sujetas al ordenamiento de distintos Estados miembros, o tener una filial sujeta al ordenamiento de otro Estado miembro, o una sucursal abierta en el territorio de otro Estado miembro desde, al menos, dos años antes (Art. 2.2 y 2.3 RSE); por último, para que una SA pueda transformarse en SAE es necesario que haya tenido al menos dos años antes una filial sujeta al ordenamiento jurídico de otro Estado miembro (Art. 2.4 RSE).

Además, la sociedad que constituya una SE debe tener una vinculación jurídica con la UE, ya que debe haberse constituido con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, tener domicilio social en la Comunidad, y tener la administración central también en la Comunidad. Este último requisito puede, sin embargo, obviarse si se cumplen los dos primeros y además la sociedad tiene una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro, según el artículo 2.4 del Reglamento.

Pero eso no es todo, tras limitar los tipos de constitución de una SAE, establecer qué sociedades pueden constituir la, definir la dimensión europea también necesaria para poder acogerse al estatuto SAE, y requerir también la vinculación europea, existe otro requisito necesario para poder constituir una SAE. Se trata, en este caso, de un requisito de capital, consistente en que el capital suscrito no podrá ser inferior a 120.000 euros (Art. 4 RSE), es decir, el doble que el fijado para las SA españolas y

284 ANSÓN PEIRONCELY R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO C, *La Sociedad Anónima... op. Cit.* Pág. 105.

cuarenta veces más que las establecidas para las SL españolas. Este requisito limita enormemente el acceso a esta forma societaria a las pequeñas y medianas empresas, lo cual se manifestó de forma expresa en el *Informe Winter*: “la SE se ha diseñado pensando en grandes empresas y es probable que no llene las expectativas de la comunidad empresarial, en particular la de las pequeñas y medianas empresas, independientes o filiales, que constituyen la mayor parte de las sociedades mercantiles en Europa”.²⁸⁵

Por último, existe otro requisito indispensable para que el registro de la SAE sea completamente válido, y no es otro que el respeto de ésta a los mecanismos de implicación de los trabajadores dispuestos por la Directiva 2001/86/CE. Así, la puesta en marcha del procedimiento de negociación previsto en esta norma, supone el último escollo para que la SAE sea completamente ajustada a derecho, lo cual, a priori, parece un avance en lo que a los derechos laborales se refiere.

3.3.3.2. La Sociedad Cooperativa Europea

Desde los años 80, el parlamento europeo había venido adoptando varias resoluciones relacionadas con las cooperativas²⁸⁶, sin embargo, no fue hasta 2003 cuando finalmente entró en vigor el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea aprobado mediante el Reglamento 1435/2003 del Consejo. La cooperativa es una forma societaria peculiar que requiere una regulación específica debido a su naturaleza. Esta es la razón por la cual el Reglamento de la SAE no se adapta a las circunstancias específicas de las cooperativas (Considerando 4 RSCE). Siguiendo en la tónica del total establecimiento del mercado común y de la libre competencia, la Comunidad dotó a las Cooperativas de un estatuto jurídico propio a escala continental para poner a este tipo societario en igualdad de condiciones con respecto a las Sociedades Anónimas que desde dos años antes ya gozaban de su propio estatuto europeo. Así pues, la divergencia

285 *Informe Winter*. De la comisión de expertos designada por la Comisión Europea para la reforma y modernización del derecho societario en Europa en el año 2001. Capítulo VII, punto 1, Pág. 117.

286 Resolución de 13 de abril de 1983 sobre el movimiento cooperativo en la Comunidad Europea; de 9 de julio de 1987 sobre la contribución de las cooperativas al desarrollo regional; de 26 de mayo de 1989 sobre el papel de la mujer en las cooperativas e iniciativas locales de creación de empleo; de 11 de febrero de 1994 sobre la contribución de las cooperativas al desarrollo regional; y de 18 de septiembre de 1998 sobre el papel de las cooperativas en el crecimiento del empleo femenino.

natural con respecto a las Sociedades Anónimas, y las necesidades de amoldar las figuras jurídicas a un mercado único en expansión, propiciaron la puesta en marcha del Reglamento 1435/2003 y de su anexa y complementaria Directiva 2003/72/CE sobre implicación de los trabajadores en las SCE.

Los requisitos para la puesta en marcha de una SCE son diferentes a los de las SAE. La primera diferencia, que resulta esencial, consiste en que, a diferencia de lo ocurrido con las SAE, las SCE sí pueden ser constituidas por personas físicas, es decir, que sí pueden crearse como tales sin base societaria anterior. Así lo dispone el Considerando 13 del Reglamento 1435/2003, según el cual el objetivo esencial del (presente) Reglamento es permitir la constitución de SCE por particulares residentes en distintos Estados miembros o por entidades jurídicas sujetas a las legislaciones de Estados miembros distintos.

El Artículo 2 del Reglamento explicita las distintas posibilidades de constitución de una SCE. Así podrá constituirse este tipo societario por un mínimo de cinco personas físicas que residan en al menos dos Estados miembros; por un mínimo de cinco personas físicas y sociedades en la acepción del segundo párrafo del artículo 48 del Tratado, así como otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, que residan o estén reguladas por el ordenamiento jurídico de al menos dos Estados miembros; por sociedades con arreglo al segundo párrafo del artículo 48 del Tratado y otras entidades jurídicas de Derecho público o privado constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro, reguladas por el ordenamiento jurídico de al menos dos Estados miembros; por fusión de cooperativas constituidas con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, si al menos dos de ellas están reguladas por el ordenamiento jurídico de distintos Estados miembros; o por transformación de una sociedad cooperativa constituida con arreglo al ordenamiento jurídico de un Estado miembro y con domicilio social y administración central en la Comunidad, siempre que haya tenido un establecimiento o una filial regulada por el ordenamiento jurídico de otro Estado miembro durante, al menos, dos años. No obstante, una vinculación efectiva y continua con la economía de un Estado miembro, podrá también suplir el requisito de la administración central en la Comunidad.

Existe también un requisito de capital en el caso de las SCE, ya que para la válida constitución de una de ellas, éste no podrá ser inferior a 30 000 euros. Por último, y de la misma forma que ocurriera con las SAE, la puesta en marcha de los mecanismos de implicación de los trabajadores previstos por la Directiva 2003/72/CE, es también un requisito indispensable para el efectivo registro de las SCE, ya que esta norma es también complemento indisoluble del Reglamento y ambas deben aplicarse concomitantemente según lo dispuesto en el Considerando 17 del propio Reglamento.

3.3.4. Principios y estructura de la Directiva

Las Directivas SAE y SCE son herederas directas de la Directiva 94/45/CE sobre comités de empresa europeos. Es cierto que existen divergencias entre ellas más allá del ámbito de aplicación, pero esto no es óbice para apreciar que, tanto los principios que inspiran los tres textos, como su estructura, coinciden enormemente. Esta coincidencia en la forma y el fondo no es casual, sino que al adoptarse la Directiva CEU, se tomó su modelo como única vía capaz de desbloquear el largo debate existente en torno a la implicación de los trabajadores en las sociedades europeas.

El fenómeno transnacional que intentan regular estas directivas pone en marcha el principio de subsidiariedad, ya que los Estados miembros por sí mismos no son capaces de alcanzar el objetivo de las Directivas. No obstante, no se establece una unidad jurídica uniforme, sino que las legislaciones nacionales juegan un importantísimo papel y entran en juego en numerosas ocasiones, no habiendo sido aconsejable –debido a los problemas históricos ya estudiados- el establecimiento de un modelo europeo único de implicación de los trabajadores.

Quizá, el principio más importante tanto de la Directiva SAE como de la Directiva SCE, sea el de la autonomía de la voluntad. En este sentido se expresa el considerando 8 de la Directiva 2001/86/CE, según el cual los procedimientos concretos de información y consulta transnacional, así como, en su caso, de participación de los trabajadores aplicables a cada SE, deberán definirse principalmente mediante un acuerdo entre las partes afectadas o, a falta de este, mediante la aplicación de una serie de normas subsidiarias. Los representantes empresariales y una comisión negociadora prevista en la norma son las encargadas de negociar el futuro de la implicación de los

trabajadores en este tipo de sociedades, de la misma forma que ocurriera en las empresas de dimensión comunitaria. La Directiva brinda también una tercera posibilidad consistente en que la implicación de los trabajadores se regule por remisión a las disposiciones (leyes o convenios) sobre información y consulta vigentes en cada Estado miembro donde la SE tenga trabajadores, en el caso de que la Comisión Negociadora decidiera no negociar o terminar con las negociaciones ya empezadas. Esta posibilidad permite la renuncia de derechos y la inaplicación de los preceptos de la Directiva en ciertas empresas que, pese a ser constituidas como SAE, habrán sido equiparadas a las sociedades propias de casa Estado según la localización de cada centro de trabajo.

Por último, es fundamental el respeto al denominado principio antes-después, que establece que los derechos de implicación preexistentes constituyen un límite a partir del cual estos tan sólo pueden mejorarse. En otras palabras, los derechos que el trabajador disfrutaba *antes* en la sociedad participante en la constitución tienen que mantenerse (o aumentarse, pero no disminuir) *después* en la SE²⁸⁷. No obstante, esta afirmación es demasiado tajante y deberá ser matizada posteriormente, ya que sí cabe alguna forma de renuncia de los derechos adquiridos. Sin embargo, 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 Directiva. Los derechos de los trabajadores existentes con anterioridad a la constitución de la SE representan también un punto de partida para la configuración de su derecho a la implicación. Esta consideración es válida en consecuencia no sólo para la nueva constitución de una SE, 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 (Considerando 18).

Este principio se aplica, tanto a la vía negocial como a la legal y en referencia a los cuatro modos de constitución de una SAE. De forma general, durante la negociación, el principio antes-después puede quebrar si se cumple con la exigencia de una doble mayoría de dos tercios de los miembros de la comisión negociadora que, a su vez, representen a dos tercios de los trabajadores de, al menos, dos Estados miembros cuando el acuerdo pretenda disminuir los derechos del 25% o más de los trabajadores

287 ANSÓN PEIRONCELY R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO C, *La Sociedad Anónima... op. Cit.* Pág. 255.

en casos de fusión, o de los 50% o más de los trabajadores en casos de *holding* o filial. En las SAE constituidas por transformación existen, sin embargo, más límites a la quiebra del principio antes-después, debido al mayor peligro por poder ser utilizada ésta por una sociedad que no quisiera adaptar sus estructuras al ámbito europeo, sino simplemente circunvenir normas nacionales más restrictivas.²⁸⁸ Pues bien, en estos casos de transformación, no podrá adoptarse la decisión de no iniciar negociaciones o terminar con las ya comenzadas cuando la sociedad anónima que pretenda transformarse en SAE cuente con un sistema de participación de los trabajadores (Art. 3.6). Por otro lado, según el artículo 4.4 de la Directiva, cuando la SAE se constituya mediante transformación, el acuerdo deberá estipular un nivel de implicación de los trabajadores que sea al menos equivalente al de todos los elementos de implicación existentes en la sociedad que vaya a transformarse en SAE. En este sentido, VALDÉS DAL-RÉ aclara que de una interpretación estrictamente literal de este precepto, puede deducirse que la equivalencia pide una implicación que sea resultado de la suma, y de la “media” de los derechos preexistentes; en otras palabras, veda al acuerdo el intercambio cualitativo de derechos, obligándole a la agregación cuantitativa de todos ellos.²⁸⁹ Sin entrar en el análisis concreto de tan compleja cuestión, baste ahora con señalar que la formulación que de él lleva a cabo el art. 7.2 Directiva 2001/86 no sólo carece de la claridad necesaria; se enuncia “con unas sombras de una complejidad sofocante” (VÁSQUEZ), resultado del difícil equilibrio de los dos objetivos que pretende cubrir; proteger *les droits acquis* en los Estados miembros que cuentan con vías de participación de los representantes de los trabajadores en los órganos de la sociedad y contener la implantación de estas vías en los Estados miembros que no las regulan.²⁹⁰

De nuevo, ambas Directivas se asemejan estructuralmente entre ellas y, ambas, a su vez, se asemejan a las Directiva CEU. La primera parte de las Directivas viene dedicada al objeto de la misma, que no es otro que el de regular la implicación de los trabajadores, y a perfilar ciertas definiciones necesarias para una puesta en marcha eficaz del texto. Se definen así las SAE y SCE, así como sus filiales, la comisión

288 *Ibidem*. Pág. 256.

289 VALDÉS DAL-RÉ, F. *La implicación de los... op. Cit.*. Pág. 14.

290 *Ibidem*. Pág. 14.

negociadora, y los mecanismos de implicación, es decir, la información, la consulta y la participación.

En segundo lugar, las Directivas regulan el procedimiento de negociación previo a la puesta en marcha de mecanismos de implicación. La constitución de la comisión negociadora, el contenido del acuerdo al que ha de llegar ésta con la representación empresarial, la duración de las negociaciones, y por último, los casos en los que entran en juego las disposiciones subsidiarias o de referencia, son los puntos tratados en este bloque.

Finalmente, unas disposiciones varias dedicadas a temas diversos –reserva y confidencialidad, protección de los representantes, relación entre la Directiva y otras disposiciones- cierran el texto de la Directiva. No obstante, tanto la Directiva SAE como la Directiva SCE gozan de un Anexo en el que viene reguladas las mencionadas disposiciones de referencia, es decir, las normas dispositivas de regulación de unos mecanismos de implicación de los trabajadores, en caso de falta de acuerdo previo o en caso de acuerdo para la aplicación de las mismas.

Ambas Directivas presentan una estructura pareja, con la salvedad de la inclusión de dos secciones adicionales en el caso de la Directiva SCE. La primera de ellas viene motivada por la especial forma de constitución de las SCE –que no se encuentra en las SAE- en el caso de haberse producido esta constitución por personas físicas o por una sola entidad jurídica y personas físicas. La segunda sección divergente con la Directiva SAE es la referida a la participación en la asamblea general o en la asamblea de sección o sectorial. El motivo de esta peculiaridad no es otro que la naturaleza propia de las sociedades cooperativas, donde los trabajadores tienen un papel más importante que en las sociedades anónimas.

Se hace necesario matizar que las similitudes entre estas Directivas y la Directiva CEU encuentran ciertos límites. Así, la Directiva CEU omite los posibles cambios en las estructuras de las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, mientras que la Directiva 2001/86/CE contempla la SAE en toda su dinámica. Por otro lado, ambos textos difieren en el punto de partida y el grado de las obligaciones jurídicas que de ellas derivan. Es decir, que mientras que la Directiva CEU se aplica a las empresas o grupos de empresas que objetivamente cumplan los parámetros cuantitativos previstos por ella, para que se aplique la Directiva

2001/86/CE, se requiere que una o varias sociedades decidan adoptar voluntariamente la forma de SAE. Consecuentemente, el Estatuto SAE es opcional y la Directiva no se aplicará en última instancia si los empresarios así lo deciden. Este matiz supone una válvula de escape a toda la regulación sobre implicación de los trabajadores que se viene estudiando. Finalmente es necesario también matizar la relación de supletoriedad existente entre ambas normas, ya a que una empresa o grupo que cumpla con los parámetros objetivos de la Directiva CEU, no le serán de aplicación las disposiciones de la Directiva 2001/86/CE.²⁹¹

3.3.5 Delimitación de conceptos clave

Ambas Directivas presentan un elenco de definiciones previas al desarrollo del proceso negociador. De entre ellas es conveniente destacar las dedicadas a los conceptos de implicación de los trabajadores, es decir, tanto el concepto propio de implicación, como los conceptos de información, consulta y participación.

3.3.5.1. El concepto de implicación

El artículo 2 h) define la implicación de los trabajadores como *“la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa”*. Es decir, que frente a la denominación de participación referida de forma genérica a todos los derechos de naturaleza participativa, la Comisión decidió emplear la palabra implicación que no se confunde con el mecanismo concreto de la participación y evita malentendidos. Implicación es, según la Real Academia de la Lengua, repercusión o consecuencia en algo. Evidentemente los derechos de los que tratan estas directivas suponen una repercusión de los trabajadores en las SE, sin embargo, el desarrollo normal de la prestación de servicios de cada trabajador también supone dicha repercusión. En este sentido, el término implicación parece demasiado laxo y hubiese sido mejor el recurso a otro que se centrara en estos derechos en concreto. No obstante, y desde el momento en que el desempeño de una prestación de servicios supone la participación, implicación, etc. de un trabajador en su empresa, se

291 En este sentido: ORTIZ LALLANA, C. *La participación de los... op. Cit.* Pág. 139 y 140.

hace muy difícil encontrar un término que trate de desligar ambos conceptos. Precisamente por ello es legítima la existencia de este tipo de derechos que encuentran su cúspide en la cogestión, ya que los trabajadores están implicados y participan en la empresa por el mero hecho de serlo. Pese a que ya no se habla del derecho a participar de los trabajadores sino del derecho de implicarse en las cuestiones y decisiones que afecten a la vida de las sociedades²⁹²; dicha mutación terminológica no responde tanto a un cambio de contenido, sino simple y exclusivamente a un avance más en la configuración de un modelo singular y específico de relaciones laborales en las empresas de dimensión comunitaria, con una denominación propia que se desmarca de las particulares de los distintos sistemas nacionales.²⁹³

Además, la implicación no engloba tan sólo la información, la consulta y la participación, sino cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores puedan influir en las decisiones que se adopten en la empresa. Las formas de implicación no encuentran un límite en los tres mecanismos mencionados, sino que permiten la posibilidad de poner en marcha otros mecanismos diferentes que se amolden a la definición del artículo 2 h), por lo que hemos de entender incluidos también los sistemas de negociación de convenios colectivos (“*colletive vargaining*”), de solución de conflictos, o de fiscalización o vigilancia.²⁹⁴

Una vez más, se aprecia que los sujetos de dichos derechos son los representantes de los trabajadores y no los propios trabajadores, tratándose de unos derechos instrumentales. Sin embargo, nada impide que en el proceso de negociación se acordara la puesta en marcha de mecanismos de implicación donde los propios trabajadores fueran los titulares ya que eso supondría una mejora de los derechos reconocidos en la norma. Incluso, el reconocimiento de los trabajadores como sujetos de derechos podría darse en las leyes de transposición de las Directivas. Pese a todo, no hay que olvidar que la definición dada en la Directiva tiene un peso determinado y supone de hecho un freno a la consideración de los derechos de implicación como

292 AAVV, *La Implicación de los Trabajadores...* op. cit. Pág. 41.

293 ESPÍN SÁEZ, M. *Implicación de los trabajadores...* op. cit. Pág. 238.

294 ANSÓN PEIRONCELY R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO C, *La Sociedad Anónima...* op. Cit. Pág. 244.

derechos autónomos, siendo estos derechos instrumentales a todos los efectos, hasta que se demuestre lo contrario.

A fin de cuentas, la Directiva presenta un concepto de implicación indirecta y colectiva en las decisiones empresariales. Sería indirecta, toda vez que se ejerce a través de la representación laboral en la empresa. Y tendría carácter colectivo, al comprender todas las relaciones institucionales del empresario con los representantes del personal.²⁹⁵

3.3.5.2 La noción de información

La información viene definida en el artículo 2 i) como *“la transmisión, por el órgano competente de la SE al órgano de representación de los trabajadores o a los representantes de los trabajadores, de las informaciones relativas a las cuestiones que afecten a la propia SE y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situados en otro Estado miembro o que excedan de las competencias de los órganos de decisión en un único Estado miembro, en un momento, de un modo y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores evaluar en profundidad las posibles repercusiones y, en su caso, preparar la consulta con el órgano competente en la SE”*. Es importante recordar en este punto, que aunque la Directiva SAE se inspira en la Directiva CEU de 1994, en lo que referido a esta definición ocurre todo lo contrario, ya que aquella norma no recogía una definición de información. Aquí es la Directiva SAE la que inspira la ulterior redacción de la nueva Directiva CEU del año 2009 que sí define por fin la información²⁹⁶. Aunque con otras palabras, esta definición se ha mantenido, si bien es posible encontrar algunas diferencias. Se mantiene el esquema consistente en definir los sujetos, la propia transmisión de información y la forma de llevarla a cabo.

295 AAVV, *La Implicación de los Trabajadores... op. cit.* Pág. 43.

296 El artículo 2.1.f) de la Directiva 2009/38/CE define la información como la “la transmisión de datos por el empleador a los representantes de los trabajadores para que estos 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 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.”

No obstante, en cuanto a los sujetos, el banco social, pese a limitarse tan sólo a los representantes de los trabajadores como hizo más tarde la Directiva 2009/38/CE que derogó la antigua Directiva CEU, detalla que estos pueden recibir la información de modo personal o colegiado (“órgano de representación”). Esta definición de los sujetos se mantendrá tanto para las consultas como para la propia participación. En cuanto a la parte empresarial, mientras que la Directiva CEU se refirió al empleador, en este caso se intentó hilar más fino refiriéndose al órgano competente de la SE. Es decir, que en la Directiva 2001/86/CE se ha procurado detallar la definición en este aspecto, y posteriormente, aunque manteniendo la esencia del precepto y siempre sin incluir a los propios trabajadores como posibles sujetos receptores de la información, la nueva Directiva CEU se conformó con una definición menos detallada.

Por otro lado, el ámbito de las informaciones transmitidas ha retrocedido de forma significativa al haberse optado por la simple fórmula “transmisión de datos” en la Directiva CEU, mientras que la Directiva SAE recogió la expresión más extensa y detallada de “transmisión (...) de las informaciones relativas a las cuestiones que afecten a la propia SE y a cualquiera de sus filiales o establecimientos situados en otro Estado miembro o que excedan de las competencias de los órganos de decisión en un único Estado miembro”. En principio, según esta definición, la transmisión incluye todas las informaciones relativas a cuestiones que afecten en todo o en parte (filiales, establecimientos...) a la SE, sin limitarse a los asuntos transnacionales que excedan de las competencias de los órganos de decisión de un Estado, ya que se ha utilizado la conjunción “o” y no la conjunción “y” que hubiese supuesto esta limitación.

Finalmente, “el momento, el modo el 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 SE”, se corresponden con la línea que procura matizar la forma de las informaciones transmitidas, seguida desde tiempo atrás por la UE y por supuesto por la Directiva CEU. Como era de esperar, la información se entiende como condición previa indispensable para una ulterior puesta en marcha de unas consultas, lo cual no ocurre a la inversa.

En definitiva, y en palabras de CASAS²⁹⁷, se trata de una definición abierta, que no se pronuncia sobre lo que debe ser objeto de la información a los trabajadores, (...) se trata 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.

3.3.5.3. El significado de la consulta

Por su parte, la consulta se define por el artículo 2 j) como *“la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre el órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores y el órgano competente de la SE, en un momento, de un modo y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores, a partir de la información facilitada, expresar una opinión sobre las medidas previstas por el órgano competente que pueda ser tenida en cuenta en el marco del proceso de toma de decisiones en la SE”*.

En este caso, la definición se asemeja en gran medida a la encontrada en la Directiva 94/45/CE, aunque pueden destacarse salvedades significativas. Quizá la más evidente sea la sustitución del dictamen que han de emitir los representantes de los trabajadores según la redacción de 1994, por la expresión de una simple opinión de estos encontrada en esta Directiva. Se trata de un claro retroceso ya que un dictamen goza de mayor entidad que la simple manifestación de una opinión, al tratarse de una forma de manifestación que normalmente se realiza de forma escrita y que requiere de cierta rigurosidad y diligencia a la hora de emitirse.

En segundo lugar, se ha eliminado el requisito del plazo razonable en el cual las consultas se han de llevar a cabo, y que es indispensable para que éstas puedan ser tenidas en cuenta tal y como expresan los preceptos de ambas Directivas. Puede entenderse implícita la existencia de dicho plazo razonable ya que sin él no podrían llevarse a cabo las consultas “en un momento (...) que permita expresar una opinión (...) que pueda ser tenida en cuenta”, sin embargo, es siempre recomendable mantener

297 CASAS BAAMONDE M.E. *La implicación de los trabajadores en la S.A. europea*. REDT, nº 117 (mayo-junio 2003), Pág. 380.

este tipo de expresiones que facilitan la comprensión del concepto y evitan posibles interpretaciones restrictivas del mismo.

Por lo demás, la definición de consultas no presenta novedades con respecto a la redacción de la Directiva 94/45/CE.

3.3.5.4. El concepto de participación

Finalmente, la participación es, según el artículo 2 k), *“la influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores en una sociedad mediante el derecho de elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad; o el derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de una sociedad”*.

No existía definición de participación en la Directiva 94/45/CE, con lo cual la aquí presente es del todo novedosa; y tampoco existe definición de participación en la posterior Directiva 2009/38/CE, con lo cual la aquí presente no ha sido tomada como ejemplo, sino más bien ha sido esquivada por el legislador europeo de 2009.

La participación tal y como viene definida en esta Directiva resulta del todo novedosa, no tan sólo con respecto a la Directiva CEU, sino con respecto a todo el acervo comunitario anterior a la misma. La participación había sido mencionada de forma totalmente laxa en ciertos textos como la Carta Social Europea o la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, no obstante nunca había sido entendida como en este caso. En la CSE ésta venía referida a la participación de los trabajadores en la mejora de las condiciones, mejor entorno de trabajo, a la protección de la seguridad e higiene o a los servicios socioculturales. En la CCDSFT se encontraba totalmente diluida junto a los conceptos de información y consulta referidos a ciertos momentos o situaciones concretas como los despidos colectivos. En cuanto a las directivas, ninguna, incluida la Directiva marco 2002/14/CE, había afrontado la participación, habiéndose limitado todas ellas a regular la información y la consulta.

Así pues, se trata de la primera vez en el seno de la UE en la que se intentan poner en marcha mecanismos encaminados directamente a la participación de los

representantes de los trabajadores en los órganos de las empresas o sociedades. El concepto de participación no abarca, única y exclusivamente, relaciones laborales basadas en la idea de colaboración. Su significado alcanza un valor superior, hasta el punto de permitir la presencia de los representantes de los trabajadores en los órganos de gestión de una sociedad y con ello dar entrada a una eventual confrontación de sus intereses con los estrictamente empresariales.²⁹⁸ La participación se entiende, pues, como participación interna e institucional de los representantes de los trabajadores, lo cual parece, a priori, un gran avance en la materia.

En este punto resulta interesante la reflexión de ARRIGO²⁹⁹ según el cual justo por el hecho de que la mayor parte de las empresas comerciales se constituyan en forma de sociedad anónima, es importante la distinción entre la implicación efectuada a través de un órgano de representación de los trabajadores, que queda externo al proceso decisonal de la empresa y a una implicación que, en cambio, tiene lugar dentro de aquel proceso (aunque en sentido formal). Es sabido que, por varias pero por conocidas razones, las empresas generalmente muestran mayor desconfianza, si no una más abierta hostilidad, hacia la participación “complementaria” de los trabajadores, aunque minoritaria, y limitada al consejo de administración o vigilancia, antes que hacia la consulta de órganos representativos de los trabajadores. Esto es así porque la intervención entra de pleno derecho en las antecámaras del proceso decisonal (aunque con la cadencia de los equinoccios, y por pocas horas) mientras que la segunda llega a lo sumo a los pasillos. No hay duda en efecto que, estando al menos en el texto de la Directiva 2001/86/CE, los representantes de los trabajadores miembros de un consejo de administración o vigilancia tienen derecho a participar en las decisiones concernientes a cada materia de competencia del colegio del que forman parte, independientemente del hecho que estas decisiones afecten “al trabajo” o bien no. Por el contrario, en la implicación de los trabajadores que tiene lugar a través de los derechos de información y consulta, si se excluye la reunión ordinaria anual del órgano consulto, los derechos de información son confinados a “circunstancias excepcionales que incidan notablemente en los intereses de los trabajadores, en particular en el caso

298 AAVV, *La Implicación de los Trabajadores... op. cit.* Pág. 40 y 41.

299 ARRIGO. G. *La implicación de los... op. Cit.* Pág. 20 y 21.

de deslocalización, traslado, cierre de empresas o establecimientos o bien despidos colectivos”.

No hay que olvidar que el artículo 2 k) de esta norma contiene, sin embargo, la definición del concepto de participación, y no es una norma dispositiva que contenga un derecho. El estudio del contenido de la Directiva determinará si es cierta la afirmación de ARRIGO³⁰⁰ según el cual ésta no obliga *tout court* a las Sociedades Europeas a aplicar alguna forma de participación de los trabajadores en los órganos sociales, no crea un *ius novum* comunitario en tema de participación. En todo caso ya puede advertirse que la participación económica no viene contemplada en la Directiva.

3.3.6. La negociación como principal instrumento para la puesta en marcha de los mecanismos de implicación

De la misma forma que ocurriera en la Directiva CEU, la responsabilidad de la puesta en marcha de los mecanismos de implicación con el fin de constituir una comisión negociadora corresponde a los órganos de dirección o de administración empresariales. En este caso, las gestiones necesarias para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la SE se iniciarán lo antes posible una vez publicado el proyecto de fusión o de constitución de una sociedad holding, o después de adoptarse un proyecto de crear una filial o de transformarse en una SE. La Directiva define la iniciativa negocial como un verdadero deber o, tal vez y con mayor corrección técnica, una verdadera carga que, una vez removida por ciertos sujetos, atribuye a sus receptores, esta vez sí, una facultad de iniciar las negociaciones. Los únicos sujetos pasivos de la carga de iniciar la negociación son los órganos de dirección y administración competentes para la elaboración del proyecto de constitución de la SE.³⁰¹ Pero se trata de una obligación de contenido impreciso (debe iniciar “lo antes posible”, realizando “las gestiones necesarias”), y siempre será posible un incumplimiento correcto de las obligaciones por parte de la sociedad, con el fin de

300 ARRIGO. G. *La implicación de los... op. Cit.* Pág. 23.

301 VALDÉS DAL-RÉ, F. *El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores de la Sociedad Europea a través de la negociación colectiva.* Relaciones Laborales nº 13 año 2003. Madrid. Pág. 1.

dificultar la labor del banco social. Por eso se hace extremadamente importante que los mecanismos de control y de protección del más débil sean eficaces.³⁰² Desde un punto de vista teórico, la obligatoriedad de la implicación de trabajadores para la SE no supone la discriminación de ésta con respecto a sociedades anónimas nacionales que no tengan estos imperativos (por ejemplo, las españolas) –discriminación prohibida por el RSE en su artículo 10-, puesto que la adopción de la forma social de la SE es totalmente voluntaria.³⁰³ No obstante, y desde el punto de vista contrario, sí podría llegar a entenderse discriminatorio para los trabajadores cuyas empresas cumplieran los estándares para poder constituirse en SAE pero que debido a una decisión empresarial no hubiera constitución de este tipo societario, con la consiguiente carencia de los derechos de implicación reconocidos por la Directiva.

La definición del banco empresarial es del todo limitada a los “órganos competentes de las sociedades participantes” lo cual no es suficiente para delimitar los componentes de dicho banco. Surge aquí el problema de cómo completar las lagunas jurídicas de la Directiva. La unidad y complementariedad con el Reglamento nos llevan a entender la aplicación analógica del artículo 9 sobre fuentes normativas del Reglamento a la Directiva. Así pues, siguiendo este sistema de fuentes, para todo lo no dispuesto en la regulación se atenderá a las disposiciones nacionales que regulen las sociedades anónimas. Habrá que ver qué dispone la legislación societaria de cada Estado miembro sobre implicación de trabajadores.³⁰⁴ Aunque la Directiva no lo diga expresamente, (...) nada impedirá que (...) se organicen los miembros de la parte societaria en una “Comisión representativa societaria”.³⁰⁵

Tampoco existen diferencias notables entre ambas directivas en cuanto a la constitución de la comisión negociadora. Se percibe una total coincidencia en cuanto a la capacidad de los Estados miembros de determinar la forma de elegir o designar los miembros de la comisión negociadora que hayan de ser elegidos o designados en su

302 ANSÓN PEIRONCELY R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO C, *La Sociedad Anónima... op. Cit.* Pág. 266.

303 *Ibidem.* Pág. 237.

304 ANSÓN PEIRONCELY R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO C, *La Sociedad Anónima... op. Cit.* Pág. 260.

305 ESTEBAN VELASCO, G. *Participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca de un compromiso político?* Libro homenaje a F. Sánchez Calero. McGraw Hill, Madrid, 2002.

territorio, procurando, en este caso, que figure al menos un representante de cada una de las sociedades participantes que emplee trabajadores en dicho Estado miembro. Si supone, en cambio, una novedad la previsión acerca de que los Estado miembros puedan prever que entre los miembros de la comisión figuren representantes sindicales, sean o no trabajadores de la empresa participante o de una filial o establecimiento interesado. Una comisión negociadora abierta a la contribución directa de las organizaciones sindicales, y en particular de las Federaciones europeas, es fundamental para la efectividad de los principios gemelos de la conservación de los “derechos adquiridos” y el principio antes/después. Ello garantiza en efecto: a) un mayor equilibrio entre representaciones internas (sólo empresarial) y externas, y por lo tanto una mayor cobertura de los sujetos implicados en los procesos de constitución de una SE; b) una mayor coherencia de las formas de implicación con la nueva estructura de la empresa societaria, en particular en la elección entre el mantenimiento de los derechos de participación “adquiridos” o la consolidación de los procedimientos de información y consulta (en forma más abierta a la intervención sindical externa); c) un gobierno compartido de las tensiones que pueden producirse naturalmente entre grupos nacionales de trabajadores, en el caso de la SE constituidas por más empresas sometidas cada una a una forma diferente de implicación.³⁰⁶

Se repite en los mismos términos el párrafo también encontrado en las directivas CEU según el cual “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 a miembros de la comisión”. Nuevamente se ha logrado conseguir que el establecimiento de un umbral que desprotege a los trabajadores de ciertas pequeñas y medianas empresas, no sea considerado como un motivo ajeno a la voluntad de estos. Según VALDÉS DAL-RÉ, que la información deba facilitarse a los representantes de los trabajadores y, en su ausencia, a los trabajadores afectados, de manera individual, son conclusiones obvias; el verdadero problema para cada ordenamiento interno residirá en decidir el nivel apropiado que ha de tener el órgano de representación receptor.³⁰⁷ Pese a la explícita

306 ARRIGO. G. *La implicación de los... op. Cit.* Pág. 18 y 19.

mención del establecimiento de umbrales como causa diferente a las causas ajenas a la voluntad de los trabajadores en cuanto a la elección de sus representantes, el mismo autor es de la opinión de que los umbrales sí entran dentro del posible elenco de causas mencionadas. Así lo expresa manifestando que existe un mandato para asegurar que los trabajadores de las empresas o establecimientos en los que no existan representantes de los trabajadores por motivos ajenos a su voluntad (umbrales, por ejemplo) tengan derecho a elegir o a designar a los miembros de la comisión negociadora.³⁰⁸ Ni que decir tiene que, a mi juicio, debería tenerse en cuenta el establecimiento de umbrales con el fin de conseguir que los trabajadores cuyas empresas o centros carezcan de representación pudieran gozar de los derechos de implicación en este sentido. No obstante, y pese a creer en el acierto de una norma que así lo previese y de proponer un cambio de *lege ferenda* en este sentido, resulta evidente que la Directiva SAE es muy clara al respecto, dejando fuera del juego de la implicación a todos aquellos trabajadores a los que los umbrales nacionales no permitan tener representados de sus intereses.

Ya en cuanto a la elección de los miembros de la comisión, dispone el artículo 3.2 a) i) que los miembros han de ser elegidos o designados en proporción al número de trabajadores empleados en cada Estado miembro por las sociedades participantes y las filiales y establecimientos afectados, a razón en cada Estado miembro de un puesto por cada 10% o fracción del total de trabajadores empleados por las sociedades participantes y las filiales y establecimientos afectados en el conjunto de los Estados miembros. Es decir, que en este punto se ha mantenido también el criterio de la antigua directiva CEU.

Existe, no obstante, un apartado particular en cuanto a las SAE constituidas mediante fusión. En estos casos, se incorporarán miembros adicionales en representación de cada Estado miembro para garantizar la inclusión de al menos un miembro representante de cada una de las sociedades que vaya, según el proyecto, a dejar de existir como entidad jurídica diferenciada tras la inscripción de la SE, siempre que el número de estos miembros adicionales no sea superior al 20% del total de

307 VALDÉS DAL-RÉ, F. *El establecimiento de... op. cit.* Madrid. Pág. 2 y 3.

308 *Ibidem.* Pág. 6.

miembros de la comisión; y la composición de la comisión negociadora no dé lugar a una doble representación de los trabajadores en cuestión.

Una vez constituida, el funcionamiento de la comisión y sus relaciones con los órganos empresariales son prácticamente los mismos que los encontrados en las Directivas CEU. El recurso a expertos por parte de la comisión se mantiene prácticamente en los mismos términos. Los gastos de funcionamiento de la comisión corren, en este caso, también a cargo de la empresa, pudiendo los Estados miembros limitar la financiación del funcionamiento de la comisión, en particular limitándola a un solo experto.

La posibilidad de no iniciar negociaciones o terminar las ya iniciadas viene también prevista y requiere también una doble mayoría de dos tercios de los representantes de la comisión que representen a su vez a dos tercios del conjunto de los trabajadores afectados. Si esto ocurriera no serían de aplicación las disposiciones subsidiarias, sino las disposiciones sobre información y consulta de los trabajadores que estén vigentes en los Estados miembros en que la SE tenga trabajadores. Las normativas de ámbito puramente nacional, aplicables a una SE, tienen en cuenta sólo a los dependientes de ésta empleados en el Estado en que está situada la sede social de la SE y no se extienden a los dependientes de empresas de la SE situadas en otros países, los que serán, por tanto, sometidos a otras, y diferentes, normativas nacionales. Dicho de otro modo: los procedimientos consultivos (sólo) nacionales generalmente no abrazan todas las materias y las cuestiones que pueden concernir a todos los dependientes de la SE en su conjunto. La legislación nacional puede representar una alternativa aceptable –con respecto de modalidad de implicación concordada de propósito por la SE- sólo donde las “sociedades participantes” en la constitución de una SE ya sean obligadas a respetar las leyes nacionales de transposición de la Directiva 94/45/CE: apliquen adecuados procedimientos informativos y consultivos de ámbito transnacional. También en este caso, en cambio, es posible que los regímenes legales creados en aplicación de la Directiva 94/45/CE no cubran a todos los dependientes de la SE en constitución, debido a su específica estructura y articulación.³⁰⁹

Existe una salvedad al respecto de la aplicación de las normas nacionales en los casos en los que la forma de constitución de la SE fuera la transformación cuando

309 ARRIGO, G. *La implicación de los... op. Cit.* Pág. 22.

existiera participación en la empresa que vaya a transformarse. Cuando se haya tomado la decisión de no iniciar o terminar con las negociaciones sin acuerdo, deberán transcurrir dos años, o menos si así se acordara, para la convocatoria de una nueva comisión cuando lo soliciten al menos un 10% de los trabajadores.

Sin embargo, la Directiva 2001/86/CE añade un inciso al final del párrafo dedicado a esta posible renuncia y posterior apertura de nuevas negociaciones, en los siguientes términos: “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 del anexo”. Es decir, así como la renuncia a negociar en los casos protegidos por la Directiva CEU supone tan sólo posponer en el tiempo el momento en el que los representantes de los trabajadores vayan a negociar las condiciones de implicación, aplicándose las disposiciones de referencia en caso de no llegar a un acuerdo con la empresa; según la Directiva SAE dicha renuncia es permanente y deja en manos de la dirección un futuro establecimiento de mecanismos propios de implicación, ya que se requiere el acuerdo de ésta para su puesta en marcha, a la vez que se elimina la posibilidad de aplicar subsidiariamente las disposiciones subsidiarias a simple vista previstas para evitar el boicot empresarial a los mecanismos de implicación de los trabajadores. En definitiva, esta frase añadida supone un atropello a los derechos de implicación de los trabajadores en las SAE, y podría adolecer de ilegalidad al permitir una renuncia total y no temporal, como en la Directiva CEU, de unos derechos que se pretende reconocer en este tipo de empresas. No obstante, ANSÓN PEIRONCELY y GUTIÉRREZ DORRONSOSO, son de la opinión de que se entiende que la renuncia de los derechos por su titular es perfectamente válida, ya que no son derechos inalienables. El problema surge –siempre según estos autores- cuando la renuncia se produce pese a la negativa de algunos trabajadores, pero esto forma parte de los riesgos inherentes a la representación dentro de un proceso de determinación de derechos por la negociación. El sistema es mucho más dinámico que una regulación exhaustiva y cerrada, y ese dinamismo se expresa tanto hacia arriba (porque permita, en el curso de las negociaciones, elevar los derechos de los trabajadores a lo que se consideraría el límite de la regulación legislativa) como hacia abajo (disminuyendo los derechos, tanto respecto al modelo regulatorio como al modelo de derechos adquiridos

vigente).³¹⁰ La opinión de estos autores pasa en primer lugar por la consideración de que los titulares de los derechos son los representantes y no los trabajadores lo cual me permite reafirmarme en la necesidad de otorgar a estos y no a aquellos la titularidad de los derechos de implicación en pro de no permitir la puesta en marcha de mecanismos de recorte de derechos antes adquiridos. Pero, pese a admitir que los titulares sean, en este caso, los representantes, el respeto al principio antes-después presente en toda la directiva debería primar sobre una cláusula concreta que pretende quebrar con el mismo.

Existe otra peculiaridad en la redacción del artículo 3.4 de la Directiva 2001/86/CE con respecto a la Directiva CEU. Si bien se mantiene la exigencia de una doble mayoría absoluta para la toma de decisiones en el seno de la comisión, cuando el resultado de las negociaciones pueda determinar una reducción de los derechos de participación (no de información y consulta) la (doble) mayoría necesaria para tomar tal acuerdo será la de dos tercios si ésta afecta al menos al 25 % de los trabajadores en sociedades creadas mediante fusión y al menos al 50% de los trabajadores en sociedades creadas mediante holding o filial. En este caso hay que destacar que el precepto permite la reducción de derechos anteriormente reconocidos, quebrando así nuevamente con el principio antes-después, aunque lo haga requiriendo una mayoría cualificada en ciertos casos, ni siquiera en todos ellos. En este sentido el artículo aclara que se entenderá por reducción de los derechos de participación una proporción de miembros de los órganos de la SE, en el sentido de la letra k) del artículo 2 (donde se encuentra la definición de la participación), inferior a la proporción más alta existente en las sociedades participantes. Así pues, no se mide que la reducción de la participación sea más o menos caracterizada, que se reduzcan más o menos sus derechos; sino que afecte a un número mayor o menor de trabajadores.³¹¹

3.3.7. El contenido del acuerdo

La Directiva SAE, de la misma forma que lo hacen las dos Directivas CEU, determina un contenido mínimo que ha de prever el acuerdo entre las sociedades y la

310 ANSÓN PEIRONCELY R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO C, *La Sociedad Anónima... op. Cit.* Pág. 267.

311 *Ibidem.* Pág. 264.

comisión negociadora. Como es habitual, el artículo dedicado al contenido del acuerdo se basa en el encontrado en la directiva CEU, con sólo tres excepciones.

Ambos textos coinciden en: requerir de ambas partes un espíritu de colaboración, y en determinar que el acuerdo ha de establecer su ámbito de aplicación; la composición, el número de miembros y la distribución de los puestos del órgano de representación de los trabajadores; las atribuciones y el procedimiento previsto de información y consulta, ya se produzcan éstas mediante un órgano determinado o mediante procedimientos alternativos; la frecuencia de las reuniones del órgano de representación; los recursos financieros y materiales de este órgano o de los representantes de los trabajadores para ejercer estos derechos; y la fecha de entrada en vigor del acuerdo, su duración y la posible renegociación del mismo. Estas indicaciones están huecas de contenido imperativo; no imponen reglas prescriptivas sobre el modo de ejercicio de los cauces de instrumentación de los derechos de implicación; se limitan en su funcionalidad a ilustrar a las partes sobre las modalidades que pueden pactar y, en su caso, ejercitada la opción, podrían ser objeto de trato contractual.³¹²

Pese a que según la norma sean las partes las que hayan de determinar el ámbito de aplicación del acuerdo, parte de la doctrina entiende que este ámbito viene fijado por la naturaleza de la SAE. Así, el ámbito de aplicación del acuerdo de implicación debe afectar al conjunto de la SE, no disponiendo las partes de libertad para declarar territorios u organizaciones de empresa de la SE exentas o excluidas. Y tampoco pueden las partes establecer regímenes de implicación diferenciados o particulares. Y no sólo por cuanto a ello se opondrían muy sólidas razones operativas, que harían sencillamente inviable la tentativa de una instrumentalización no uniforme de los derechos de implicación de la SE. La diversidad de modalidades, sea cual fuere el elemento de diferenciación, resulta incompatible con la naturaleza transnacional de la SE; con su condición de tipo societario propio.³¹³ Por su parte, el ámbito material de estos acuerdos no está delimitado previamente, debiéndose entender que incluye cualquier materia de ámbito económico y social en una interpretación amplia, sin que

312 VALDÉS DAL-RÉ, F. *El establecimiento de... op. cit.* Pág. 14.

313 *Ibidem.* Pág. 12.

haya por qué excluir –como hizo el informe *Davignon*- las cuestiones sobre seguridad y salud en el trabajo o sobre actividades sociales y culturales.³¹⁴

Tres son las diferencias entre las previsiones CEU y las previsiones SAE. La primera consiste en que la Directiva SAE no exige que el acuerdo prevea el lugar ni la duración de las reuniones del órgano de representación, cosa que sí prevé la Directiva CEU. La previsión en cuanto al lugar es recomendable en tanto en cuanto puede suponer una seguridad para los miembros del órgano a los que expresamente se les reconozca el derecho de reunirse en cierto sitio, de lo contrario debería realizarse una interpretación según la cual estos han de tener derecho a reunirse en algún lugar dentro de la empresa. La no previsión expresa podría dar lugar a inconvenientes, todavía más cuando se trata de un órgano internacional que podría requerir del desplazamiento de sus miembros a largas distancias, teniendo que ser la empresa la que sufragase los gastos del desplazamiento, según lo dispuesto en el artículo 3.7 de la Directiva.

Por su parte, la duración de las reuniones del órgano de representación tampoco viene recogida en esta directiva como contenido del acuerdo, mientras sí que aparece en ambas directivas CEU. En este caso la determinación expresa de la duración de las reuniones puede suponer una ventaja o un inconveniente. Supone una ventaja en tanto en cuanto otorga seguridad jurídica y asegura una determinada duración de dichas reuniones. Sin embargo, supone un inconveniente ya que limita el tiempo de unas reuniones que se sabe cuando han de empezar pero que difícilmente puede saberse cuando deberían terminar habiéndose tratado todos los temas previstos. Cabría también la posibilidad de establecer una duración mínima de las reuniones, pudiendo éstas alargarse según las necesidades de cada caso. En todo caso, existe el inconveniente del establecimiento del límite de los créditos horarios sindicales de los miembros del órgano de representación una vez superado el periodo establecido para las reuniones.

La segunda diferencia entre ambas directivas consiste, en este punto, en la inclusión en la Directiva SAE de un epígrafe referido a la participación. No podía ser de otra manera desde el momento en que la Directiva CEU no prevé ningún mecanismo de participación; pero sí lo hace la Directiva SAE, definiendo el propio concepto de participación en su artículo 2 k). Dispone el artículo 4.2 g) que en el caso de que,

314 ANSÓN PEIRONCELY R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO C, *La Sociedad Anónima... op. Cit.* Pág. 244.

durante las negociaciones, las partes decidan establecer normas de participación, el acuerdo establecerá los aspectos sustanciales de dichas normas, incluido, en su caso, el número de miembros del órgano de administración o de control de la SE, 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.

Finalmente, la última particularidad de la Directiva SAE consiste en la puesta en marcha del principio antes-después en los casos de constitución de una SAE mediante transformación. A este respecto, el artículo 4.4 de la Directiva establece que cuando la SE se constituya mediante transformación, el acuerdo deberá estipular un nivel de implicación de los trabajadores que sea al menos equivalente al de todos los elementos de implicación existentes en la sociedad que vaya a transformarse.

En otro orden de cosas, es destacable la diferencia de ambos textos en cuanto a la duración de las negociaciones. Así, según la Directiva SAE, las negociaciones se iniciarán tan pronto como se haya constituido la comisión negociadora y podrán seguir durante seis meses prolongables por acuerdo entre las partes hasta un máximo de un año. Los plazos se acortan considerablemente con respecto a las Directiva CEU que permiten demorar el inicio de las negociaciones hasta seis meses a partir de la solicitud de inicio por parte de los representantes de los trabajadores, y contemplan una duración máxima de tres años desde dicha solicitud hasta que entren en funcionamiento automáticamente las disposiciones subsidiarias. Acortar los plazos garantiza la puesta en marcha de mecanismos de participación sin una demora injustificada y fuerza a las partes a intentar lograr un acuerdo, toda vez que los plazos parecen más que suficientes como para no forzar a establecer acuerdos de baja calidad ni pasar a la aplicación automática de las disposiciones de referencia cuando las partes, pese a andar por buen camino, no hayan podido concluir del todo el acuerdo.

Por último, dispone el artículo 6 de la Directiva que la legislación aplicable al procedimiento de negociación será la del Estado miembro en que la SE vaya a tener su sede registrada.

3.3.8 La aplicación subsidiaria de las disposiciones de referencia

Siguiendo el esquema de la Directiva 94/45/CE, la Directiva 2001/86/CE contempla unas disposiciones de referencia aplicables en ciertos casos de forma subsidiaria. No obstante, a simple vista llama la atención la mayor extensión del artículo 7 de la Directiva SAE dedicado a la aplicación de estas disposiciones, con respecto al artículo 7 de la Directiva CEU con el mismo propósito. Del estudio del contenido del precepto se habrá de llegar a la conclusión de si esta mayor extensión es debida a que las disposiciones de referencia se aplican en más casos, o si, por el contrario, es consecuencia del requerimiento de más requisitos o al establecimiento de salvedades que conllevarán una menor aplicabilidad de estas disposiciones encaminadas a la consecución del objetivo de poner en marcha mecanismos de implicación en las SAE, tal y como viene establecido en el artículo 1.

Pues bien, la Directiva CEU era clara al respecto: las disposiciones de referencia entran en juego cuando las partes así lo decidan o cuando concluyan los plazos establecidos para la negociación.

En el caso de las SAE, las disposiciones de referencia se aplicarán también cuando las partes así lo decidan. En contra de lo que pudiera entenderse en una primera interpretación, el defecto de acuerdo no es causa ni necesaria ni suficiente para la aplicación de las disposiciones de referencia. No es causa necesaria, por cuanto las partes negociadoras tienen atribuida la facultad de alterar el ya enunciado orden normativo de prelación, decidiendo someter los derechos de implicación, de manera inmediata y directa, a lo que establezcan las disposiciones subsidiarias del Estado miembro de la sede social de la SE (Art. 7.1 a). (...) Y tampoco es causa suficiente, pues la Directiva requiere, además del defecto de acuerdo dentro del plazo predeterminado imperativamente o prorrogado contractualmente, la concurrencia necesaria de un doble requisito.³¹⁵ Para el caso en el que no se haya alcanzado ningún acuerdo en el plazo establecido por el artículo 5 serán necesarias circunstancias adicionales para poder aplicarlas:

Primera, será necesario que los órganos competentes de cada una de las sociedades participantes decida aceptar la aplicación de las disposiciones de referencia

315 VALDÉS DAL-RÉ, F. *El modelo legal de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea*. Relaciones Laborales nº 15-16 año 2003. Pág. 28 y 29.

relativas a la SE y continuar el procedimiento de registro de la SE. Es decir, que la voluntad última recae en la parte empresarial y necesita de un concierto de las voluntades de todas y cada una de las sociedades participantes para seguir adelante, no basta con una mayoría. Esta decisión entrañaría la obligación de acabar con el procedimiento de registro de la SE, lo cual no puede darse en el caso de las empresas de dimensión comunitaria que entren dentro del ámbito de aplicación de la Directiva CEU sin posibilidad de optar por la no aplicación de este texto normativo. En definitiva, la Directiva SAE ofrece aquí una válvula de escape que permite a las empresas huir de la puesta en marcha de mecanismos específicos de implicación de sus trabajadores.

Segunda, se requerirá además de la falta de acuerdo, que la comisión no haya adoptado la decisión de no iniciar las negociaciones o terminar las ya iniciadas. Esta decisión de la comisión tiene efectos indefinidos, es decir que, una vez una comisión negociadora haya optado por esta opción, no existe ningún plazo que, una vez transcurrido, permita la puesta en marcha automática de las disposiciones subsidiarias, sino que éstas tan sólo entrarían en juego por acuerdo entre las partes; lo cual significa que se necesita la voluntad empresarial para ello. Se trata pues, de otra válvula de escape para la no aplicación de los mecanismos de implicación previstos por la norma, y que supone el incumplimiento del objetivo principal de ésta.

Por otro lado, las disposiciones del anexo referidas propiamente a la participación de los trabajadores encuentran de nuevo unas normas específicas de aplicación. Así, en caso de transformación, dichas normas tan sólo se aplicarán si las normas de un Estado miembro relativas a la participación de los trabajadores en el órgano de administración o de control se aplicaban a la sociedad transformada. Es decir, que la transformación y la ulterior puesta en marcha de los mecanismos del anexo por la razón que fuera nunca puede tener como consecuencia la puesta en marcha de mecanismos de participación de estas características si no los había previamente. En este punto, la Directiva no ensancha el derecho de participación de los trabajadores aunque a simple vista pudiera parecerlo.

En los casos de fusión, las disposiciones referidas a la participación tan sólo serán aplicables si, antes de la inscripción de la SE, se aplicaban una o más formas de participación en una o más de las sociedades participantes que afectasen al menos a un 25% del número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades

participantes; o si la comisión negociadora así lo decide en el caso de no llegar a dicho porcentaje. El primer caso resulta de obligado cumplimiento, en la medida en que si se alcanza el 25% las normas de participación del anexo deberán aplicarse en todo caso. Esta regla supone el establecimiento de mecanismos de participación donde anteriormente no los había siempre y cuando se rebase el umbral del 25%; pero supone también la desaparición de dichos mecanismos en los casos en los que no se alcance el 25% quebrando con el principio antes-después. No obstante, el segundo inciso deja en manos de la comisión negociadora la aplicación de estas normas cuando no se alcance el umbral, otorgando a ésta la posibilidad de aumentar los mecanismos participativos al aplicarse estos en sociedades, empresas o centro donde anteriormente no los había.

Resulta extraña la redacción de este artículo 7.2 b) de la Directiva en la medida en que establece un límite porcentual que parece preceptivo y acto seguido otorga a la comisión negociadora que representa los intereses de los trabajadores la potestad de quebrar con dicho límite. Resulta tanto más extraño en la medida en que la Directiva establece salvedades bastante restrictivas para la puesta en marcha de las disposiciones del anexo, pero una vez salvados estos escollos tiende la mano a la representación de los trabajadores para ensanchar los derechos participativos en las SAE creadas por fusión. No hay que olvidar, sin embargo, que si no se salvan los primeros obstáculos y se llega a la puesta en marcha del anexo de nada sirven estas previsiones beneficiosas para los intereses de los trabajadores.

Pero el apartado 3 del artículo 7 viene a establecer un límite sobre el epígrafe que parecía tan favorecedor para los trabajadores, la llamada cláusula *opting-out*. Según el artículo 7.3 de la Directiva, los Estados miembros podrán prever que las disposiciones de referencia contempladas en la Parte 3 del anexo no se apliquen en el caso previsto en la letra b) del apartado 2, es decir, en el caso de SE constituidas por fusión. En definitiva, la potestad para que estos mecanismos se pongan en marcha está, en primera instancia, en manos de la empresa al decidir ésta si aplica o no las disposiciones de referencia; una vez salvado este escollo los Estados miembros han de optar por no hacer efectiva la previsión del epígrafe 3 del artículo 7, y tan sólo tras esta carrera de obstáculos, la participación prevista en el anexo tendría lugar si se superara la barrera del 25%, o pudiera ser que la comisión decidiera poner en marcha los mecanismos de participación en el caso contrario, aunque pudiera ser también que

decidiera no hacerlo. El Estado miembro que ejerza esa cláusula lo único que consigue es vetar la inscripción en su territorio de SE formadas por empresas que tuvieran sistemas de participación, lo cual es especialmente importante para aquellos países, como España, en los que no existe tradición de participación de los trabajadores.³¹⁶

En cuanto a las SAE creadas mediante creación de una sociedad holding o filial, la previsión es exactamente la misma que en los casos de fusión pero estableciéndose el límite en este caso en el 50% de número total de trabajadores empleados en el conjunto de las sociedades participantes; no obstante, no existe en estos casos la previsión relativa a que los Estados miembros puedan prever que dichas disposiciones no se apliquen.

Ya por último, si hubiera habido más de una forma de participación en el seno de las diferentes sociedades participantes, la comisión negociadora habrá de decidir cuál de estas formas debe ser establecida en la SE. En el caso contrario, los Estados miembros podrán establecer las normas aplicables para las sociedades registradas en su territorio.

En definitiva, la aplicación de las normas del anexo requiere de un examen detallado del artículo 7 de la Directiva al ser este, en especial en lo relativo a las normas de participación, rocambolesco e intrincado en exceso.

3.3.9. El contenido de las disposiciones de referencia

A diferencia de lo ocurrido con las normas que determinan cuándo hay que aplicar las disposiciones de referencia, el contenido de estas disposiciones sí coincide mayoritariamente con el contenido de las normas subsidiarias previstas en la Directiva CEU. No obstante, pese a esta gran coincidencia tanto estructural como de contenido, existen ciertas divergencias entre ambos textos que conviene destacar, no siendo en cambio pertinente un nuevo examen de todo aquello en lo que sí existe una redacción calcada o prácticamente coincidente.

En lo referido al comité restringido que puede crearse si la dimensión del órgano de representación lo requiere, el número máximo de miembros viene fijado en

316 ANSÓN PEIRONCELY R. y GUTIÉRREZ DORRONSORO C, *La Sociedad Anónima... op. Cit.* Pág. 258.

3. Se trata del mismo número encontrado en la Directiva 94/45/CE, pero diferente al de la posterior Directiva 2009/38/CE que fijaba este número máximo en 5 miembros.

La segunda diferencia notable entre las normas citadas consiste en que la Directiva SAE, de la misma manera que lo hiciera la antigua Directiva CEU, no desglosa el contenido de la información por un lado y el de las consultas por otro, sino que detalla el contenido de la reunión anual que ha de mantener el órgano de representación de los trabajadores con la empresa. De nuevo, la novedad llegó con el texto del año 2009 que separó las materias objeto de información de las materias objeto de información y consultas.

La tercera diferencia viene referida a la transmisión de información entre las distintas instancias representativas de los trabajadores. Tal y como dispone la letra e) de la parte 2 del anexo de la Directiva SAE, los miembros del órgano de representación informarán a los representantes de los trabajadores de la SE y de sus filiales y establecimientos acerca del contenido y del resultado de los procedimientos de información y consulta. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en cuanto a la reserva y confidencialidad en el artículo 8 de la Directiva. Esta previsión se encontraba también en el anexo de la antigua Directiva CEU, no obstante, la nueva Directiva del año 2009 lo traslada a su articulado en su artículo 10.2, lo cual supone un avance en el caso de las nuevas empresas de dimensión comunitaria. Es menester recordar que mientras que el articulado ha de respetarse en todo caso, las normas contenidas en el anexo tan sólo entran en juego cuando éste es de aplicación según las normas de la propia Directiva.

La cuarta diferencia es la que otorga un permiso de formación sin pérdida de salario a los miembros del órgano de representación en la medida en que sea necesario para el desempeño de sus funciones. Se trata de un precepto muy ambiguo que requiere de un posterior desarrollo por parte de los Estados miembros a la hora de transponer la Directiva, pero que supone un avance conforme a la antigua Directiva CEU que no contemplaba este derecho. Sin embargo, más tarde la nueva Directiva CEU trasladó esta previsión a su articulado consolidando así el derecho al permiso de formación sin pérdida de salario en la medida en que fuera necesario para el desempeño de las funciones de los miembros del órgano de representación.

Por último, el anexo de la Directiva 2001/86/CE está dotado de una parte 3 referida a las disposiciones de referencia para la participación. Es obvio que habiendo

eliminado toda referencia a la participación en las Directivas CEU este apartado sea exclusivo de la norma del año 2001. Se requiere, por tanto, un estudio propio y más detallado en este punto

En este caso, la regla parece simple. En caso de creación de SAE por transformación, si existiese participación –entendida ésta tal y como viene definida en la Directiva- antes de la inscripción, todos los elementos de la participación de los trabajadores continuarán siendo de aplicación en la SE. Nada se dice, sin embargo, en los casos en los que no existía participación antes de la inscripción, lo cual permitiría concluir que en tal caso no ha de existir participación aunque se consolide la creación de una SAE por transformación.

Algo parecido ocurre en los demás casos diferentes a la transformación. En estos casos, los trabajadores de la SE, de sus filiales y establecimientos o sus órganos de representación tendrán derecho a elegir, designar, recomendar u oponerse a la designación de un número de miembros del órgano de administración o de control de la SE igual a la mayor de las proporciones vigentes en las sociedades participantes de que se trate antes de la inscripción de la SE. Es decir, que el principio antes-después queda, en este caso, intacto, y además la proporción más alta de participación en alguno de los elementos de la nueva SAE juega como límite mínimo, ensanchando así las cuotas participativas con respecto al momento anterior a la inscripción. Por otro lado, si ninguna de las sociedades participantes estuviera regida por las normas de participación antes de la inscripción de la SE, ésta no estará obligada a establecer disposiciones en materia de participación de los trabajadores. Esto es así debido a que al no existir ningún mecanismo de participación anterior, no existe ninguna proporción que pueda ejercer de referencia y el legislador entendió demasiado gravoso para la empresa el establecimiento de un porcentaje mínimo de participación de los representantes de los trabajadores en los diferentes órganos de las nuevas SAE. A mi juicio, hubiese sido deseable el establecimiento de dicho límite mínimo en estos casos para asegurar la participación de los trabajadores en todas las SAE, consiguiéndose así una homogeneidad y un avance en materia social más sólido.

Cabe destacar por último, que los representantes de los trabajadores que formen parte de los órganos societarios, serán miembros de estos de pleno derecho, con los mismos derechos y obligaciones que los miembros que representen a los accionistas,

incluido el derecho a voto. No creo que para llegar a esta conclusión hubiera hecho falta la inclusión de este párrafo en la Directiva, pero desde luego es conveniente su inclusión en aras de evitar posibles interpretaciones restrictivas del derecho de participación de los representantes de los trabajadores en las SAE.

3.3.10. Otras disposiciones de variado contenido

Las disposiciones varias de la Directiva 2001/86/CE fueron también redactadas con base en las de la Directiva CEU. Una vez más, tras la aparente coincidencia existe una divergencia que conviene mencionar. La reserva y confidencialidad presentan la misma estructura en ambos textos. El primer epígrafe del artículo 8 viene referido a la información confidencial, es decir aquella que es transmitida a los representantes de los trabajadores pero que estos no pueden transmitir a los terceros. Pues bien, según la literalidad del artículo, estos no están autorizados a revelar a terceros la información que les haya sido comunicada con carácter confidencial. Desaparece en este caso la palabra “expresamente” que sí se encuentra en ambos textos CEU, con lo cual dicha omisión no es casual. Así, en las SAE no se exige que la información confidencial sea expresamente comunicada como tal, sino que parece que una comunicación tácita de esta característica bastaría. Resulta evidente que siempre es conveniente la explicitación de este tipo de circunstancias ya que evitan malentendidos, interpretaciones restrictivas y otorgan, en definitiva, seguridad jurídica. Además, en este caso se está limitando un derecho de los representantes de los trabajadores y quizá también de los propios trabajadores si estos son considerados como terceros, con lo cual es todavía más conveniente el carácter explícito de la comunicación.

Por otra parte, mientras que el artículo 11 de la Directiva SAE viene referido a la protección de los representantes de los trabajadores y concuerda totalmente con lo legislado al respecto en la Directiva CEU, en esta última el mismo artículo se refiere además al cometido de los representantes de los trabajadores. El resultado es la no inclusión de 3 epígrafes en la Directiva SAE que sí existen en la Directiva CEU y que se refieren principalmente a que los miembros del comité de empresa europeo han de informar a los representantes de los trabajadores o en su defecto a los propios trabajadores sobre el contenido y los resultados del procedimiento de información y

consulta establecido; y a la formación sin pérdida de salario de los miembros del órgano representativo y de la comisión negociadora cuando sea necesaria para el ejercicio de su función representativa en un entorno internacional. Estas previsiones sí se encuentran en la Directiva CEU, con la diferencia de que su ubicación es distinta. Mientras que en este caso se encuentran en el articulado de la norma y consecuentemente han de tenerse en cuenta en todo caso, en las Directivas CEU se encuentran en el anexo y tan sólo serán de aplicación cuando éste entre en juego. En este punto la norma SAE supone un avance.

La facultad del empresario para optar o no por la forma de la SAE, en contraposición a lo que ocurre en las empresas de dimensión comunitaria a las que se les aplica de forma obligatoria la legislación al respecto, es la que motiva la redacción del artículo 11 de la Directiva 2001/86/CE y que no existe en las normas CEU. Dicho artículo insta a los Estados miembros a que eviten que se recurra de forma indebida a la constitución de una SE con el propósito de privar a los trabajadores de los derechos de implicación que ostentan o de hacer los mismos ineficaces. Este artículo no sería necesario si se respetase en todo caso el principio antes-después de forma que la constitución de una SAE nunca pudiera suponer la privación de derechos previamente adquiridos. No obstante, del estudio de la norma se concluye que ésta permite, una vez más, la posibilidad de dejar de lado este principio. Este artículo pretende limitar la puesta en marcha de un registro de una nueva SAE con el único fin de acabar con derechos ya adquiridos o de hacer estos ineficaces, lo cual es sumamente difícil de demostrar ya que se trataría de sacar a la luz la mala fe de un empresario que, por otra parte, se hubiera adecuadamente a los postulados de la Directiva y de sus leyes de transposición. En conclusión, si se hubiese querido evitar los posibles retrocesos en los derechos de implicación la solución viable hubiese sido la de evitar las válvulas de escape al principio antes-después y no la inclusión de un artículo de poca aplicabilidad como el presente.

Ya por último, la relación entre la presente Directiva y otras disposiciones viene regulada en el artículo 13 de la misma. En primer lugar, la relación con la Directiva CEU establece que en el caso de que una SAE cumpliera con los parámetros de una empresa de dimensión comunitaria o de una empresa de control de un grupo de empresas de dimensión comunitaria, serán de aplicación las normas referidas a las

SAE. No obstante, según la literalidad del precepto, en dichos casos se aplicarán las normas CEU cuando la comisión negociadora decidiera no iniciar las negociaciones o terminar las ya iniciadas. Así, la Directiva CEU se aplicará cuando la Comisión Negociadora decida que se apliquen las disposiciones comunitarias y nacionales (art. 6.3 DSE) o cuando las partes incluyan expresamente su aplicación en el acuerdo. Sin embargo, comparto la opinión según la cual, y siempre en los casos recién citados, las disposiciones de la Directiva CEU sólo podrán aplicarse a una SE “de ser la SE una empresa de dimensión comunitaria”.³¹⁷ Es decir, que la literalidad del precepto requiere ser matizado en tanto en cuanto los mandatos de la Directiva CEU jamás podrán ser aplicados a una empresa o grupo de empresas que no sea de dimensión comunitaria ya que eso supondría un sinsentido al estar la norma redactada pensando tan sólo en este tipo de empresas o grupos y al ser imposible una adaptación forzosa a fenómenos societarios ajenos a los definidos por ella.³¹⁸ En definitiva, el artículo debería haber incluido “en los casos de ser la SE una empresa de dimensión comunitaria” también en el segundo inciso del artículo 13.1 para evitar malentendidos que pudieran provocar confusiones en cuanto a la relación entre ambas directivas.

En segundo lugar, las normas de participación de los trabajadores en los órganos sociales previstas en las legislaciones o en las prácticas nacionales y que sean distintas a las de la Directiva no se aplicarán en las SAE. Se limita en este punto una posible doble participación que hiciera que los trabajadores tuvieran cuotas porcentuales más elevadas. Sin embargo, los derechos de implicación que no sean propiamente de participación no se verán afectados. La directiva tampoco afecta a las disposiciones nacionales en materia de participación en los órganos de las filiales de las SAE, lo cual no se explica fácilmente ya que en estos órganos también podría darse una doble cuota de representación si del acuerdo surgiera el compromiso de establecer cuotas participativas en los órganos de las filiales y las normas nacionales también las contemplaran.

Por último, con el fin de salvaguardar los derechos de implicación nacionales y los derechos participativos en los órganos de las filiales, los Estados miembros podrán

317 VALDÉS DAL-RÉ, F. *El establecimiento de... op. cit.* Pág. 6.

318 En este sentido se expresa también ORTIZ LALLANA, C. *La participación de los... op. Cit.* Pág. 153 y 154.

adoptar las medidas necesarias para garantizar, después de la inscripción de la SE, el mantenimiento de las estructuras de representación de los trabajadores en las sociedades participantes que dejen de existir como entidades jurídicas diferenciadas.

3.3.11. Aspectos específicos de la Directiva de Sociedades Cooperativas Europeas

El Reglamento 1435/03 define a las cooperativas como “agrupaciones de personas o entidades jurídicas que rigen por principio de funcionamiento específicos, distintos de otros agentes económicos”. Entre estos principios se destaca el de estructura y gestión democrática – fundamental en relación con la implicación de sus trabajadores en la sociedad-, y el de equidad en la distribución de los beneficios. (...) Otro de los principios que caracteriza a las cooperativas, es el de la primacía de la persona que se pone de manifiesto en disposiciones particulares como la vinculación del derecho de voto a la persona, concentrado en la idea básica “un socio-un voto”. A pesar de ello se puede señalar que prima la filosofía general sobre sociedades mantenida por la UE olvidando en cierta medida la propia idiosincrasia de la sociedad cooperativa, basada en la participación activa y democrática de todos sus miembros, ya sean socios, ya sean trabajadores, proveedores, etc.³¹⁹

En lo concreto, 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, presenta una gran similitud con la Directiva SAE. Es más, la totalidad de la Directiva SAE viene literalmente copiada en esta Directiva SCE, sólo que esta última presenta además dos secciones adicionales requeridas por la naturaleza de este tipo de sociedades.

Así, la sección III de la Directiva SCE se refiere a las normas aplicables a las SCE establecidas exclusivamente por personas físicas o por una sola entidad jurídica y personas físicas. Recuérdese que estas dos posibilidades no existían en el caso de constitución de SAE con lo que era imposible encontrar este texto en la norma anteriormente estudiada. El artículo 8 correspondiente a esta sección III establece una separación entre las SCE que empleen a 50 o más trabajadores en al menos dos estados

319 ESPÍN SÁEZ, M. *Implicación de los trabajadores... op. Cit.* Pág. 236 y 242.

miembros a las cuales les serán de aplicación los artículos 3 a 7 de la directiva sin especificidad alguna, y las demás SCE que empleen a menos de 50 trabajadores o a más de 50 trabajadores en un solo Estado miembros. En este segundo caso, el artículo contiene unas disposiciones específicas. No obstante, la propia norma específica determina que se aplicarán *mutatis mutandis* las disposiciones de los artículos 3 a 7 si, con posterioridad al registro así lo solicita al menos un tercio del número total de trabajadores de la SCE y de sus filiales y establecimientos en al menos dos Estados miembros diferentes, o si el número total de trabajadores es igual o superior a 50 en al menos dos Estados miembros. De lo contrario, serán de aplicación las disposiciones del Estado miembro en que se encuentre el domicilio social de la SCE que sean aplicables a las entidades del mismo tipo y, en sus filiales y establecimientos serán de aplicación las disposiciones del Estado miembro en que estén situados, que sean aplicables a las entidades del mismo tipo. Las entidades del mismo tipo a las que se refiere el artículo deben ser las sociedades cooperativas nacionales sujetas a los ordenamientos internos, no obstante, las SCE son un tipo societario específico y distinto a estas sociedades. Técnicamente, las disposiciones establecidas por los Estados miembros aplicables a las entidades del mismo tipo no son otras que las leyes de transposición de la Directiva SCE, con lo cual la redacción es poco afortunada y hasta errónea en este caso si lo que se pretende es aplicar otro tipo de normas como son las referidas a las cooperativas convencionales. Sin embargo, la interpretación en este caso no puede ser otra ya que la aplicación de las leyes de transposición no requeriría de una especificidad normativa y no podría en marcha ninguna regla diferente para este tipo de SCE. Así, en estos casos, quedan fuera de la protección de la Directiva dichas SCE en lo que a implicación de los trabajadores se refiere ya que les son de aplicación las normas estatales sobre las empresas cooperativas.

En segundo lugar, la Sección IV de la Directiva, mediante el artículo 9 de la misma, se refiere a la participación en la Asamblea General o en la Asamblea de Sección o Sectorial. En tres casos, los trabajadores de la SCE y sus representantes estarán habilitados para participar en estas asambleas ostentando en ellas el derecho de voto.

La primera consideración a tener en cuenta es la referida a los sujetos de dicho derecho. Según el precepto, estos son los trabajadores de la SCE y sus representantes.

Se trata de una redacción poco habitual en la que se incluye tanto a los trabajadores como a sus representantes y no a unos u otros alternativa o excluyentemente como ocurre en otros textos normativos. En todo caso, la literalidad del texto indicaría que, en este caso, todos los trabajadores y todos sus representantes –sean o no trabajadores de la SCE- tienen el derecho de participar en las asambleas generales, de sección o sectoriales. Esta amplitud en cuanto a los sujetos vendría motivada por la naturaleza de los órganos en cuestión al tratarse de asambleas en las que ha de participar toda la colectividad, en este caso los miembros de la SCE.

No obstante, el artículo 59.4 del Reglamento 1435/2003 mencionado expresamente como límite a la participación en dichos órganos, viene a desmontar lo que a priori parecía un gran avance en cuanto a la participación. El artículo en cuestión expresa que “si, en el momento de la entrada en vigor del presente Reglamento, la legislación del Estado miembro del domicilio social de la SCE lo permite, los estatutos de la SCE podrán prever la participación de los representantes de los trabajadores en las asambleas generales, sectoriales o de sección, siempre que los representantes de los trabajadores no controlen, en conjunto, más del 15 % del total de los derechos de voto. Esos derechos dejarán de aplicarse en el momento en que la SCE traslade su domicilio social a un Estado miembro cuya legislación no contemple tal participación”. Así pues, límite tras límite el precepto viene a desnaturalizar lo que en principio parecía que venía a decir el artículo 9 de la Directiva SCE. Primero, la legislación del Estado miembro del domicilio social ha de permitir esta posibilidad. Segundo, dicha participación se limita aquí tan sólo a los representantes y no ya a los trabajadores y a sus representantes. Tercero, dicha posibilidad –que no derecho- solamente podrá llevarse a cabo si los representantes de los trabajadores no controlan, en conjunto, más del 15% del total de los derechos de voto. Cuarto, no juega el principio antes-después ya que en caso de traslado del domicilio social estos derechos no habrán sido consolidados sino que desaparecerán. Teniendo siempre en cuenta esta carrera de obstáculos es posible entrar a valorar los tres casos en los que cabe la posibilidad de que los derechos de los trabajadores pudieran llegar a ser representados en estas asambleas.

El primer caso será cuando las partes –sociedad y comisión negociadora- así lo acuerden. El segundo caso será cuando una cooperativa que se rija por un sistema de

este tipo se transforme en una SCE, entrando en juego el principio antes-después siempre y cuando éste no quiebre según el mandato del artículo 59.4 del reglamento. El tercero es harto más complicado ya que requiere del cumplimiento de una sucesión de requisitos acumulativos y, por ende, limitativos. Se trata de la puesta en marcha del principio antes-después para las SCE no constituidas por transformación cuando una de las cooperativas participantes estuviera regida por un sistema de este tipo, y –requisito acumulativo- las partes no logren alcanzar el acuerdo previsto por la Directiva en el plazo previsto por la misma, y –nuevamente requisito acumulativo- cuando se apliquen las disposiciones de referencia y la parte concreta del mismo dedicada a la participación (recuérdese que la aplicación del anexo en este caso era mucho más difícil de llevarse a cabo que en las Directivas CEU) y, -último requisito acumulativo- la cooperativa participante que se rija por un sistema de este tipo tuviera en vigor, antes del registro de la SCE, el porcentaje de participación más elevado (...) dentro de las cooperativas participantes de que se trate.

Tras este desglose del precepto no me queda otra opción que posicionarme claramente en contra del contenido del mismo. Si realmente se quisiera fomentar e implantar los derechos de implicación y de participación de los trabajadores no se recurriría a una batería de limitaciones tan extensa e intrincada capaz de acabar con todo atisbo de intento de participación real y efectiva. Parece imposible llegar a salvar todos los obstáculos que aquí se recogen y, en caso de poder hacerlo, la complejidad de la norma desalienta a cualquiera que pretenda poner en marcha estos mecanismos. En definitiva, tras un título esperanzador se esconde una norma limitativa y casi prohibitiva merecedora de mi más sincero reproche.

3.4. La Directiva 2002/14/CE, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea

3.3.1. Objetivos de la Directiva 2002/14/CE

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, encuentra su

fundamento en los, ya mencionados, artículos 136 del Tratado de la Comunidad (antiguo) y 17 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Tras las distintas regulaciones parciales del fenómeno participativo llevadas a cabo desde las instancias comunitarias, se redactó, por fin, este texto con el objetivo de reforzar el diálogo social y fomentar relaciones de confianza mutua en la empresa a fin de favorecer la prevención de los riesgos, flexibilizar la organización del trabajo y facilitar el acceso de los trabajadores a la formación dentro de la empresa. En particular, era necesario promover y reforzar la información y consulta sobre la situación y la evolución probable del empleo en la empresa, en especial cuando éste pudiera verse amenazado, y sobre las previsiones acerca de las eventuales medidas preventivas en estos aspectos. Así, la Directiva, expresa la necesidad de aplicar una estrategia para el empleo basada en los conceptos de “anticipación”, “prevención” y “empleabilidad”. La norma comunitaria concibe los mecanismos de información y consulta con fines preventivos para evitar la toma de decisiones empresariales dañosas para los trabajadores.³²⁰

La principal razón que, según los redactores de la norma, hizo conveniente la puesta en marcha de un marco jurídico general y de mínimos en torno a los derechos de información y consulta consiste en que los marcos jurídicos existentes en los ámbitos comunitario y nacional en materia de información y consulta de los trabajadores están a menudo excesivamente orientados hacia el tratamiento a posteriori de los procesos de cambio, descuidan los factores económicos de las decisiones, y no favorecen una auténtica previsión de la evolución del empleo en la empresa ni la prevención de los riesgos.

En el ámbito de los ordenamientos nacionales, las regulaciones de estos dos derechos presentaban unas divergencias poco adecuadas, más aún, teniendo en cuenta los procesos globalizadores surgidos en las últimas décadas del siglo XX. En aras de alcanzar un cierto grado de homogeneidad, y a la luz de la imposibilidad de los Estados miembros de lograr una armonía legislativa en estos aspectos, la UE se sirvió de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad para establecer este marco general de mínimos aplicable a todos sus Estados miembros. En consecuencia, en la norma comunitaria se diseña un modelo de información y consulta que pretende alcanzar

320 ORTIZ LALLANA, C. *La participación de los... op. Cit.* Pág. 94.

objetivos comunes a los Estados miembros, reconociendo los distintos modelos nacionales de representación, que no tienen por qué ser sustituidos por otros, sino, en caso necesario, efectuar los retoques necesarios para adaptarse a “las disposiciones mínimas” aplicables a toda la Comunidad.³²¹

Según GARCÍA GUTIÉRREZ, no se trata de establecer el derecho de información y consulta de los trabajadores con un carácter absoluto, sino modulado por las necesidades de “favorecer la prevención de riesgos, flexibilizar la organización del trabajo y facilitar el acceso de los trabajadores a la formación dentro de la empresa en un marco de seguridad, concienciar a los trabajadores para adoptar medidas y emprender acciones destinadas a reforzar sus posibilidades de empleo, promover la participación de los trabajadores en la marcha y futuro de la empresa y fortalecer la competitividad de ésta”. A simple vista, la Directiva parece haber tratado de lograr un equilibrio entre las nuevas realidades o necesidades empresariales y la necesaria salvaguardia de los –más bien algunos- derechos de los trabajadores, y en definitiva, del empleo. Se concibe, pues, como un medio instrumental, que no tiene valor en sí mismo, sino que constituye una garantía de otros derechos sustantivos dignos de protección.³²² Pues bien, sí eso es así, ha de resultar una obviedad que los trabajadores cuyas empresas queden fuera del ámbito de aplicación de la Directiva no van a ver garantizados – o al menos no gracias a la labor comunitaria- esos derechos sustantivos dignos de protección a los que se refiere la autora. En consecuencia, procede realizar un examen de dicho ámbito de aplicación.

3.4.2. Ámbito de aplicación

Pues bien, la Directiva será de aplicación, según su artículo 3.1, a elección de los Estados miembros; a las empresas que empleen en un Estado miembro al menos a 50 trabajadores; o a los centros de trabajo que empleen en un Estado miembro al menos a 20 trabajadores. Los Estados miembros determinarán el modo de calcular el número de

321 *Ibidem.* Pág. 91 a 93.

322 GARCÍA GUTIÉRREZ, M.L. *La Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.* Actualidad Laboral, nº 4, enero 2003. Pág. 60.

trabajadores empleados. Varias consideraciones surgen a raíz de la lectura de este precepto:

Primera: son los Estados los que han de elegir el parámetro de la empresa o del centro de trabajo. Se ha intentado, en este punto, respetar los criterios utilizados por las legislaciones nacionales que opten por uno u otro concepto a la hora de determinar la existencia, o no, de representantes de personal canalizadores de los derechos de información y consulta. Con esto no se logra una armonía legislativa, sino que se intenta, simplemente, que las disposiciones prácticas en torno a los derechos objeto de la Directiva puedan ser llevadas a cabo sin una modificación sustancial en cuanto a las previsiones sobre representación a nivel nacional.

Segunda: ha quedado en el olvido el concepto de grupo de empresas. De la misma forma que las empresas o los centros de trabajo han sido tenidos en cuenta como estructuras capaces de modalizar instancias representativas, deberían también haberlo sido los grupos de empresas. Y el legislador comunitario debería haber tenido en cuenta los grupos de empresas en este punto ya que, por un lado, se trata de una forma jurídica cada vez más común –aunque su simple existencia ya lo justificaría-, y por otro lado, porque detrás de una estructura grupal pueden difuminarse una cantidad suficiente de trabajadores que, bajo una forma empresarial simple, sí entrarían en el ámbito de aplicación de la Directiva, y que de esta forma no lo hacen. Piénsese en un grupo compuesto por varias empresas de menos de 50 trabajadores cada una.

Tercera: el legislador comunitario se ha cuidado de definir los conceptos de empresa y de centro de trabajo en el artículo 2. Se entiende por “empresa” las empresas públicas o privadas que ejercen una actividad económica, independientemente de que tengan o no ánimo de lucro, situadas en el territorio de los Estados miembros. A la misma idea se llegó en cuanto al ámbito de aplicación de la Directiva 94/45/CE, con la diferencia de que, en este caso, para evitar posibles interpretaciones oscuras, se ha procedido a explicitar el carácter público o privado, así como el ánimo de lucro o la falta del mismo, características empresariales recogidas bajo el paraguas de la Directiva 2002/14/CE. Sí han de quedar, en cambio, excluidas las Administraciones Públicas por no tratarse propiamente de empresas. Por su parte, el “centro de trabajo” viene definido como una unidad de actividad definida conforme a la legislación y la 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. Así, el precepto describe el centro de trabajo con una definición de mínimos –continuidad y medios humanos y materiales–, que los Estados miembros pueden restringir. De esta forma, algún “lugar” donde se desarrolle una actividad económica continuada con medios humanos o materiales podría no entrar en la definición dada por un Estado miembro. Por el contrario, algún Estado podría ampliar su definición de centro de trabajo a supuestos, por ejemplo, con falta de continuidad o falta de medios humanos o materiales, y seguir siendo de aplicación el precepto, ya que se estaría mejorando el derecho de los trabajadores. En definitiva, una remisión a las legislaciones nacionales seguida de una definición concreta, hace de ésta última una mera indicación o sugerencia ya que, tal y como ha sido formulado el precepto, dicha definición puede ser tanto restringida como ampliada por medios internos.

Cuarta: los umbrales concretados en 20 trabajadores por centro de trabajo o 50 trabajadores por empresa suponen una limitación de los derechos de información y consulta desmesurada. Entiendo que estos derechos deberían regularse de tal forma que fueran otorgados a cualquier asalariado, independientemente del tamaño de la empresa o centro donde preste sus servicios. No obstante, aceptando –hipotéticamente– que estos derechos sólo sean otorgados a los representantes de los trabajadores existentes en empresas con un número determinado de los mismos, los umbrales establecidos por esta Directiva implican la exclusión de un número excesivo de trabajadores en todo el continente europeo. En 2008, las empresas de más de 50 trabajadores representaban menos del 3% de todas las empresas del área de la UE y en ellas trabajaban cerca de la mitad de los trabajadores de la misma, dejando fuera del ámbito de aplicación de la norma a la otra mitad de los trabajadores europeos. Por poner un ejemplo, sólo en España en el año 2009, aproximadamente 8 millones de trabajadores prestaban sus servicios en empresas que no superaban el umbral numérico de la Directiva. No hay que olvidar que estamos ante la Directiva marco reguladora de los derechos de información y consulta con carácter general. A diferencia de las demás Directivas en las que entran en juego derechos participativos en casos concretos o en el seno de empresas o grupos de empresas determinados que, por sus especiales características detentan unas grandes dimensiones, en este caso se están previendo unos mínimos aplicables –en principio– a todas las empresas y mediante unos procedimientos continuados. Pero a la luz de la redacción del precepto no queda otra alternativa que

asumir que no es caso de la Directiva 2002/14/CE. La Unión Europea ha puesto en marcha un mecanismo de mínimos, aplicable –con más límites que los numéricos y que veremos a continuación- a empresas o centros de trabajo de una determinada dimensión, y no al conjunto de grupos, empresas o centros ubicados en sus límites geográficos.

Quinta: dejando la posibilidad a los Estados miembros de determinar el modo de calcular el número de los trabajadores empleados, se está incurriendo, de nuevo, en un agravio comparativo entre los trabajadores de los diferentes países de la esfera comunitaria. Esta simple remisión a las legislaciones nacionales, no establece garantía alguna, a diferencia de lo que hace la Directiva 94/45/CE, respecto a la inclusión en el cálculo de los trabajadores a tiempo parcial.³²³ Trabajadores con contratos de corta duración, en periodo de prueba o autónomos económicamente dependientes, son otras de las figuras que pueden quedar excluidas de este cálculo. Esta exclusión supone la disminución del número de trabajadores computados por empresa o centro de trabajo, lo cual va a revertir en que ciertas de ellas no alcancen –jurídicamente- los umbrales impuestos por la Directiva pese a alcanzarlos –realmente- si computasen todos los trabajadores sin distinción. Por otro lado, al haber sido excluidos estos trabajadores del cómputo, se les habría también excluido del proceso de elección o designación de representantes de los trabajadores, ya que de lo contrario se estaría incurriendo en una grave incongruencia. Es decir, que no tan sólo quedarán fuera del ámbito de la Directiva algunas empresas debido a la exclusión en el cómputo de algunos de sus trabajadores, sino que, en las empresas o centros que sí se vean afectados, los intereses de estos trabajadores excluidos no serán representados y, debido al carácter instrumental de los derechos de información y consulta, dichos trabajadores no verán tampoco garantizados estos derechos.

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 centros 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, el día de entrada en vigor de la presente Directiva, ya existan en el Derecho nacional

323 *Ibidem*. Pág.61.

disposiciones en la materia (artículo 3.2). Se trata, pues, de las denominadas empresas ideológicas o de tendencia, donde, más allá de la búsqueda de un beneficio empresarial se persiguen fines “morales”. Parece, no obstante, que la enumeración que presenta el precepto es demasiado extensa, habiéndose incluido conceptos como los fines científicos o artísticos que, en mi opinión, poco o nada han de influir en los derechos participativos de los trabajadores. No deja de llamar la atención, como bien apunta GARCÍA GUTIÉRREZ, la previsión de dichas disposiciones específicas cuando en ninguna de la Directivas relativas a derechos de información y consulta se las ha excluido ni se ha previsto peculiaridad alguna.³²⁴ En la misma línea afirma la autora que, no se trata de una mera exclusión de la aplicación de la norma, sino de la posibilidad de los Estados miembros de prever peculiaridades en su ejercicio. Conclusión a la que llega ya que cuando el Consejo de la Comunidad ha querido excluir la aplicación de una Directiva así lo ha señalado expresamente.

Lo mismo ocurre en el artículo 3.3 respecto a las tripulaciones de buques que naveguen en alta mar. Según el precepto, los Estados miembros podrán establecer excepciones a la presente Directiva mediante disposiciones específicas, en estos casos. En esta ocasión, se justifica esta peculiaridad en la 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 peculiar realidad laboral.³²⁵ No obstante, en este caso, y a diferencia de la mención a las empresas de tendencia o ideológicas, el texto se refiere a “excepciones”, lo cual podría llevar a pensar que el legislador comunitario ha dado pie a una posible exclusión en estos casos. Esta idea queda reforzada por las exclusiones en cuanto a tripulaciones de buques que naveguen en alta mar, encontradas en las Directivas 94/45/CE, 75/29/CE y 2001/23/CE, si bien en aquellos casos se habla directamente de “no aplicación” y no de “excepción mediante disposiciones específicas”, como he apuntado anteriormente.

El ámbito de aplicación de la Directiva va a verse limitado de nuevo según lo dispuesto en su artículo 10. Así, se ha establecido un umbral numérico al alza, con carácter transitorio, para todo Estado miembro que, en la fecha de entrada en vigor de la

324 *Ibidem.* Pág.62.

325 *Ibidem.* Pág.62.

presente Directiva, 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. En estos casos, podrá limitarse la aplicación de las disposiciones nacionales de aplicación de la Directiva a las empresas que empleen al menos a 150 trabajadores, o a centros de trabajo que empleen al menos a 100 trabajadores hasta el 23 de marzo de 2007; y a las empresas que empleen al menos a 100 trabajadores, o a centros de trabajo que empleen al menos a 50 trabajadores durante el año siguiente desde esa fecha.

Se trató de una moratoria en la aplicación de los mandatos de la Directiva, que diluyó prácticamente todos sus efectos en el tiempo. Durante los años en que duró la moratoria, el porcentaje de trabajadores a los que se les garantizaron los derechos de información y consulta en los Estados miembros a los que hace mención el precepto fue ínfimo y no cumplía con un mínimo exigible a una Directiva que se pretende garantista de unos derechos laborales a escala comunitaria.

Las Directivas europeas no son normas directamente aplicables ni contienen –por lo general- mandatos imperativos inamovibles, sino todo lo contrario. Precisamente su eficacia jurídica es limitada, respetando un lapso de tiempo para que los Estados – a los que les sea necesario- adapten sus legislaciones a los postulados de estas normas de la manera que más les convenga. Así, en países como España, la transposición de Directivas como la 2002/14/CE no supuso un cambio sustancial en la legislación, limitándose, sin más, a perfilar algunos aspectos concretos en un sistema de información y consulta asentado y que cumple, en su mayor parte, con los mandatos de la Directiva. En definitiva, las Directivas en general y la 2002/14/CE en particular, han de tener como objetivo que los Estados miembros que no cumplen con sus disposiciones en la fecha de su publicación, adapten sus legislaciones en el plazo de dos años. Estos Estados son precisamente los mentados en el artículo 10 de la Directiva, es decir, todo Estado que no tenga establecido con carácter general, permanente y obligatorio un sistema de información y consulta de los trabajadores o un sistema de representación de los mismos que permita canalizar los derechos reconocidos en esta norma.

Lo que se logra con esta moratoria es modificar el plazo de transposición de la Directiva en los casos en los que sí hace verdadera falta una adaptación de las legislaciones nacionales. De esta forma, se ha pasado de otorgar dos años como plazo para la transposición, a otorgar, ni más ni menos, que seis años a los Estados con una legislación laboral arcaica en los aspectos que aquí conciernen. Además, hay que tener en cuenta la habitual falta de cumplimiento de los plazos de transposición por parte de los Estados miembros, lo cual va a retrasar todavía más, en la práctica, la total puesta en marcha de esta Directiva.

En definitiva, el ámbito de aplicación de una Directiva marco reconocedora de unos derechos laborales debería ser simple: todas las empresas, grupos de empresas o centros de trabajo situados en el territorio de la Unión Europea. En cambio, a estas alturas de este trabajo ha quedado meridiano que esta hipótesis sólo puede calificarse, hoy en día, de utópica. Tal es la amplitud de los derechos sociales en la UE, a diferencia de los derechos económicos, estos sí, bien asentados. Así, el legislador comunitario, temeroso de una mala aplicación de los preceptos de la Directiva a causa de la disparidad del reconocimiento de los derechos de información y consulta en dependencia del Estado de que se trate, ha decidido limitar excesivamente el ámbito de aplicación de la norma mediante umbrales numéricos y, no contento con eso, ha dejado también abierta la posibilidad a los Estados miembros en los que no existía un sistema obligatorio de información y consulta, de restringir aún más dicho ámbito de aplicación en lo que respecta al número de trabajadores.

3.4.3. Modalidades prácticas de la información y consulta

3.4.3.1. Las materias y su contenido

Es labor encomendada a los Estados miembros, la de determinar las modalidades prácticas del ejercicio del derecho de información y consulta al nivel que proceda. Este mandato, contenido en el artículo 4.1, no es más que la puesta en marcha de los mecanismos propios de toda Directiva europea, y como es de esperar, viene seguido de una enumeración de supuestos y parámetros en los que estos derechos han de garantizarse, y dentro de los cuales los Estados miembros han de encuadrar sus ordenamientos jurídicos internos. Las disposiciones del artículo 4 van a tratar, por un

lado, las materias objeto de los derechos participativos aquí reconocidos, y por otro, las formas en las que estos deberán hacerse valer. Este precepto, tampoco desaprovecha la ocasión de matizar que su contenido contiene unos mínimos aplicables, sin perjuicio de las disposiciones y/o prácticas nacionales vigentes más favorables para los trabajadores en los distintos países comunitarios.

Se prevé en el segundo epígrafe del artículo 4, que la información y consulta versarán sobre las siguientes materias: En primer lugar, 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. A continuación, la 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. Finalmente, 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.

Esto es todo en cuanto al contenido de las informaciones o consultas previstas por la Directiva. La estructura seguida por el legislador comunitario es la que cabía esperar. Las materias económicas son tan sólo objeto una información, sin que las consultas hayan de producirse sobre los temas relacionados con éstas. El fundamento de esta mínima expresión de los derechos participativos en estos ámbitos consiste en considerar que los intereses de los trabajadores no se ven directamente afectados, pero que al tratarse de materias económicas que, indirectamente, afectarán al empleo, sí hay que llevar a cabo, no obstante, esta concesión que es la transmisión de información. Evolución de las actividades y situación económica, han sido los conceptos elegidos para definir estas materias de índole económica, y corresponden, a grandes rasgos, con el volumen de ventas, cuota de mercado, productos, etc. (evolución de las actividades), y con las finanzas empresariales normalmente materializadas en las cuentas de pérdidas y ganancias, balance, u otros libros exigidos a las diferentes personas jurídicas (situación económica). Se ha decidido relegar a los representantes de los trabajadores a una posición pasiva en cuanto a estos temas, dejando claro que se trata de una legislación de mínimos en la que no se va a otorgar a la parte social ni un solo beneficio más allá de los mínimos ya reconocidos en otros textos a nivel internacional.

Por su parte, las materias relacionadas con el empleo son objeto de información pero también de consultas. Se ha venido entendiendo que si las decisiones empresariales afectan directamente a los intereses de los trabajadores, los derechos participativos deben dar un salto cualitativo mediante la puesta en marcha de consultas a sus representantes. Así, las decisiones empresariales en cuanto a la situación, estructura y evolución probable del empleo, las eventuales medidas preventivas en caso de riesgo para éste, o los cambios sustanciales en cuanto a organización del trabajo y contratos de trabajo, van a estar sometidas a unas previas consultas con los representantes de los trabajadores. Las fórmulas empleadas en la norma se cuidan de incluir términos referidos a la anticipación de las consultas al momento de la decisión empresarial. “Evolución probable”, “eventuales medidas”, y “decisiones que pudieran”, indican que las consultas han de llevarse a cabo con anterioridad a los hechos que las propicien, en aras de darles la efectividad que merecen. No se refiere este precepto –ni ningún otro en la Directiva- al carácter vinculante de las consultas realizadas, lo cual puede significar, en principio, que no hay mandato comunitario en pro de unas consultas vinculantes en ningún caso ni en ningún momento.

Así, la información supone un primer estadio, mientras que las consultas conllevan un cambio cualitativo en lo que a la participación de los representantes se refiere. El tratamiento que hace la norma de ambos derechos es conjunto, bajo la suposición implícita de que ambos derechos son de ejercicio simultáneo o sucesivo, y, sin embargo, si bien la consulta o intercambio de opiniones ha de ir precedida normalmente de una información, *sensu contrario*, no toda información tiene que necesariamente ir seguida de una consulta.³²⁶

Tras el estudio del contenido de las materias objeto de información y consulta procedería el estudio de las materias objeto de los derechos de participación, propiamente dichos, de los trabajadores o sus representantes. La ausencia de este estadio hace imposible tal análisis y tan sólo puede llevarse a cabo una valoración crítica de tal ausencia. La norma de mínimos parece haber cumplido su mínima función en este aspecto. Sin embargo, cabe plantearse si una norma, aunque se trate de una Directiva marco de estas características, tiene alguna utilidad en la determinación de los derechos de participación y de las materias objeto de estos, si su contenido es

326 *Ibidem*. Pág.63.

coincidente o incluso inferior a lo encontrado en las distintas cartas ya estudiadas y anteriores en el tiempo, como la Carta Social Europea, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Parece que, al menos en lo que al contenido del artículo 4.1 y 4.2 se refiere, de poco o de nada ha servido la Directiva 2002/14/CE.

3.4.3.2. Tiempo y forma de la información y la consulta

Como he adelantado, junto con el contenido de la información y consultas, la Directiva se cuida de perfilar las formas en las que éstas han de ser llevadas a cabo para lograr la efectividad deseada. Así, la anticipación es entendida como elemento esencial. El artículo 4.3 es el encargado de aclarar esta cuestión en cuanto a la información, mientras que el 4.4, más extenso, lo hará refiriéndose a las consultas.

3.4.3.2.1. Tiempo y forma de la información

La información se facilitará en un momento, de una manera y con un contenido 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 (artículo 4.3). Los conceptos de momento, manera y contenido adecuado no vienen definidos en el precepto, sin embargo, cabe llegar a ciertas conclusiones poniéndolos en relación con el objetivo perseguido, es decir, que los representantes puedan proceder a un examen adecuado y preparar, en su caso, las consultas.

Consecuentemente, puede afirmarse que el “momento adecuado” será siempre, en la medida de lo posible, anterior al hecho que vaya a propiciar la información. La propia redacción del artículo 4.2. a) no deja lugar a dudas, incluyendo términos como el de “evolución probable”, referidos a momentos futuros y que, por consiguiente, han de dar lugar a la transmisión de la información de forma previa a dicha evolución. Pero, en cuanto a la información, no siempre es posible que se dé esta anticipación, puesto que se prevé, también, que el contenido de la misma venga referido a la “evolución reciente”, lo cual implica el conocimiento de hechos o datos pasados. Es necesario matizar que, pese a que la norma prevea transmisiones de información en clave pasada, existe un límite en dicha retroactividad que se desprende directamente de la palabra

“reciente”. Así, “reciente” es pasado, pero es un pasado próximo. Las informaciones pasadas y de índole económica y sobre empleo, previstas por la Directiva deben referirse a un tiempo inmediatamente anterior a la propia transmisión de la información, o sea el ejercicio, trimestre, etc., anterior. Se trata pues, de que los representantes de los trabajadores puedan valorar las acciones que vayan a tener lugar en un futuro próximo en la empresa, y de que, una vez producidas éstas, puedan realizar un examen a posteriori de las mismas. De nada servirían las informaciones transmitidas en cuanto a datos demasiado lejanos en el tiempo, tanto hacia atrás, como hacia adelante. Ahora bien, no existe un límite temporal formal en estos casos, y sería imposible determinarlo para todos los casos, más aun en el seno de una Directiva europea. Los Estados miembros deberán adecuar estas previsiones, en la medida de lo posible, en los casos en que pudieran cuantificarse estos límites temporales a posteriori; véase, en cuanto a la transmisión de informes periódicos exigidos legalmente, referidos a la evolución de las actividades de la empresa y de su situación económica. También es posible imponer un plazo de transmisión de información a priori, por ejemplo, legislando en pro de que los cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo no puedan llevarse a cabo sino tras un plazo determinado desde que la dirección informara a los representantes de los trabajadores de su intención de llevarlos a cabo. Este segundo caso plantea más problemas, debido a lo “probable” de los cambios, ya que no se trata de medidas reales sino de posibles hipótesis. Además, dichas previsiones pueden diferir de las medidas reales llevadas a cabo tiempo después. No obstante, esta incertidumbre no es óbice para que se haya informado con anterioridad a los representantes de los trabajadores, al menos, acerca de la intención de realizar ciertos cambios, aunque el contenido final de los mismos no estuviera todavía determinado en el momento de la transmisión de la información.

Por su parte, la “manera y el contenido apropiados”, pese a no venir definidos por la norma, se refieren a que las informaciones transmitidas hayan de ser accesibles y comprensibles para los representantes de los trabajadores. En definitiva, que el contenido de las informaciones, además de coincidir con lo dispuesto en el artículo 4.2, sea de fácil comprensión e inteligible para los sujetos receptores. En este caso, la cuantificación de estos conceptos se hace mucho más difícil que el establecimiento de límites temporales. Podría, pues, entenderse que la complejidad del contenido de las informaciones debería ser entendible por un trabajador medio, y pese a que los Estados

miembros podrían explicitar este concepto, la definición del mismo no puede llevarla a cabo más que un Tribunal de Justicia.

No obstante, existen otras formas que permitirían hacer del contenido de las informaciones algo “apropiado”. En primer lugar, se trataría de dar formación a los representantes de trabajadores en cuanto a los temas sobre los que tratan las informaciones y consultas que se les vayan a transmitir o realizar. No deja de llamar la atención la falta de mención expresa de la información sobre la formación y la cualificación de trabajadores, cuanto más cuando en el preámbulo se estima necesario promover y reforzar la información y la consulta “sobre todo en lo referente a la formación y la cualificación de los trabajadores”. Aun cuando, y teniendo en cuenta el carácter de “disposición mínima” de la norma, el propio precepto se declara “sin perjuicio de las disposiciones y/o prácticas vigentes más favorables para los trabajadores” de las legislaciones nacionales, hubiera sido deseable la inclusión de estas dos materias expresamente.³²⁷ Si ésta formación fuera llevada a cabo, no haría falta, o al menos no debería hacer falta, adecuar las informaciones para que éstas fueran inteligibles por un trabajador medio, sino que se estaría aumentando la capacidad de análisis y comprensión de los receptores de la información, lo cual es mucho más deseable que la primera opción. De esta forma, no sería necesario adaptar la información para cumplir con el mandato normativo, y además, ambas partes se encontrarían en situaciones, si no iguales, menos dispares en cuanto a su capacidad de análisis, tanto económico como laboral. Sin embargo, la oposición empresarial a esta vía es evidente, primero porque supone un gasto en formación que ha de sufragar la empresa ya que ésta es la obligada de hacer inteligible la información, y segundo porque no suele interesar que los trabajadores o sus representantes obtengan ciertas capacidades que puedan hacer valer para defender unos derechos e intereses intrínsecamente opuestos a los del empresario. En definitiva, una apuesta por la formación en estos términos tan sólo será realmente efectiva si se establece mediante mandato imperativo.

La tercera vía para que la información pueda ser accesible a su receptor, es la de la inclusión de la figura del experto como receptor alternativo o complementario a los representantes de los trabajadores. Esta figura aparece constantemente en los textos

327 *Ibidem.* Pág.63.

relativos a los derechos participativos como un refuerzo para el banco social a la hora de hacer valer dichos derechos. Sin embargo, no es el caso en esta Directiva. Desde luego, los Estados miembros podrán prever la existencia de dicha figura, y de hecho suelen hacerlo, pero su existencia no forma parte de la legislación de mínimos que exige la Directiva 2002/24/CE, así que perfectamente los países de la órbita europea podrían obviar tal figura o hacerla desaparecer en un futuro sin contravenir la norma comunitaria. De esta forma, la única mención que hace de la figura del experto esta Directiva es la relativa a la información confidencial, donde pesa un deber de sigilo también para él (o ellos) en cuanto al contenido de dicha información. En definitiva, tan sólo una mención a la figura del experto en toda la Directiva, mención referida a una eventual previsión por parte de los Estados miembros y no como parte de los mínimos comunitarios, y mención encaminada exclusivamente a limitar los derechos de información y consulta. Resulta escandalosamente deficiente la redacción, o más bien la falta de la misma, de la Directiva 2002/14/CE en este aspecto.

3.4.3.2.2. Tiempo y forma de la consulta

La consulta, dispone el artículo 4.4 de la Directiva coincidiendo con el 4.3, se efectuará también en un momento, de una manera y con un contenido apropiados (art. 4.4 a)). Pero en este caso el legislador comunitario va más allá en la determinación de su forma de realización. Así, prosigue el precepto indicando que, la consulta se efectuará al nivel pertinente de dirección y de representación, en función del tema tratado (art. 4.4 b)). En este punto, referido al ámbito de aplicación de las consultas, me detendré más adelante en aras de lograr una visión global del mismo, junto con el referido a las informaciones transmitidas.

La consulta se efectuará con arreglo a las informaciones proporcionadas por el empresario, y al dictamen que los representantes de los trabajadores tienen derecho a formular (art. 4.4 c)), 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)). En estos casos, se ha tratado de deslindar el modo en que habrá de transcurrir todo el proceso de consultas. A diferencia de la simple transmisión de información consistente en un ejercicio unilateral por parte del empresario, las consultas requieren de un proceso más complicado para ser llevadas a cabo de un modo

más funcional. Con este fin, se han relacionado los dos derechos participativos previstos en la Directiva, de forma que la información va a ser un requisito previo a la existencia de unas consultas adecuadas, ya que de otra manera se estaría pidiendo la opinión a unos representantes que no podrían fundarla en ningún dato ajeno a sus propios medios. Se habla, en consecuencia, de un dictamen formulado por los representantes de los trabajadores, y de una reunión entre las partes, lo cual implica que éstas estén presentes conjuntamente en un mismo lugar y tiempo. En dicha reunión la parte empresarial ha de garantizar una respuesta justificada al anterior dictamen, cerrándose así el proceso negociador mínimo exigible por la Directiva.

El final de este proceso de consultas viene determinado, en ciertos casos, por el propio artículo 4.4. f) donde se prevé “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”. Dicho apartado se refiere a los cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo. Así, la consulta se efectuará con el fin de llegar a un acuerdo tan sólo en estos casos “sustanciales”. Podría entenderse que el hecho de que se produzcan consultas con dicho fin, no determina que éste haya de darse necesariamente, sino que se trataría de una simple incitación al buen entendimiento deseable entre las partes. Por el contrario, podría concluirse también que este precepto fuerza la existencia de un acuerdo en esta materia para que las decisiones contempladas en el artículo 4.2 c) puedan ser llevadas a cabo por el empresario. De hecho, que el legislador comunitario haya decidido explicitar la existencia de acuerdo en cuanto a estas materias calificables como “sustanciales”, mientras que no lo ha hecho en otros casos, refuerza esta teoría que llevaría a calificar el proceso de consultas como vinculante, en estos casos. Así, el proceso consultivo sería obligatorio en todos los casos previstos por el artículo 4.2, pero tan sólo sería vinculante en lo referente al artículo 4.2 c). Con todo, no parece que esta interpretación haya sido tomada en cuenta por los Estados miembros ni por sus Tribunales, puesto que el entendimiento como vinculantes de unas consultas supone de hecho el establecimiento de un sistema de codecisión que no se da en la práctica.

3.4.3.3. El ámbito de afectación: el nivel adecuado de las informaciones y consultas

Las referencias al ámbito de afectación de las modalidades prácticas de la información y consulta, se encuentran dispersas en el artículo 4 de la Directiva. Se trata del ámbito de afectación concreto de cada derecho participativo llevado a la práctica, no del ámbito de aplicación de la norma comunitaria, estudiado anteriormente. Es decir, que se hace necesario, una vez se ha encuadrado una empresa o centro de trabajo en los límites de la Directiva, determinar el “nivel adecuado” de las informaciones o consultas.

Los Estados miembros determinarán las modalidades prácticas del ejercicio del derecho de información y de consulta al nivel que proceda, de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo (artículo 4.1). Este nivel al que hace mención el precepto vendrá referido a dos aspectos: el nivel empresarial y el nivel de representación de los trabajadores; dos caras de la misma moneda que, pese a coincidir habitualmente, pueden no hacerlo en un mismo momento informativo o consultivo. “Nivel pertinente de dirección y de representación, en función del tema tratado”, son mentados en el artículo 4.4 b) de la directiva en cuanto a las consultas. Por su parte, en el artículo 4.2 a) se hace mención a la empresa o centro de trabajo como ámbitos referidos a las informaciones sobre evolución reciente y probable de las actividades y de la situación económica; mientras que el artículo 4.2 b) contiene la misma previsión en cuanto a la información y consulta sobre la situación, la estructura y la evolución probable del empleo. Con esta redacción, se deja la posibilidad a los Estados miembros, de que el contenido de los derechos participativos venga referido tan sólo al centro de trabajo, o en cambio, al conjunto de la empresa, según el caso. Esta distinción no es baladí y puede conllevar múltiples consideraciones e interpretaciones.

La primera interpretación en este sentido consistiría en entender que la extensión de las informaciones o consultas haya de venir referida a la empresa o centro de trabajo, según la opción que haya elegido cada Estado miembro a la hora de computar el número de trabajadores según umbral numérico del artículo 3. La coincidencia de parámetros es el resultado de haber centrado un sistema de representación de los trabajadores basado en la empresa o al centro de trabajo, y en consecuencia, haberse limitado a otorgar derechos participativos referidos al ámbito de

afectación coincidente con las estructuras de representación de los trabajadores. Esta interpretación del precepto, pese a parecer en principio coherente, adolece de varios errores ya que no se adecúa a la finalidad de los derechos participativos, como se verá a continuación.

La segunda interpretación, más acertada en mi opinión, consiste en realizar, en cada caso, una adaptación pertinente de los ámbitos de afectación. Es necesario, pues, separar por un lado, el ámbito referido al contenido de las informaciones y consultas, y por otro lado, el ámbito de representación de los trabajadores informados o consultados, así como el de la dirección empresarial. Es decir, si se tratase de informaciones o consultas referidas tan sólo a un centro de trabajo, pero únicamente existiese un comité de empresa, éste deberá ser informado o consultado aunque no hubiera órgano de representación de los trabajadores en el centro de trabajo en concreto. Si, por el contrario, la información fuera referida al conjunto de la empresa, y tan sólo existiesen diversos comités de centro, todos y cada uno de ellos deberían ser informados aunque el contenido de la información fuera de ámbito superior a su condición. Precisamente, estas situaciones pueden darse debido a que, en ocasiones, ciertas informaciones de índole económica o social no existen propiamente en determinados ámbitos como el centro trabajo, o debido a que éstas no se entienden o no son de utilidad si no se las relaciona con el conjunto de la información a nivel de empresa o incluso de grupo de empresas.

Es fácil llegar a esta conclusión si se establece una analogía en cuanto al ámbito de afectación de la causa económica que da pie al empresario a realizar despidos objetivos, según el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores. Así, la causa económica, es decir, la situación negativa, ha de valorarse en el conjunto de la empresa. Así lo han confirmado jurisprudencia y doctrina judicial³²⁸ argumentando que las pérdidas hay que valorarlas en el conjunto de la empresa, sin que se pueda llevar a cabo la extinción en un centro de trabajo con situación económica negativa si existen otros que producen ganancias, de manera que en su conjunto la empresa disfruta de una situación favorable.³²⁹ Entiendo que en este punto entra en juego el requisito de

328 En este sentido la STS de 14 de mayo de 1998, RCUD nº 3539/1997; STS de 24 de abril de 1996, RCDU nº 3543/1995; STS de 13 de febrero de 2002 (Tol 163038); STSJ País Vasco de 23 de enero de 2007, Rec. Sup. nº 2765/2006; o STSJ Asturias de 26 de abril de 2002, Rec. Sup. nº 3891/2001, entre otras.

suficiencia del que habla el Tribunal Supremo. Esta suficiencia habría de consistir ya no solamente en que la situación negativa fuera de una cierta entidad, sino que el ámbito de afectación de la misma fuera suficiente, es decir, que coincidiera con el conjunto de la empresa, no bastando con centrarlo en un único centro de trabajo. El Tribunal Supremo señala que la interpretación literal, sistemática y finalista del precepto conduce a considerar que la causa económica ha de afectar a la empresa en su conjunto o globalidad no posibilitando la norma, en la causa económica, la disgregación de la empresa en secciones o centros separados.³³⁰ En definitiva, y teniendo en cuenta el carácter instrumental de los derechos participativos, en aras de encontrar una utilidad a la información transmitida o las consultas realizadas, éstas han de producirse acerca de datos o previsiones con un alcance general que permita su comprensión y las haga útiles. De lo contrario, se estaría produciendo un mal uso de los derechos de información y consulta que no permitiría a los representantes de los trabajadores conocer o ser escuchados en cuanto a las materias referidas en el artículo 4 de la Directiva de una forma correcta y eficaz. Podría incluso relacionarse esta circunstancia con el “contenido apropiado” del que hablan tanto el artículo 4.3 en referencia a las informaciones, como el artículo 4.4 a) en cuanto a las consultas. De esta forma, si el contenido es limitado a un ámbito que no permite un examen eficaz por parte de los representantes, éste no cumpliría con los mandatos mínimos de la normativa europea a este respecto.

3.4.3.4. Información y consulta derivadas de un acuerdo

La Directiva va a permitir obviar por completo el contenido de su artículo 4, siempre y cuando, los interlocutores sociales definan libremente y en cualquier momento, por medio de acuerdo, las modalidades de información y consulta de los trabajadores. De esta forma, la autonomía de la voluntad de las partes permitirá establecer procedimientos alternativos, diferentes a los previstos en el artículo 4, “al nivel adecuado, incluido el de la empresa o el del centro de trabajo”.

329 En este sentido, ALTÉS TÁRREGA, J.A., BLASCO PELLICER, A., y NORES TORRES, L.E. *El despido objetivo*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010. Pág. 147 y siguientes.

330 BLASCO PELLICER, A. *Los expedientes de regulación de empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, Pág. 54.

El legislador comunitario ha apostado por la negociación colectiva como cauce alternativo al legal, quedando ésta limitada tan sólo por los principios proclamados en la misma Directiva, es decir, la cooperación en el cumplimiento de los derechos y obligaciones recíprocos y la toma en consideración tanto de los intereses de la empresa o centro de trabajo como de los trabajadores (artículo 1). Así, el carácter mínimo de la norma se ve reducido en caso de acuerdo a los principios inspiradoras de la misma y no a su contenido concreto redactado en el artículo 4. Los acuerdos previstos por el artículo 5, se refieren específicamente a ámbitos locales como la empresa o el centro de trabajo. No se ha limitado, pues, la acción de la negociación colectiva a acuerdos sectoriales o a ámbitos de aplicación nacionales o regionales, que, por supuesto, podrían también llevarse a cabo.

3.4.4. La información confidencial

La Directiva dedica su artículo 6 a la información confidencial y secreta. Como se ha observado, se trata de un límite continuamente presente junto a los derechos participativos, a todos los niveles. Es labor de los Estados miembros desarrollar estas figuras con origen en la redacción del artículo 6 de esta norma. En este caso, existen ciertos matices que cabe destacar más allá de la consideración de la existencia de este tipo de informaciones.

La sistematización llevada a cabo por GARCÍA GUTIÉRREZ³³¹ resulta de gran utilidad para una mejor comprensión del precepto. Así, la información puede ser clasificada en tres grupos o categorías, en función de su “grado de accesibilidad” y su “aptitud de divulgación”: en primer lugar, aquella información cuyo conocimiento puede provocar graves obstáculos a la empresa o perjudicarla, respecto de la cual, se autoriza a los Estados miembros a excluirla de toda información y consulta dispensando al empresario de dichas obligaciones; en segundo lugar, las informaciones calificadas de confidenciales, que el empresario ha de facilitar a los representantes de los trabajadores, pero cuyo ámbito de divulgación se restringe a los propios representantes y los expertos que les asistan (extensible a personas incluidas en el círculo de la obligación de sigilo); y la tercera categoría, aquellas informaciones que son de libre

331 GARCÍA GUTIÉRREZ, M.L. *La Directiva 2002/14/CE... Op. cit.* Pág.66.

conocimiento por representantes (debiendo entenderse que, también por los trabajadores), y que, al no encontrarse expresamente limitadas por norma, deben entenderse de libre divulgación, sin más límite que la finalidad del uso, el cual no puede ser arbitrario, sino ha de estar dirigido a la defensa de sus derechos y siempre dentro del respeto a los principios de buena fe y de la confianza mutua.

La estructura es, pues, coincidente con los demás textos estudiados a lo largo de este trabajo de investigación, no obstante, existen ciertos pormenores dignos de mención en este caso. Ya he destacado la alusión a los expertos en este punto, y que era inexistente en la redacción del artículo 4, lo cual lleva a la conclusión de que, pese a no formar parte de los mínimos exigidos por la Directiva, sí pueden los Estados miembros prever la existencia de estas figuras.

Por otra parte, el artículo 6.1, referido a la información confidencial, es decir, la transmitida a los representantes o expertos sin que estos puedan divulgarla, establece una diferencia entre trabajadores y terceros al referirse a aquellos a quienes no pueden revelarse los contenidos de las informaciones confidenciales. Esta distinción es novedosa conforme a la redacción de la Directiva 94/45/CE en la que tan sólo se citaba a los terceros, y donde, por consiguiente, existía un problema en la determinación de este término en cuanto a si éste abarcaba a los trabajadores, o si, por el contrario, estos no podían ser considerados terceros. Esta nueva redacción resulta esclarecedora en este aspecto y no se entiende el hecho de que las posteriores Directivas, como la 2009/38/CE que deroga la 94/45/CE, no la hayan adoptado, persistiendo en el problema interpretativo mencionado. El problema que surge al haber conservado la antigua redacción, existiendo ya la de la Directiva 2002/14/CE, es de gran envergadura. Podría, pues, considerarse que la separación entre trabajadores y terceros sea tan sólo un desglose llevado a cabo en aras de acabar con las dudas acerca de la inclusión o no de los trabajadores entre aquellos afectados por la confidencialidad de las informaciones. En este caso, debería considerarse la conservación de la antigua redacción en la Directiva 2009/38/CE como un descuido propio de la copia de los preceptos de la antigua 94/45/CE, y por ende, considerar que los trabajadores no puedan acceder a las mencionadas informaciones. Por otro lado, podría considerarse que la separación entre trabajadores y terceros consista en añadir a los primeros como nueva categoría, antes excluida, a la lista de afectados por la cláusula de confidencialidad. En este caso, las

redacciones de las Directivas CEU estarían dando cobertura a una transmisión de las informaciones confidenciales a los trabajadores que no serían considerados terceros, sino parte en la relación informativa. En resumen, se puede afirmar que el problema interpretativo no ha quedado del todo resuelto, sobre todo en cuanto a las Directivas posteriores a la 2002/14/CE, que siguen obviando el concepto de trabajadores en este aspecto.

A raíz de la de previsión de confidencialidad de ciertas informaciones, el mismo artículo 6.1 dispone que 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. Esta previsión es también novedosa conforme a los textos anteriores, y es de nuevo olvidada en los textos posteriores a esta Directiva. Parece también un gran avance en la materia, en la medida en que despeja serias dudas sobre el alcance de la confidencialidad de las informaciones. Así, dicho alcance se cernirá tan sólo sobre aquellos –trabajadores o terceros- que no estén sujetos a una obligación de confidencialidad. Dicha obligación habrá de ser establecida por los Estados miembros, y nada impide que se legisle en pro de una obligación genérica para todos los trabajadores por cuenta ajena. Opino que esta medida, hoy en día inexistente, sería deseable ya que, por un lado, permitiría salvaguardar las informaciones sensibles calificadas como confidenciales, y por otro, permitiría también la fluidez de arriba abajo de las informaciones, permitiendo que los trabajadores, legítimos sujetos de los derechos participativos, pudieran gozar de un sistema informativo más eficaz. De nuevo se echa en falta una previsión de estas características en las demás Directivas dedicadas a asuntos participativos.

Existen otros puntos polémicos en la redacción del artículo 6 de esta Directiva. Sin embargo, se trata de los mismos aspectos ya comentados en anteriores capítulos, tales como, quién y según qué criterios se ha de calificar una información como confidencial, o cuáles son los criterios objetivos y los graves obstáculos al funcionamiento de la empresa que justifican la puesta en marcha de la calificación de ciertas informaciones como secretas. A diferencia de lo ocurrido en cuanto a los terceros, estos puntos no han sido esclarecidos mediante un desarrollo que permita llegar a una definición o materialización de los mismos. De esta forma se mantienen los mismos problemas consistentes en la actuación como juez y parte del empresario a la

hora de definir como confidencial ciertas informaciones, o la falta de desglose de los denominados criterios objetivos que justifican la existencia de informaciones secretas. En este punto tan sólo puede agradecerse la existencia de una previsión acerca de recursos administrativos o judiciales por parte de los Estados miembros, en caso de que el empresario exija confidencialidad o no facilite información con arreglo a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 6.

3.4.5. Las cláusulas de cierre de la Directiva en relación al derecho comunitario y al derecho interno

Por último, existen varios artículos en la Directiva dedicados a distintos temas a los que es necesario hacer mención. De la misma forma que se preveían procedimientos administrativos o judiciales en caso de incumplimiento de los mandatos referidos al artículo 6, el artículo 8.1 prevé el mismo tipo de procedimiento en aras de hacer respetar las obligaciones derivadas de todo el texto de la Directiva. Por su parte, el artículo 8.2 declara que los Estados miembros establecerán las sanciones adecuadas en caso de incumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva por el empresario o los representantes de los trabajadores, matizando que, dichas sanciones deberán ser efectivas, proporcionales y disuasorias.

El artículo 7, dispone que los Estados miembros velarán por que los representantes de los trabajadores gocen, en el ejercicio de sus funciones, de la protección y las garantías suficientes que les permitan realizar de manera adecuada las tareas que les hayan sido encomendadas. Dicha protección, habrá de materializarse mediante la concesión de un crédito horario o de una protección ante el despido, es decir, figuras contempladas para el mejor funcionamiento de las instancias representativas en general, y no tan sólo en cuanto a los derechos participativos.

Finalmente, el artículo 9 se encarga de definir la relación de la Directiva 2002/14/CE con las demás Directivas relacionadas con los derechos participativos, así como con las legislaciones nacionales existentes. De esta forma, se establece que esta Directiva no haya de afectar a los procedimientos o disposiciones de ninguna de las Directivas citadas, tales como la 98/59/CE relativa a los despidos colectivos, la 2002/23/CE relativa a los traspasos de empresas o centros, o la 94/45/CE relativa los

Comités de Empresa Europeos. Cada una de ellas tiene su propio ámbito de aplicación característico en función de un hecho o del tipo de empresa o grupo del que se trate, con lo cual, no ha de excluirse la aplicación de sus disposiciones ni de las de la Directiva 2002/14/CE en los casos en los que ambos ámbitos se solapen. En cuanto a las legislaciones nacionales, los epígrafes 3 y 4 del artículo 9 disponen que la presente Directiva no supondrá menoscabo de otros derechos de información, consulta y participación existentes en las legislaciones nacionales, y que la aplicación de sus disposiciones 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 de la misma.

3.5. Dos modelos diferentes: desarrollo histórico y derechos participativos en los ordenamientos francés e italiano

Resultaría imposible realizar un análisis riguroso de los distintos modelos de representación de los trabajadores y de los derechos de información, consulta y participación en todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos que componen actualmente la Unión Europea de los 27. Pese a ello, sí es conveniente, al menos, ser consciente de que no existe un modelo uniforme que permita tratar su desarrollo de forma genérica. Precisamente por esta razón las distintas Directivas Europeas que han desarrollado estos derechos, han dejado amplia libertad a los Estados miembros para aplicar estas disposiciones de manera que se amolden mejor a sus sistemas nacionales de representación de los trabajadores y a los derechos informativos, consultivos y participativos ya existentes.

Pese a no poder estudiar todos los ordenamientos europeos, sí conviene centrarse en alguno de ellos en pro de comparar distintos sistemas existentes. Por proximidad a nuestro ordenamiento, quizá resultan de mayor interés jurídico las legislaciones francesa e italiana a las que me referiré a continuación.

La realidad jurídica demuestra que los derechos de información, consulta y participación son tratados como instrumentales, esto es, que son medios para que la función representativa pueda llevarse a cabo de una manera más eficaz. Se hace pues inevitable, no tan sólo un estudio del contenido de los derechos participativos en estos

dos países, sino también un somero análisis del modelo representativo existente en ellos, ya que esto determinará, a la postre, el ejercicio de estos derechos.

3.5.1. El modelo francés

A diferencia de lo que ocurre en otros países europeos, entre ellos Italia, el sindicalismo francés presenta una línea de continuidad ininterrumpida desde su creación en el siglo XIX, aunque también a partir de los años 30 se produzca una fase de debilitamiento de su potencia organizativa y de su influencia política. Además, en los últimos años se está viviendo una crisis en el sindicalismo francés cuya principal consecuencia es un fenómeno de desindicalización creciente. La estructura vertical de los sindicatos impide que se organicen los trabajadores con trabajo precario y los desempleados. Los sindicatos se han distanciado de los centros de trabajo y no son capaces de transmitir las aspiraciones y exigencias de los trabajadores. Han sustituido afiliados por votantes y han creado una élite burocrática.³³² Consecuentemente, al alejarse de las bases, los sindicatos se están viendo cada vez más apartados de los mecanismos de participación en las empresas, asumidas éstas, de una forma creciente por grupos de trabajadores o por sindicatos minoritarios. Pese a la patente crisis, no hay que perder de vista que el movimiento sindical francés sigue siendo uno de los más importantes en el ámbito europeo, por su tradición en la empresa privada, pero también por su importante papel en el sector público.

Existe en Francia un modelo conflictual de sindicalismo, coincidiendo esta vez sí, con los países del sur de Europa, Italia incluida. Los sindicatos gozan de un gran componente ideológico; se trata de sindicatos de clase que están muchas veces vinculados a partidos o ideologías políticas determinadas. De esta forma, repasando los principales sindicatos franceses es fácil adivinar que CGT viene vinculado al movimiento comunista, mientras que CFTC está ligado a los social-católicos y al partido democristiano, y que por su parte CGT-FO se identifica con los socialistas.³³³

332 En este sentido y sobre la crisis sindical en Francia: BENEYTO CALATAYUD, P.J. *Afiliación sindical en Europa. Modelos y Estrategias (vol.1)*, Editorial Germania. Valencia. 2004. Pág. 137 y siguientes.

333 En este sentido: VIDA SORIA, J., J MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARTE, C., MORENO VIDA, M.N. *Manual de...Op. cit.* Pág. 31.

Las primeras figuras de representación de los trabajadores aparecen en el año 1917. Se trata de los denominados delegados de taller en las fábricas de armamento. Posteriormente a los acuerdos Matignon, en 1936, y de textos que le siguieron, nacen los delegados obreros. También destaca la orden de 22 de febrero de 1945 instituyendo los comités de empresa encargados de gestionar las obras sociales. Reciben estas atribuciones económicas y en cierto grado también de cogestión.³³⁴

A partir del año 1968, existe en Francia una dualidad representativa en el seno de las empresas privadas.³³⁵ Por un lado, los Delegados de Personal y los Comités de Empresa canalizan la participación de los trabajadores al haber sido elegidos por estos, mientras que por otro lado los Delegados Sindicales y las Secciones Sindicales lo hacen al haber sido designados por los sindicatos más representativos. Se trata de un doble canal de representación que, por un lado, aumenta las posibilidades de defensa de los trabajadores al existir más representantes con sus respectivas funciones y derechos encaminados a la defensa de estos. Ahora bien, por otro lado, se producen en muchas ocasiones problemas de instrumentalización de dichos derechos. ¿Quién es el titular de los mismos? ¿La información y consulta ha de transmitirse y realizarse con ambos tipos de representantes o tan sólo con unos, y en todo caso con cuales? No conviene entrar en detalles acerca de estas cuestiones en este momento en tanto en cuanto, estos problemas se dan también en España donde existen de la misma forma la representación unitaria y la representación sindical de los trabajadores en la empresa.

Se hace necesario hablar de una triple vía y no de una dualidad en tanto en cuanto el Comité de Empresa y los Delegados de personal, pese a ser ambos órganos unitarios, no tienen funciones parejas ni suponen, como en el caso español, una alternativa, sino que se trata de órganos acumulativos que, en la mayoría de los casos, van a subsistir en el seno de las empresas francesas. Así, el Comité de Empresa es el órgano paritario concebido como cauce del diálogo entre empresario y asalariados, lo cual revertirá en la atribución de competencias acerca de derechos participativos a este órgano. Por su parte, los Delegados de personal, tienen encomendado el control de la aplicación de la normativa laboral por el empleador y la transmisión a éste de las reclamaciones

334 TEYSSIE, B. *Droit du travail. Relations collectives. 3^{ème} édition*. Litec. Paris.2002. Pág. 49 y 50.

335 Reivindicación acogida en el protocolo de Grenelle y por la Ley de 27 de diciembre de 1968 que creaba las secciones y los delegados sindicales.

individuales y colectivas de los trabajadores. Por último, los Delegados sindicales tienen atribuida, fundamentalmente, la negociación colectiva de ámbito empresarial.³³⁶ Al margen de esta triple vía de representación, se encuentra el instrumento específico que es el Comité de higiene, seguridad y condiciones de trabajo.

El Código del Trabajo francés deja patente que la mayoría de las informaciones debidas al Comité de Empresa –órgano unitario existente en empresas de más de cincuenta trabajadores-, lo son también a los Delegados de Personal cuando aquél no exista en la empresa, y que los Delegados Sindicales de la empresa también son destinatarios de informaciones.³³⁷ Por otra parte, los propios Delegados Sindicales también forman parte del Comité de Empresa a efectos consultivos. De esta forma quedan a priori solucionados los posibles problemas que entraña la dualidad representativa en cuanto a órganos unitarios que presenta el sistema francés, aunque al no existir una clara distinción de atribuciones y competencias existe un conflicto práctico nada fácil de solucionar.

Entrando ya en el contenido material de los derechos de información, consulta y participación, cabe destacar que estos derechos son otorgados a los representantes de los trabajadores siendo un instrumento para que la labor representativa se lleve a cabo. De esta forma, el sistema será básicamente muy parecido al Español tanto en Francia como en Italia, siendo pertinente matizar los puntos más destacados del contenido de estos derechos sin pararse a examinar todos y cada uno de los temas y ocasiones en los cuales participan los representantes de los trabajadores.

Destacable es la previsión del Código del Trabajo francés en su artículo L 432-6, acerca de que en las sociedades en las que exista un consejo de administración o de vigilancia, miembros del Comité de Empresa, delegados por éste, asistan con voz consultiva a las sesiones de dicho consejo. Estos representantes tienen derecho a acceder a los mismos documentos que a los que acceden los miembros del consejo en las reuniones a los que estos asisten. Sin embargo el deber de sigilo al que están sometidos es extremadamente estricto, prohibiendo toda comunicación a terceros, incluidos los demás miembros del Comité de Empresa. Se trata de un derecho que se

336 En este sentido: LASAOSA IRIGOYEN, E. *La Representación de los trabajadores en la empresa en Francia*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº42, año 2003. Madrid. Pág.87.

337 PÉREZ AMORÓS, F, *Derechos de información...* Op. cit. Pág. 168.

limita a la recepción de información ya que no existe voto en el consejo, y de dudosa funcionalidad para la labor representativa ya que no puede siquiera tratarse en los órganos de representación de los trabajadores en la empresa. Parece más la intención de crear una apariencia, que la real intención de otorgar cierto poder de participación a los trabajadores en este tipo de sociedades. La omisión, por parte del empresario, de convocar a los Delegados del comité al consejo de administración o de vigilancia constituye un “delit d’entrave” (delito de traba), sin embargo, la sesión del consejo no adolecerá de nulidad al no contravenir ninguna disposición imperativa del Código de Comercio. Una vez más la participación de los trabajadores no encuentra una cobertura legal propicia para que ésta se lleve a cabo de forma adecuada y con todas las garantías.

Sin necesidad de que exista un consejo de administración o de vigilancia, también se prevé la designación de dos miembros del Comité de Empresa para que asistan a la asamblea en el seno de cualquier tipo de sociedad. En este caso los delegados también tienen derecho a acceder a los mismos documentos que los socios. Se trata de un régimen muy similar al de los delegados en el consejo de administración o de vigilancia ya que la información a la que tienen acceso no se extiende a los demás representantes de los trabajadores.

Pese a estas dos excepciones, generalmente los derechos de información, consulta y participación atañen al Comité de Empresa en su conjunto, lo cual engloba no sólo a los miembros elegidos sino también a los suplentes y a los Delegados sindicales. Por lo general, las consultas han de realizarse antes de cualquier decisión del jefe de la empresa que interese a la colectividad o a la mayoría de los trabajadores y que se produzca dentro del campo competencial del Comité de empresa. Caso típico aunque sometido a reglas específicas es el de los despidos colectivos en los que la información y consulta a los representantes de los trabajadores es un paso indispensable.

Siempre que haya de realizarse una consulta, la información necesaria para que ésta pueda ser llevada a cabo ha de ser remitida al Comité de Empresa de forma precisa, escrita y con la suficiente antelación. El Código del Trabajo dispone que se ha de proporcionar al comité información económica sobre las cuestiones concernientes a la organización, gestión y marcha general de la empresa. No resulta de especial interés, aunque es menester citar el hecho de que existan una multitud de materias de índole económica y social que han de ser objeto de información para el Comité de Empresa

cada tres, seis y doce meses, dependiendo del tipo de información y de la forma y tamaño de la plantilla de la empresa de que se trate. Se trata básicamente de información sobre temas de empleo y formación profesional en cuanto a lo social, y acceso a documentos contables así como forma jurídica y evolución de la empresa en lo económico.

La legislación francesa otorga especial importancia a la igualdad entre hombres y mujeres y al trato a los trabajadores discapacitados en aras de conseguir un control por parte de los representantes de los trabajadores sobre estos temas a fin de evitar posibles discriminaciones. Existe también una intención de que se realice un control acerca de los tipos y modalidades contractuales encaminado principalmente a frenar un posible abuso de las contratos temporales, al entender el legislador que la contratación indefinida y a tiempo completo es la más deseable, a priori.

En términos generales es importante destacar la reforma llevada a cabo en el año 1993 acerca de la información de carácter económico, social y financiero. Se estableció un régimen simplificado en beneficio de los empresarios que recortó la información debida a los representantes de los trabajadores en las empresas de menos de trescientos trabajadores. Anteriormente a esta reforma, existía la obligación de comunicar una serie de informaciones y documentos de índole económica, social y financiera que fue sustituida por la obligación de remitir al comité, una vez al año, un informe acerca de la actividad y la situación financiera de la empresa, el balance del trabajo a tiempo parcial, la evolución del empleo, de la cualificación y de la formación de los asalariados, la situación comparada de las condiciones generales de empleo y formación de hombres y mujeres y las acciones a favor del empleo de los trabajadores discapacitados en la empresa. La simplificación es notable: el estudio del régimen de derecho común, ya se trate de información económica o social, lo demuestra.³³⁸

Destaca la previsión del Código del Trabajo francés en su artículo 434-10, de otorgar a los representantes de los trabajadores el derecho a recibir un curso de formación económica durante cinco días en el momento en que por primera vez se convierten en representantes, y posteriormente cada cuatro años de mandato, consecutivos o no. No se trata de un derecho informativo sino formativo, sin embargo, en mi opinión es un requisito indispensable para que el representante entienda y pueda

338 En este sentido: TEYSSIÉ, B. *Droit du travail... Op. cit.* Pág. 144 y 145.

utilizar debidamente la información económica que recibirá durante su mandato y sobre la que, en ocasiones, deberá manifestar su opinión. Parece obvio que, si la información ha de ser transmitida de forma clara y entendible por parte del empresario, éste tenga el deber de formar a quien la ha de recibir. Sin esa formación previa a la transmisión de la información resultaría del todo inútil e incluso perjudicial si se produjeran malas interpretaciones de la misma. En conclusión, cinco días parecen pocos para pretender que un representante de los trabajadores se haya formado económicamente. De esta forma los cinco días deberían verse ampliados y sin duda los destinatarios de los cursos formativos deberían recibir estos de forma continua y no simplemente al comenzar su etapa como representantes de los trabajadores. Por otra parte y como no podía ser de otra manera, el Comité de Empresa tiene derecho a pedir explicaciones y aclaraciones sobre la información económica recibida y sobre la cual existan dudas por falta de comprensión o interpretación.

En la misma línea de propiciar que la información recibida por los representantes de los trabajadores sea inteligible por ellos; la norma francesa recoge ya desde el año 1945 la posibilidad de que estos acudan a un experto-contable para analizar y explicar en términos claros el contenido de las informaciones económicas y financieras. El experto contable es remunerado por la empresa y, consecuentemente los representantes de los trabajadores pueden acudir a él en momentos tasados que se corresponden con la recepción anual y semestral de información por parte del Comité de Empresa, pero también con ocasión de reestructuraciones empresariales, crisis en la empresa o despidos colectivos.

Problemática ligada a la del experto es la del deber de sigilo o de secreto profesional que surge a raíz del conocimiento de ciertas informaciones. El experto, así como sus colaboradores, han de transmitir al comité la información y las aclaraciones sobre las materias para las cuales ha sido contratado. Esta consideración supone un derecho de los representantes al obligar al experto a transmitir todo aquello para lo que fue contratado, pero supone también un derecho para el empresario al no poder ir más allá de ello. En cambio, si se trata de terceros, el experto no tiene derecho a transmitirles ninguna información recibida ya que existe un deber de secreto en cuanto a los procesos de fabricación a los que pudiera haber tenido acceso, y un deber de sigilo en cuanto a las informaciones confidenciales dadas como tales por parte del empresario

o sus representantes, o incluso definidas también como confidenciales por el propio legislador.

Figura similar es la del experto en tecnología cuyos servicios son previstos y remunerados por la empresa en aquellas en las que haya más de trescientos trabajadores. El objeto de su trabajo difiere del experto contable ya que en este caso se ocupa de cambios en la tecnología utilizada por la empresa. El proyecto ha de ser revestido de importancia, y la tecnología ha de ser nueva y “susceptible” de influir en el ámbito social de la empresa ya que es esta consideración la que da derecho a los representantes de los trabajadores a valerse de un experto, debido a que la información recibida por estos es tratada de forma instrumental para mejorar la labor representativa. Se llegaría a una conclusión distinta si los trabajadores fueran titulares de estos derechos informativos por ser ellos mismos parte activa en la empresa y consecuentemente tuvieran derecho a ser informados por cambios tecnológicos en dicha empresa aunque no fueran a influir, por ejemplo, en el volumen de asalariados.

A diferencia de lo ocurrido con el experto contable designado por los representantes de los trabajadores, el experto en tecnología es designado por acuerdo entre empresario y la mayoría de los miembros elegidos por el comité. En caso de desacuerdo, el encargado de decidir si es necesario un experto en tecnología y de designarlo cuando proceda es el *Tribunal de Grande Instance*, un órgano judicial de primera instancia.

Una vez designado el experto, éste tiene derecho a acceder en la empresa y a tener conocimiento del contenido de los proyectos de introducción de nuevas tecnologías, pero también ha de conocer las consecuencias que estos proyectos son susceptibles de entrañar sobre el empleo, la cualificación, la remuneración, la formación o las condiciones de trabajo de los trabajadores. En definitiva, el experto en tecnología tiene derecho a acceder a las mismas informaciones que el Comité de Empresa, constituyendo un delito de traba la negativa del empresario a proporcionarlas o proporcionándolas de forma irregular o con retraso. Finalmente, el comité deberá recibir del experto un informe antes de la reunión en la que el órgano representativo haya de ser consultado acerca del o de los proyectos de nuevas tecnologías.

En cuanto al deber de secreto y de sigilo no existen grandes diferencias con lo legislado para el experto contable. Los mismos parámetros son también utilizados

cuando se trata de un experto libre, es decir, de un experto llamado por el Comité de Empresa cuando a éste le parezca pertinente. En este caso es el propio comité quien ha de correr con los gastos del experto y no la empresa.

Sigilo y secreto se extienden también a los propios representantes de los trabajadores durante todo su periodo representativo, pesando sobre ellos el primero en cuanto a las informaciones definidas como confidenciales por el empresario o por el propio legislador, pudiendo emprender acciones legales si no están de acuerdo los representantes con esta consideración, y estando también sujetos a sanciones disciplinarias e incluso al pago de indemnizaciones por daños y perjuicios en el caso de transmitir ciertas informaciones previstas como confidenciales. Los asuntos relativos a los procesos de fabricación gozan todavía de una mayor protección ya que en estos casos pesa sobre los representantes de los trabajadores el llamado secreto profesional que puede conllevar además de las sanciones previstas para los casos de sigilo, multas penales e incluso el ingreso en prisión según el artículo 226-13 del Código Penal francés.

En otro orden de cosas, forzoso es referirse, por último, a una de las más características tareas de comité: la relativa a las instituciones sociales y culturales de la empresa en beneficio de los empleos, los ex empleados y sus familias. Lo cual incluye actividades tan diversas como las mejoras de la previsión sociales (planes de pensiones, complementos en la protección de la incapacidad temporal o permanente, etc.), los servicios médicos de empresa, o las cantinas, economatos, alojamiento, guarderías, colonias de vacaciones, centros de aprendizaje y de formación profesional, bibliotecas, becas de estudios, instalaciones deportivas... En este sentido, es importante destacar que las atribuciones del comité en este terreno varían desde el monopolio de la gestión hasta un simple control.³³⁹

En conclusión, el modelo francés presenta una multitud de materias para las cuales no solamente es necesaria la transmisión de información a los representantes de los trabajadores, sino que en la mayoría de las ocasiones se requiere también una consulta a estos. Los artículos L 431-4 y L 431-5 del Código del Trabajo disponen de forma genérica que el comité, teniendo por objeto asegurar una expresión colectiva de los asalariados tendente a permitir la toma en consideración permanente de sus

339 LASAOSA IRIGOYEN, E. *La Representación... Op. cit.* Pág. 94.

intereses en las decisiones relativas a la gestión de la empresa, a su evolución económica y financiera, a la organización del trabajo, a la formación profesional y a las técnicas de producción, todas ellas han de ser precedidas por su consulta, sin perjuicio de las disposiciones relativas al derecho de expresión de los asalariados y a las competencias de los delegados de personal y de los delegados sindicales. Sin embargo dichas consultas no son vinculantes y en ningún caso podríamos estar hablando de modelos de cogestión ni de derechos de información y consulta cuyos titulares fueran los propios trabajadores.

La puesta en escena de los derechos participativos en Francia ha sido llevada a cabo de forma claramente intervencionista. En Francia, es el poder público, a través de la legislación, el que determina cómo hayan de desarrollarse las relaciones laborales en el seno de la empresa, regulando hasta los más mínimos detalles, como la frecuencia de las reuniones o la posibilidad de hacerse asistir por expertos.³⁴⁰ Existen todavía muchos límites que impiden una real participación activa de estos en la vida empresarial, y más todavía si se es consciente de que existe una gran distancia entre los derechos reconocidos y los derechos que realmente se hacen efectivos en el derecho del trabajo en general y para estos derechos en particular.

3.5.2. El modelo italiano

En Italia destaca el hecho de que históricamente fue, precisamente, a nivel empresarial donde se dieron las primeras formas de organización sindical, anteriormente incluso a la creación de los sindicatos como asociaciones o confederaciones.

La realidad sindical italiana presenta ciertas peculiaridades que la distinguen de la francesa, una de ellas es la ruptura histórica que supuso el periodo fascista en los años 30. Pese a que con posterioridad a la II Guerra Mundial se hizo un intento de reconstrucción unitaria de un sindicato que pretendía englobar a todos los trabajadores, la división interna debida a distintos puntos de vista ideológicos acabó por formar, en 1948, tres confederaciones, que todavía hoy son las mayoritarias en el país transalpino. Se trata de la *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL)*, *Confederazione*

340 *Ibidem.* Pág. 103.

Italiana Sindacati dei Lavoratori (CISL), y *Unione Italiana del Lavoro (UIL)*, representantes de distintas tendencias políticas tales como comunistas, socialistas, demócratacristianos, o republicanos.³⁴¹

La nota característica del sistema italiano, tanto sindical como en cuanto a la representación de los trabajadores en la empresa y en los centros de trabajo, era la falta de un marco legal. Anteriormente a los años 90, las formas de participación sufrían numerosos cambios debido a esta ausencia de normas, y pese a que esta ausencia normativa puede entenderse como positiva al favorecer una mayor flexibilidad que permite a los mecanismos de participación gozar de una amoldabilidad a la realidad de cada centro, siempre resulta provechosa la implantación de un marco legal adecuado al ejercicio de ciertos derechos, como son en este caso los participativos.

En 1953 se llevó a cabo un acuerdo interconfederal según el cual las comisiones internas existentes en las empresas podían negociar convenios colectivos. Esta previsión fue tomada con mucho recelo por las confederaciones sindicales, sobre todo la CGIL, que defendía que la negociación a nivel empresarial podría actuar negativamente sobre la unidad de la clase trabajadora desarticulando sus intereses. Pese a que las mencionadas comisiones internas tenían como labor la colaboración con la empresa, se utilizaron en la práctica como mecanismos conflictivos contra ésta. Gozaban dichas comisiones de competencias consultivas sobre el funcionamiento de la empresa e intervenían también en los conflictos individuales del trabajo.³⁴²

Sin embargo, y a partir de los años 60, fueron ganando terreno otros organismos sindicales que apartaron a las comisiones internas, surgiendo así un sindicalismo espontáneo que hasta los años 90 supuso un panorama inestable en cuanto a los órganos de representación de los trabajadores en las empresas italianas. Ni siquiera la aparición del *Statuto dei lavoratori* en 1970 normalizó las relaciones representativas que siguieron sufriendo constantes modificaciones en sus estructuras. La Ley de 20 de mayo de 1970, permite a los trabajadores crear una representación sindical en cada unidad productiva siempre que haya más de 15 trabajadores en ella. Sin embargo, nada dice la Ley acerca de la estructura de esta representación, sino que son los trabajadores

341 En este sentido: BENEYTO CALATAYUD, P.J. *Afiliación sindical en Europa. Modelos y Estrategias (vol.II)*, Editorial Germania. Valencia. 2004. Pág. 9 y siguientes.

342 MAZZIOTTI, F. *Diritto del Lavoro*. Liguori Editore. 2001 Nápoles. Italia. Pág. 50.

los que han de tomar la iniciativa para su constitución. Los límites para la constitución de este tipo de organismos representativos se encuentran en que la petición ha de ser de la mayoría de los trabajadores del centro y en que estos organismos tienen que referirse a las organizaciones sindicales más representativas o a aquellas que han firmado convenios colectivos nacionales o provinciales que afecten a dicha unidad productiva.³⁴³

De la misma forma que ocurrió en Francia, se ha venido produciendo en las últimas décadas una bajada en la tasa de sindicación en Italia, en parte por el desencanto de los trabajadores ante las políticas sindicales, en parte porque la propia estructura del mercado de trabajo no favorece la sindicación. Consecuencia de ello fue el aumento de los denominados *Cobas*, que no son más que sindicatos independientes.

Pero en 1993 tuvo lugar una reforma en el sistema de representación de los trabajadores que cambió radicalmente el modelo existente en Italia. Esta reforma instauró un modelo único de representación en el centro de trabajo llamado *Rappresentanza Sindicale Unitaria (RSU)*. El RSU constituye un organismo que representa a todos los trabajadores, tanto a los que tienen afiliación sindical como a los que no, pero que respeta enormemente a los sindicatos ya que estos tienen prioridad en la propuesta de candidatos.³⁴⁴ De hecho, los tres grandes sindicatos han obtenido amplias mayorías en las elecciones a representantes. Los RSU se componen en 2/3 de miembros elegidos y en 1/3 de miembros designados por los sindicatos. Se trata pues, de un órgano unitario aunque mixto, que une lo que en otros países, entre ellos España, se conoce como la representación unitaria y la representación sindical. Los sujetos que tienen la iniciativa para la creación de tales órganos son también los únicos legitimados para presentar las listas para la elección de los 2/3 de los componentes de la representación sindical unitaria. Esto induce a excluir que el fundamento jurídico con base en el cual la actividad y la acción de la representación sindical puedan ser individualizadas, como en las estructuras sindicales de tipo asociativo, en los términos tradicionales de una representación voluntaria de los trabajadores.³⁴⁵

343 PERSIANI, M. *Diritto Sindicale*. Padova-Cedam. Octava edición, 2002. Italia. Pág. 42-43.

344 BENEYTO CALATAYUD, P.J. *Afiliación sindical... Op. cit. (vol.1)* Pág. 28.

345 PERSIANI, M. *Diritto Sindicale... Op. cit.* Pág. 45.

Este nuevo sistema ha permitido por un lado, que los viejos sindicatos vuelvan a conectar con sus bases ya que no sólo participan en negociaciones centralizadas con gobierno y patronal, y por otra parte, ha supuesto una regularización que otorga seguridad tanto a la parte social como a la empresarial, que encuentran un interlocutor claro y fiable con quien negociar. Si bien, nada obsta para que, incluso en presencia de un canal único de representación sindical en la empresa, como el que se da en el caso italiano, se creen formas especializadas de representación, que aun estando conectadas, siguen estando dotadas de cierta autonomía, y son competentes para el ejercicio de (algunos) derechos participativos.³⁴⁶

La representación unitaria tiene potestad para convocar a todos los trabajadores en Asamblea o a que sean consultados en Referéndum. Ambas figuras son meramente consultivas ya que cumplen la tarea de transmitir la opinión de los trabajadores a sus representantes pero estos no están vinculados por los resultados ni las opiniones expresadas tanto en asamblea como en referéndum. Se trata de mecanismos de democracia directa con el claro límite de no vincular a los receptores de las opiniones que de ellos emanan acerca de temas sindicales o relacionados con el empleo, la seguridad e higiene, etc.

El artículo 46 de la Constitución Italiana de 1947 dispone que la República reconoce, con la finalidad de elevar el nivel económico y social del trabajo y en armonía con las exigencias de la producción, el derecho de los trabajadores a colaborar, con las modalidades y dentro de los límites establecidos por las leyes, en la gestión de las empresas. Este artículo 46, no reconoce un derecho de cogestión, aunque a simple vista pueda parecerlo, sino más bien un simple derecho de los trabajadores –o de sus representantes- a controlar el desarrollo de la gestión empresarial que, por su parte, sigue en manos del empresario.

Sin embargo, el desarrollo normativo del que habla el artículo 46 de la Constitución italiana no ha tenido lugar y pese a que se han sucedido múltiples formas de representación de los trabajadores en las empresas, el contenido de los derechos participativos no ha gozado de la estabilidad que resultaría siempre deseable. El cauce utilizado para desarrollar y detallar estos derechos ha sido la negociación colectiva, lo

346 ROCCELIA, M. y TREU, T. *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*. Editorial CEDAM, Cuarta edición. Italia. 2008. Pág. 457.

cual implica menos estabilidad que la que proporciona un mandato legal, y provoca la ausencia de un régimen general que atañe al conjunto de trabajadores italianos. Las cláusulas de información contenidas en los convenios colectivos prevén el derecho de los sindicatos y de los órganos representativos a recibir información sobre las decisiones que atañan a las inversiones, a la descentralización productiva y a los programas de reorganización, reestructuración y reconversión industrial. Como tantas veces ocurre, en la práctica estos derechos no son respetados ya que en muchas ocasiones esta información no es transmitida o es transmitida de forma equivocada o errónea debido en parte a la dificultad de hacerlos valer ante los tribunales.

Pese al predominio del modelo negocial, distintos son los casos en que la propia ley prevé la transmisión de información del empresario a los representantes de los trabajadores, como ocurre en los casos de reducción de personal o traslados de trabajadores. Esta legislación es muy escasa pero su incumplimiento es más fácilmente alegable ante los tribunales.³⁴⁷

En conclusión, el sistema italiano es muy deficitario tanto en la forma como en el fondo. Hasta bien entrados los años 90 no se estableció una clara forma de representación de los trabajadores en las empresas lo cual impedía una normal articulación de unos derechos de información, consulta y participación que otorgasen a los trabajadores el papel que se merecen en el seno de estas. La reforma de 1993 solventó en parte este problema de encauzamiento de derechos de los trabajadores, sin embargo todavía hoy el contenido de los mismos queda relegado, principalmente, a la negociación colectiva y encuentra, no sólo los límites propios de este tipo de normas, sino unos límites materiales y de contenido evidentes. Los derechos participativos son, en Italia, muy deficitarios y muy faltos de garantías de aplicabilidad lo que convierte a los trabajadores italianos en sujetos pasivos en el entramado empresarial al haberseles negado ciertos derechos que, pese a no ser siquiera definidos como de cogestión, sí existen en otros países europeos.

347 MAZZIOTTI, F. *Diritto del Lavoro... Op. cit.* Pág. 63.

CAPÍTULO III: LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN, CONSULTA Y PARTICIPACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

“Un derecho del trabajo, en suma, que bastante tiene con mantenerse, con resistir y que deja de ser una fórmula que, junto a su primigenia e inmediata función de mejorar condiciones de vida, pretender ulteriormente realizar la transformación del sistema.

Un ordenamiento laboral alicorto en sus propios contenidos, que renuncia a tocar otros aspectos más allá de la relación de trabajo y muy fundamentalmente el de la propiedad de los medios de producción que queda soterrado bajo una débil participación de los trabajadores en la empresa. Pero comedido también, y por paradójico que resulte, en sus territorios de ensanche como la política de empleo en el que no le es permitido proponer soluciones “no ortodoxas”: ¿puede dejarse el empleo sólo o principalmente en manos de mercado? ¿La iniciativa pública es exclusivamente bisutería constitucional?³⁴⁸”

1. Antecedentes históricos de los derechos participativos en España hasta la Constitución de 1978

1.1 Precedentes y primeros atisbos

Como ha quedado ya patente, de las revoluciones o procesos liberales que acabaron con el antiguo régimen surgió un nuevo sistema, el capitalista, basado en la libertad de empresa y sobre todo en la supremacía y el orden de la propiedad privada. En un principio, el orden burgués se basaba en la defensa de ésta de un modo tajante y

348 PÉREZ REY, J. *La senda roja: notas sobre emancipación y derecho del trabajo, en especial la II República Española. AAVV Modelos de derecho... op. cit* pág. 171.

sin fisuras y, concretamente, cuando venía referida a la propiedad de los medios de producción. Esta común ideología de exaltación de la propiedad encuentra su correspondiente traducción en las leyes de la época; indirectamente, a través de todas las normas con las que se quiere detener el avance del anarquismo y el socialismo.³⁴⁹ De este modo, el dueño de la fábrica era el único legitimado para tomar todo tipo de decisiones referidas a la vida empresarial sin admitir, y hasta habiendo sido declarados ilegales todos los intentos de asociacionismo obrero tendentes a alzar la voz en pro de unos intereses distintos a los del propietario.

No obstante la idea originaria de mantener este orden burgués sin limitaciones, el movimiento obrero y su inevitable lucha iba a obligar al Estado burgués a claudicar en ciertos asuntos emprendiendo el lento camino de las reformas desde arriba para no sufrir el rápido revés de las revoluciones desde abajo. Se acude a tal efecto a la vieja doctrina armoniscista que los liberales españoles (con Moret a la cabeza) habían aprendido en BASTIAT, y que nuestros primeros socialistas (ABREU, GARRIDO) habían estudiado en el utopismo social de FOURIER.³⁵⁰ Mas, no se crea como podría pensarse con excesiva simplicidad de juicio, que estas reformas se conceden graciosamente por el poder público. Es necesario que la presión del movimiento obrero alcance cotas alarmantes para que el legislador burgués se decida a intervenir en las relaciones laborales.³⁵¹

Forzados a abandonar las tesis puramente liberales, en la segunda mitad del siglo XIX, el Estado y los patronos adoptaron ciertas medidas de reconocimiento de la contraparte, la clase obrera, que en España fueron de corte corporativista, con el fin de aglutinar a los recientemente reconocidos representantes de los trabajadores dentro de un espíritu único de empresa que disolviera sus inquietudes de clase para mezclarse con los de la empresa y sus dueños propietarios. Una de las primeras normas jurídicas redactadas en España en esta línea fue el Bando del Gobernador de Barcelona (Sr. Franquet), de 30 de abril de 1855, que ordenaba la creación de “comisiones mixtas permanentes...para conciliar y dirimir las cuestiones fabriles entre operarios y fabricantes”. Posteriormente, la Ley de 24 de julio de 1873 de la I República –la

349 MONTROYA MELGAR, A. *Ideología y lenguaje...op. Cit.* Pág. 57.

350 LIDA, C. E. *Antecedentes y desarrollo del movimiento obrero español*, Madrid, 1976. Pág. 85.

351 MONTROYA MELGAR, A. *Ideología y lenguaje...op. Cit.* Pág. 59.

primera ley laboral española- establecía unos “Jurados Mixtos de obreros, fabricantes, maestros de escuela y médicos, bajo la presidencia del juez municipal”., encargados de vigilar el cumplimiento de la Ley. Las teorías del armonicismo social que llevaron a la puesta en marcha de un sistema pre-corporacionista fueron desglosadas en relación con esta ley cuando se apreciaba por ésta la “carencia de instituciones dotadas de fuerza y autoridad bastantes para mediar entre capitalistas y obreros”, la búsqueda de “la paz social y armonía necesarias”, la consideración de obreros y patronos como “colaboradores y copartícipes en una obra común”, cuyas diferencias deben los Jurados “dirimir equitativa y amistosamente”. También fueron regulados los Jurados Mixtos en 1883 por el Real Decreto de 5 de diciembre con el fin de “mantener las mejores relaciones entre capitalistas y obreros” (art. 2.1). Por último la Ley de 13 de marzo de 1900 encomendaba a las “Juntas Locales” de carácter obrero-patronal, entre otras funciones, las de “procurar el establecimiento de Jurados Mixtos de patronos y obreros”.

Sin duda, el mayor problema de la legislación laboral de la época y de la implantación de estos primeros Jurados Mixtos fue la ineficacia de las normas que los promulgaban y que fue debida a la desigual aceptación de estos por parte de burgueses y obreros. Mientras que desde la parte patronal estos sistemas fueron bien acogidos por tratarse de un mal menor que salvaguardaba el sistema de propiedad surgido en el siglo XIX, la parte obrera calificaba de “anodino y añejo programa de reformas sociales” y de “ridículo recurso”³⁵², al conjunto de estas normas. Se trataba, según escritos de *La Federación* del “imposible de armonizar lo que es inarmonizable que no podrá llegar nunca”, “los Jurados Mixtos que los burgueses proponen son, en una palabra, la hipócrita máscara con que encubren su deseo de seguir imponiéndose a los trabajadores”.³⁵³ Con todo, tal y como indica MONTOYA MELGAR, la ideología armonicista había de tener una larga vida en nuestras instituciones jurídico-laborales, prolongándose a través de la sucesiva creación de organismos paritarios de diversa denominación, pero análogo propósito: Comités Paritarios y Jurados Mixtos.³⁵⁴

352 Las expresiones, en el periódico *El Condenado*, (día 21/06/1983). Apud CATALINAS, J.L. y ECHENGUSIA, J. *La Primera República: reformismo y revolución social*, Madrid, 1973. Pág. 71 y 72.

353 *La Federación*, días 21/04/1873, Pág. 225 y 20/11/1873 Pág. 228.

1.2. Las primeras normas: el periodo 1917-1923

El periodo que transcurrió entre 1917 y 1923 estuvo plagado de normas referidas a la definitiva implantación de los Jurados Mixtos ahondando en el espíritu corporativista que iba a consolidarse posteriormente tras el golpe de Estado de Primo de Rivera. El comienzo de esta actividad legislatora iba a coincidir con el empuje que vivió el movimiento obrero a raíz del éxito de la revolución bolchevique en Rusia, lo que forzó todavía más al Estado a encontrar soluciones de armonía social que pudieran aplacar los ánimos revolucionarios que recorrían toda Europa.

En este periodo se contabilizan numerosos Reales Decretos y otras normas³⁵⁵ reguladoras de figuras paritarias en el seno de las empresas. Las Exposiciones de Motivos de estas normas contienen fórmulas abstractas tendentes a ensalzar las bondades del armonicismo social y a denostar las teorías propias de la lucha de clases irreconciliable, tales como “una pacífica solución armoniosa”, “la necesaria armonía de relaciones entre capital y trabajo”, o “armonizar las aspiraciones de ambos”. Más allá de las intenciones mostradas en las Exposiciones de Motivos, el contenido material de estos Reales Decretos procede a la creación de instituciones de colaboración en cuyo seno se disuelva, mediante la pacífica negociación, la posibilidad de enfrentamientos y luchas peligrosas para el sistema político-económico. Basándose en el viejo modelo de los Jurados Mixtos proyectados en algunas disposiciones sociales de fines del siglo XIX y concebidos no sobre el patrón del tradicionalismo gremial, sino sobre la concepción organicista de la sociedad, el septenio 1917-1923 conoció un extraordinario florecimiento de las instituciones corporativas, adelantándose incluso a la corriente de este signo que se generaliza en la Europa de la primera post-guerra.³⁵⁶

354 MONTROYA MELGAR, A. *Ideología y lenguaje...op. Cit.* Pág. 68.

355 Real Decreto 10/08/1916, desarrollado por el Reglamento de 23/03/1917; Real Decreto 15/03/1919; Real Decreto 03/04/1919; Real Decreto 30/04/1919; Real Orden 22/05/1919; Real Decreto 24/05/1919; real Decreto 16/06/1919; Real Decreto 21/08/1919; Real Decreto 27/07/1919; Real Decreto 11/10/1919; Real Decreto 24/04/1920; Real Decreto 14/10/1920; Real Decreto 05/10/1922; Real Decreto 25/08/1923.

356 MONTROYA MELGAR, A. *Ideología y lenguaje...op. Cit.* Pág. 109 y 110.

Las instituciones creadas en pro de lograr la tan ansiada armonía interclasista fueron diversas y, aunque con composiciones y fines muy similares, fueron dotadas de diferentes nombres por la amplia legislación de la época. Así, existían Consejos Paritarios, Comisiones Mixtas, Comités Paritarios, Juntas Reguladoras de las condiciones de trabajo y de su justa remuneración, Juntas de las Bolsas de trabajo agrícola, Comisiones de Trabajo, entre otras nomenclaturas.

La naturaleza y funciones de los órganos y del propio sistema corporativo vino definida en el real Decreto de 21 de agosto de 1919, según el cual “el régimen paritario que une a los hombres de la misma profesión para los fines propios de ella es tan natural como puede serlo el régimen municipal para los fines administrativos de convivencia ciudadana; y así, entendemos que la corporación debe ser institución de carácter público, con jurisdicción profesional sobre sus miembros y con autoridad suficiente para regular las condiciones de trabajo, prevenir y resolver los conflictos que puedan ocurrir entre sus asociados, con derecho a sanción eficaz; organizar o intervenir el aprendizaje y la enseñanza técnica, fomentar el régimen de previsión, ser el genuino órgano de relación de los trabajadores con los poderes públicos y ejercer, en suma, todas aquellas funciones sociales, jurídicas y técnicas que conduzcan al bienestar de los trabajadores y de la sociedad de que son parte esencialísima. Para conseguir estos bienes y conservar el carácter orgánico de la composición, ha de ser ésta obligatoria para todos los hombres del mismo oficio, aunque conservando la absoluta libertad de cada uno para asociarse en la forma que estime más conveniente”.

Se observa pues, una confusión entre las tareas públicas estatales y las tareas de la corporación, parecen haberse trasladado ciertas potestades estatales al seno de ésta última, quedando el poder público como un observador cuya misión es garantizar la armonía deseada. Aclara esta cuestión el Real Decreto de 11 de octubre de 1919, según el cual las normas laborales no pueden establecerse “por la acción aislada del Poder Público, aun asistida de la buena voluntad y de la sabiduría de los que han consagrado su vida y sus talentos al estudio de estas cuestiones, y es preciso buscarlas en la directa confrontación de ambos elementos en contienda, inequívocamente representados”. Esta disposición de fin corporativista, admite, no obstante, la existencia de dos elementos confrontados, la existencia de una contienda, con lo cual las instituciones corporativas no serían entes pacíficos de gestión de un mismo interés común corporativo, sino entes

de resolución de conflictos de clase con la participación tapada del Estado burgués que, como más adelante se vio con la Dictadura Militar de Primo de Rivera primero y de Franco después, no era tan neutral como pretendía ser. Buen ejemplo de esta intervención parcial encubierta del Estado dentro de este sistema es el hecho de que el contenido de las decisiones colectivas era promulgado por Real Orden, que tal intervención regia interfería en la plena autonomía de la norma colectiva, en el sentido de que no sólo constituía un acto de sanción de la misma, sino también una suerte de acto homologador o de confirmación; incluso, el acuerdo corporativo sólo constituía el *prius* sobre el que se articulaba un verdadero y propio acto normativo del ejecutivo y en ocasiones una potestad regia de anular pactos colectivos, mediante fórmula del tenor de la siguiente: “Su Majestad el Rey (Q.D.G.) se ha servido disponer que quede anulado el pacto celebrado en 8 de septiembre de 1917 entre varios patronos y dependientes alpargateros de Madrid, para regular el descanso en domingo” (Real Orden de 4 de mayo de 1918).³⁵⁷

En cuanto a los sujetos legitimados o interlocutores válidos por parte del banco social, el Reglamento de 23 de marzo de 1917 (dictado en cumplimiento del artículo 7 del Real Decreto de 19 de agosto de 1916) reconocía la personalidad jurídica de los sindicatos y asociaciones obreras. Dispone el artículo 3 del Reglamento que “las empresas deberán tratar con quienes representen legalmente a aquellas asociaciones, de las peticiones o reclamaciones de carácter colectivo que éstas formulen acerca de las condiciones del trabajo que los asociados realicen al servicio de dichas empresas”. Se trata de unos representantes de los trabajadores sometidos a un mandato imperativo que determinaba que, a la postre, los sujetos de derechos eran los trabajadores y no ellos mismos. Así, el planteamiento de una petición o reclamación al patrono debía acordarse en votación asamblearia (artículo 10) y el representante o representantes encargados de transmitir la petición eran designados expresamente por la Junta o Asamblea como mandatarios *ad hoc*, investidos de un “apoderamiento especial” rigurosamente documentado (artículos 11 a 13).

357 *Ibidem*. Pág. 126.

1.3. La dictadura de Primo de Rivera: consolidación del sistema corporativista

La llegada al poder del dictador Primo de Rivera iba a suponer la consolidación del sistema corporativista en nuestro país. La solución corporativa, basada en la idea de que tanto el liberalismo como el marxismo quebrantaban el orden natural de la sociedad, pensaba restablecer un sistema basado en los antiguos gremios y cofradías propios del Antiguo Régimen. Naturalmente, los precursores del corporativismo español no pretendían la vuelta a aquel sistema sin más, sino simplemente la puesta en marcha de nuevo de los principios que lo inspiraban. Con todo, el corporativismo español encuentra múltiples influencias como el tradicionalismo católico francés de LAMENNAIS O BONALD, también de los tradicionalistas españoles como BALMES o DONOSO, de las influencias pontificias de LEÓN XIII o PIO XI, y también del fascismo mussoliniano, entre otros³⁵⁸.

Así, el corporativismo español iba a afianzarse de la mano de Eduardo Aunós, Ministro de Trabajo y de la entrada en vigor del Decreto Ley de 26 de noviembre de 1926, sobre Organización Corporativa Nacional. La exposición de motivos de esta norma era clara acerca de sus intenciones cuando exponía que no se trata ya de que los distintos elementos sociales no luchen ni contiendan, sino que se articulen y colaboren. (...) En esta nueva etapa de intervención, la palabra orden significa, pues, plan orgánico, arquitectura, construcción. (...) Constituye el ara donde los intereses particulares sepan inmolarse al interés colectivo. Esta doctrina no va a suponer la lucha contra el abstencionismo normativo y administrativo del Estado liberal, sino la lucha contra los medios de autodefensa de los contendientes sociales y, en particular, de los trabajadores. En consecuencia, aunque en teoría la solución corporativista se muestre partidaria de la atenuación del capitalismo, en la práctica se consagra a consolidar las estructuras productivas capitalistas, intentando disolver las posibilidades de conflicto y de transformación revolucionaria de la sociedad en el seno de una ideología comunitaria y armnicista. La armonía de intereses que busca alcanzar el Estado

358 En este sentido se explica MONTTOYA MELGAR, A. *Ideología y lenguaje...op. Cit.* Pág. 138 y ss.

corporativo es, precisamente, la armonía que haga posible la subsistencia y el fortalecimiento del sistema capitalista de relaciones de producción.³⁵⁹

El absurdo que suponía negar la existencia una lucha de clases basada en los intereses contrapuestos de obreros y burgueses salía a la luz en la medida en que las propias normas de la época admitían la existencia de este conflicto mediante disposiciones como la siguiente, encontrada en el Real Decreto de 23 de diciembre de 1923: “Buscar la solución a las cuestiones y diferencias entre capital y trabajo...es misión que en el orden social se ve universalmente encomendando a entidades que, con representación de ambos encontrados intereses, busquen y hallen el acuerdo preciso para su concordia e imprescindible armónica convivencia”.

Paradójicamente, lejos de haber creado un sistema corporativista puro, el sistema primorriverista supeditó las corporaciones a los dictados del Estado dejando éstas de ser entes naturales y autónomos. Así, la corporación era, según AUNÓS³⁶⁰, más bien un organismo de derecho público que ejerce funciones por delegación del Estado. El Estado, prosigue el creador de este sistema, siempre posee la máxima autoridad sobre las organizaciones corporativas.

Contrariamente a lo que podría parecer, el corporativismo de esta época aceptó, al menos formalmente, el respeto a la libertad sindical dentro de la corporación. De hecho, la colaboración de la UGT en el sistema puesto en marcha entonces era más que notable, lo cual supuso a este sindicato ser tachado en muchas ocasiones de traidor por parte de otras organizaciones obreras tanto comunistas como anarco-sindicalistas. No obstante, pese a esta apariencia de libertad sindical, ésta quedaba vacía de contenido estando los sindicatos desprovistos de funciones más allá de la promoción de elecciones a los órganos corporativos. La dictadura de Primo de Rivera se esforzó en suprimir la misión más genuina del sindicato –el establecimiento de condiciones de trabajo mediante la negociación colectiva y, en su caso, mediante el recurso a los medios de presión y singularmente a la huelga-; en su lugar, el sindicato pervive como estructura formal, desprovista de sus funciones más características y convertida en una organización de apoyo al sistema corporativo, con meras atribuciones asistenciales y de

359 *Ibidem*. Pág. 148 y 149.

360 AUNÓS, E. *Estudios de derecho corporativo*. Barcelona, 1929. Pág. 60.

disciplina de sus propios asociados.³⁶¹ Los pactos sindicales pierden su valor en cuanto existe una norma corporativa, quedando en todo caso como elementos de aplicación supletoria³⁶²: los convenios vigentes al implantarse el régimen corporativo sólo conservaron su fuerza normativa cuando obtuvieron la sanción o refrendo de los Comités Paritarios.

El Decreto Ley de 26 de noviembre de 1926, Texto refundido aprobado por RD de 8 de marzo de 1929 es la piedra angular del sistema corporativo primorriverista al crear la Organización Corporativa Nacional. No obstante, la estructura corporativista de las relaciones laborales de la época queda perfectamente esbozada en el artículo 79 del Anteproyecto firmado en el Palacio de la Asamblea Nacional, el 17 de mayo de 1929, posterior en el tiempo. Dispone esta norma que “podrá la ley estatuir un sistema jerárquico de organismos paritarios, corporativos u otros diversos con análoga finalidad, y atribuir a esos organismos la misión de reglamentar el trabajo, aprobar contratos individuales o colectivos y resolver con jurisdicción arbitral las diferencias que se produzcan entre patronos y obreros. (...) La ley determinará también las condiciones necesarias para que dichos organismos o corporaciones sean considerados como instituciones de Derecho público y gocen de plena capacidad jurídica”.

En la base de la estructura corporativista se encontraban los Comités Paritarios instituidos por el Ministerio de Trabajo y Previsión y también configurados como “instituciones de derecho público, con el fin primordial de regular la vida de la profesión o grupo de profesiones que corresponda” (artículo 5 Decreto Ley de 1929, Texto Refundido de 1929).

En un primer término, tenían lugar elecciones de vocales de los Comités Paritarios a través de los representantes de los sindicatos. Estos Comités eran provistos de Presidente y Vicepresidente “ajenos a la profesión” y designados libremente por el Ministerio de Trabajo y Previsión. Se integraban además de un número igual de vocales patronos y obreros. Sus funciones eran normativas, dirigidas a fijar las condiciones laborales a que habían de someterse los contratos individuales; también tenían funciones de prevención y solución de conflictos individuales y colectivos de trabajo; y por último gozaban también de funciones asistenciales varias, como la organización de

361 MONTROYA MELGAR, A. *Ideología y lenguaje...op. Cit.* Pág. 156.

362 AUNÓS, E. *Estudios de derecho... op. cit.* Pág. 114.

bolsas de trabajo para luchar contra el paro forzoso, propuesta de medidas técnicas y profesionales al gobierno, etc. (artículo 17, Texto Refundido de 1929).

Las Corporaciones se integraban por los Comités Paritarios de un determinado grupo o profesión (minería, siderurgia, construcción etc.), y poseían un Consejo que actuaba como “órgano central de la profesión” (artículo 28 Texto Refundido de 1929). Su estructura y funciones eran, a su vez, similares a las de los Comités paritarios, siendo formadas por Presidente y Vicepresidente nombradas por el Ministerio de Trabajo y Previsión, y por un número igual de vocales patronos y obreros elegidos entre los vocales de los Comités Paritarios. Sus funciones eran también normativas y de solución de conflictos.

Finalmente, los Consejos de Corporación eran coordinados por la Comisión Delegada de Consejos de Corporación que actuaba ya como órgano consultivo del propio Ministerio de Trabajo y Previsión. Su estructura era de nuevo la misma: vocales patronos y obreros elegidos entre los vocales de las Corporaciones y representantes de la administración.

Así quedaba configurada la estructura corporativa de aquella época, diluyendo los mecanismos propios de defensa y lucha de la clase obrera en el seno de unos organismos jerárquicamente organizados bajo una supuesta paridad controlada en todo momento por Presidentes orgánicos estatales de dudosa imparcialidad, y que lo que iban a pretender no era otra cosa que inmovilizar el cuadro social de la época y seguir garantizando los privilegios de los patronos de entonces.

1.4. El periodo de la IIª República y sus vicisitudes

La época de la Segunda República supuso un paréntesis democrático y social en la historia de España, entre la restauración borbónica que fomentó primero el caciquismo y después la dictadura militar, y el fascismo franquista que asoló el país y lo subyugó durante cuarenta años. Con todo, no es posible trazar un solo camino republicano en general, ni tampoco en cuanto al tema que nos ocupa. De este modo, se hace necesario separar en cuatro etapas el periodo de la II República española. Primer proyecto fue el del llamado bienio Republicano-Socialista o Ministerio Azaña (de abril de 1931 a septiembre de 1933), seguido por el llamado bienio negro radical-cedista (de

septiembre de 1933 a febrero de 1936). En tercer lugar vino la época del Frente Popular (de febrero a julio de 1936) que pronto se vio truncada por el golpe militar fascista que daría lugar a la guerra civil, abriendo la cuarta etapa de la república, esta vez tan sólo sobre las zonas de resistencia republicana y de corte muchas veces revolucionario.

1.4.1. El bienio Republicano-Socialista (el Ministerio Azaña)

Lo primero a destacar del periodo republicano es la previsión constitucional que el artículo 46 de la Carta Magna Republicana hace de los derechos participativos. Así, dicho artículo dispone lo siguiente: “La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: (...) la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores”. Este artículo prevé pues que sea la legislación social, y no otro medio, la que regule la participación obrera en la empresa. Por otro lado, los sujetos de dicha participación son los obreros, mientras que esta participación se refiere a la dirección, la administración y los beneficios de las empresas y a todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores. Es decir, que el texto constitucional republicano prevé una participación en los asuntos trascendentales de la empresa al referirse a la dirección y administración, lo cual hace pensar en la puesta en marcha de, al menos, un tipo de codecisión o cogestión. Se refiere también el artículo 46 a la participación en los beneficios, en lo que no me extenderé en este momento al haber sido ya expuesto este punto en el Capítulo I de este trabajo. Por último, se introdujo la coletilla “y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores” a modo de cajón de sastre. Con esta expresión pudiera incluirse cualquier asunto puesto que, en esencia, los trabajadores y sus intereses se ven afectados de todo lo que ocurre en el seno de las empresas en las que prestan sus servicios.

Ya en cuanto a la legislación ordinaria, el sistema de participación obrera en la República se centra en la creación de los llamados Jurados Mixtos. Ya el 7 de mayo de 1931 se crearon por Decreto los Jurados Mixtos Agrarios, y tan sólo unos meses después, en septiembre del mismo 1931 se crearon también los Jurados Mixtos para el sector industrial. La denominación de estos órganos es rescatada de la antigua legislación aparecida durante la Primera República mediante el Decreto de 24 de julio de 1873.

No obstante la intención de asemejar estos órganos a los aparecidos en la Primera República, los Jurados Mixtos no pueden obviar sus similitudes con sus más inmediatos antecesores: los Comités Paritarios de la Dictadura de Primo de Rivera. Las semejanzas se advertían tanto en cuanto a la estructura paritaria consistente en el mismo número de miembros patronos que obreros y una presidencia ajena a ambos, al menos en apariencia, como en cuanto a las funciones consistentes en la reglamentación del trabajo, prevención y avenencia de conflictos entre capital y trabajo, soluciones de diferencias individuales y colectivas entre patronos y obreros, inspección del cumplimiento de la legislación social, organización de Bolsas de Trabajo, etc.

Más allá de estas similitudes de forma y funciones, el contexto en el que se desenvuelven estos órganos difiere enormemente. Aunque desde el punto de vista técnico la figura del Jurado Mixto es directa heredera del Comité Paritario de la Dictadura, el ámbito jurídico-social en que uno y otro se desenvuelven es notoriamente diferente: si el Comité Paritario es pieza integrada en una concepción global de la vida social, el corporativismo, el Jurado Mixto forma parte de una concepción bien distinta de las relaciones laborales de trabajo y producción, una concepción demoliberal y de economía mixta, que sin duda no ofrece el marco más adecuado a la institución.³⁶³ En palabras de DE MADARIAGA³⁶⁴: “aunque la letra era la misma, la música era muy otra”.

Pues bien, la principal diferencia entre Jurados Mixtos y Comisiones Paritarias y que iba determinar que el sistema participativo obrero fuera de hecho muy distinto en ambos casos, consistía en el hecho de que el presidente del Jurado Mixto era designado por el Ministerio del ramo –igual que ocurría en la época primorriverista- pero el nombramiento había de recaer previa propuesta unánime de los Vocales patronos y obreros, según el artículo 18 de la Ley de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931. En caso de producirse una desavenencia más que habitual era el Ministerio el que tenía la potestad de nombrar al presidente. Las características republicano-socialistas del gobierno Azaña en el que el Ministro de Trabajo y Previsión no era otro que el Secretario General de la UGT, Largo Caballero, hacían recaer la balanza del lado

363 MONTROYA MELGAR, A. *Ideología y lenguaje...op. Cit.* Pág. 221.

364 DE MADARIAGA, S. *España. Ensayo de Historia contemporánea*, 13ª edición. 1979, Madrid. Pág. 339.

obrero en la mayoría de los casos de desavenencia de las partes para designar presidente. Así, era el color del gobierno el que iba a determinar hacia qué lado se inclinaba la balanza y en aquella época se inclinó hacía los intereses de la clase trabajadora.

Esta época, con el socialista Largo Caballero a la cabeza del Ministerio de Trabajo, supuso la obra de un socialista, pero no una obra socialista.³⁶⁵ Así, el objetivo más inmediato fue la potenciación de las organizaciones obreras (sociedades y sindicatos), con vistas a conferirles nuevas posibilidades de intervenir en el mercado de trabajo en un contexto de paridad y diálogo con los patronos.³⁶⁶

Cabe destacar el frustrado proyecto de ley presentado por Largo Caballero en las Cortes de 20 de octubre de 1931, que pretendía implantar en el ámbito de las empresas de cierta dimensión (cincuenta o más trabajadores) la acción del sindicalismo organizado, articulando distintas formas de participación de los obreros afiliados a través de sus organizaciones profesionales. Al cese del ministro socialista en septiembre de 1933 dicho proyecto no había llegado siquiera a discutirse debido, en parte, a la fuerte oposición de la derecha y la patronal.

1.4.2. El Bienio radical-cedista

Como no podía ser de otra manera, el cambio de gobierno hacia posiciones derechistas iba a acabar con el mecanismo de designación de la presidencia de los Jurados Mixtos para decantar la balanza hacia el lado opuesto. Así, el Decreto de 10 de enero de 1934 dispuso que en caso de falta de acuerdo que forzara que el Ministerio fuera el que designara al presidente, éste no pudiera designar a miembros de sindicatos ni de organizaciones patronales, sino que debería nombrar a funcionarios judiciales o administrativos del Estado. Además, el Decreto dispuso el cese inmediato de los Presidentes y Vicepresidentes incurso en incompatibilidad para el desempeño de sus cargos. Tras la apariencia de imparcialidad no puede dejar de advertirse que los

365 Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes del 8 de octubre de 1931, apéndice 4,2.

366 VALDÉS DAL-RÉ, F. *El derecho del Trabajo en la Segunda República*. Relaciones Laborales nº 1, 2006. Pág. 296.

funcionarios judiciales de la época no iban a ser ejemplo de imparcialidad sino de apoyo a los intereses patronales.

Más tarde, el 13 de Diciembre del mismo 1934, se suspendió por Decreto el funcionamiento de los plenos de los Jurados Mixtos. Según la Exposición de Motivos del mencionado Decreto, no pueden continuar funcionando al existir “vocales que se hallan sometidos a un procedimiento por actos delictivos, con ocasión de los últimos sucesos revolucionarios, o que ostentan su mandato en los organismos mixtos en nombre y por el voto de Asociaciones profesionales que se encuentran suspendidas o disueltas en virtud de fallos dictados por la autoridad judicial”. La agudización de las contradicciones de clase en la España de los años 30 y los consecuentes enfrentamientos de corte revolucionario condujeron así a la suspensión de los mecanismos de participación obrera que se decía paritaria e imparcial, dejando patente que durante aquella época los intereses obreros no iban a tener cabida en los órganos controlados por una autoridad judicial cuyo origen no era en ningún caso obrero, y por la CEDA en última instancia. En la misma línea, la Ley de Bases de 16 de julio de 1935 acabó por disponer simple y llanamente que los Presidentes y Vicepresidentes de los Jurados Mixtos fueran jueces o fiscales. En definitiva, durante el bienio radical-cedista “los Jurados Mixtos tomaron un color político distinto y sus laudos vinieron a resultar tan lesivos para los obreros como otrora lo habían sido para los patronos”.³⁶⁷

1.4.3. El corto periodo del Frente Popular

Este corto periodo de recuperación de la legislación progresista dinamitada por el gobierno anterior se concretó en la Ley de 30 de mayo de 1936 que restableció la vigencia de la de Jurados Mixtos de 1931, y derogaba al tiempo la Ley de 16 de julio de 1935, cesando a los jueces y fiscales nombrados a su amparo Presidentes de Jurados.

Este sistema aparentemente paritario e imparcial quedaba pues desacreditado con base en el vaivén de las legislaciones modificadoras de la esencia del órgano ya desde la época de la dictadura. Las inherentes contradicciones de clase eran patentes de modo que la supuesta paridad no hacía más que enmascarar una real prevalencia de unos u otros intereses en función del gobierno en el poder, ya fuera bajo forma

367 MADARIAGA, S. *España. Ensayo de... op. Cit.* Pág.353.

dictatorial o democrática. La posición irreconciliable de obreros y patronos que se vivió en el seno de los órganos paritarios de representación durante más de una década no era más que el reflejo de una sociedad polarizada donde la derecha más rancia acabó por levantarse en armas contra el gobierno del pueblo, dando lugar uno de los episodios más lamentables de la historia de España: la Guerra Civil española.

1.4.4. La España Republicana en la Guerra Civil

Por supuesto, la participación obrera durante la guerra civil del lado republicano fue única en la historia de España. Tanto por su heterogeneidad, debida al desorden surgido tras el 18 de julio de 1936 y las diferentes fuerzas políticas con zonas de influencia diferentes en la zona republicana, como por la novedad y radicalidad de las medidas llevadas a cabo, muchas de ellas de corte revolucionario.

El sistema de participación obrera se vio trastocado desde su raíz interfiriendo en el régimen de propiedad de los medios de producción. Tanto industrias como tierras fueron colectivizadas tomando el control los propios obreros y campesinos, sindicalizadas siendo los sindicatos los que ejercían el control y la gestión, o nacionalizadas o municipalizadas siendo en esos casos la propiedad transferida a los entes públicos correspondientes. Estos cambios fueron propiciados tanto por la expropiación o apropiación forzosa a los antiguos patronos o terratenientes, como por el abandono de estos de sus industrias o tierras para pasar al bando fascista o al extranjero ante la oleada revolucionaria del lado de la República. Algunas de las normas que pusieron orden y legalizaron estas nuevas formas de propiedad, gestión y control eran el Decreto de 24 de julio de 1936, el Decreto de 2 de agosto de 1936, el Decreto de 23 de febrero de 1937, o las Órdenes de 2 de marzo y de 10 de agosto de 1937.

La influencia anarco-sindicalista en Cataluña propició que allí se generalizara la colectivización en detrimento de otras formas de control. La legitimación de las primeras colectivizaciones obreras llegó de la mano del Decreto de Colectivizaciones y Control Obrero de 24 de octubre de 1936. Precisamente en su Exposición de Motivos puede advertirse que “es necesario ahora, pues, organizar la producción, orientarla en el sentido de que el único beneficiario sea la colectividad, el trabajador, al cual corresponderá la función del nuevo orden social. Se impone la supresión del concepto

de la renta que no proceda del trabajo. El principio de la organización económico-social de la gran industria tiene que ser la producción colectiva. La sustitución de la propiedad individual por la colectiva la concibe el Consejo de la Generalidad colectivizando los bienes de la gran empresa; es decir, el capital, y dejando que subsista la propiedad privada de los bienes de consumo y de la pequeña industria". Así, la participación obrera quedó dividida entre la autogestión de las grandes industrias colectivizadas, y la colaboración y fiscalización llevada a cabo por el Comité Obrero de Control en las restantes industrias sin colectivizar.

Esta legalización de las situaciones de hecho llevadas a cabo principalmente por los anarquistas fue vista con recelo por alguno de ellos ya que suponía cierto control estatal sobre sus prácticas ideológicamente opuestas a la existencia de éste. Así, a raíz de la normativa implantada, iban a intentarse regular los cambios que los Comités Obreros habían llevado a cabo caso por caso en cuanto a condiciones de trabajo, régimen de salarios, recargo por impuestos de guerra, supresión de destajos y primas, régimen de jornada, disciplina en la empresa, sistema de sanciones laborales, categorías profesionales, entre otros.³⁶⁸

Múltiples son las razones de la derrota republicana en la Guerra Civil española, no obstante, y en lo que aquí respecta, sin duda una de ellas fue la insistencia de ciertos sectores mayoritariamente anarquistas en llevar a cabo la revolución en los centros de trabajo poniendo en práctica una autogestión obrera recelosa del control estatal, en detrimento de aunar esfuerzos y planificar la estrategia en pro de ganar la guerra como objetivo primordial. De esta forma, ni las formas autogestionarias predicadas desde el bando anarquista, ni las formas nacionalizadoras alentadas principalmente por los comunistas, funcionaron durante mucho tiempo ni llegaron a buen puerto ya que lo que llegó, en cambio, fue el fuerte y bien organizado ejército fascista que, como se verá a continuación, tenía una idea muy distinta del papel de la clase obrera en la sociedad y en el centro de trabajo.

368 JACKSON, G. *La República española y la guerra civil*. 5ª Reimpresión, Barcelona 1986. Pág. 250 y ss. y BROUÉ, P. y TERMINÉ, E. *La revolución y la guerra de España*. México, 1979, Pág. 173 y ss.

1.5. El largo periodo de la dictadura franquista y sus distintas etapas

1.5.1. La España facciosa durante la guerra civil

Si los hechos y la legislación republicana de guerra supusieron una ruptura con los sistemas de participación obrera que existían en épocas anteriores, más radical fue la ruptura con la legislación anterior desde el lado sublevado. Esta ruptura se refería no tan sólo a la participación, sino a todo el sistema de relaciones y derechos laborales. Así, el Decreto de 1 de noviembre de 1936 dispuso que “la naturaleza del Movimiento Nacional no necesita de normas derogatorias para declarar expresamente anuladas todas cuantas se generaron por aquellos órganos que, revestidos de una falsa existencia legal, mantuvieron un ficticio funcionamiento puesto al servicio de la anti-patria”. No obstante esta contundente afirmación, resultó obvio que era necesario algún tipo de derogación ya fuera expresa o tácita, como ocurrió con la vigencia del Fuero del Trabajo que, si bien no contenía disposiciones derogatorias expresas, suponía una clara incompatibilidad con muchas de las normas vigentes antes del golpe de estado fascista.

En cuanto a la representación y participación obrera, se llevó a cabo la sustitución del pluralismo político y sindical por la unidad de partido y de sindicato, ambos sometidos a los dictados del Estado personificado por Franco. El denominado Manifiesto de La Conquista del Estado declaraba lo siguiente: “Concebimos a España en lo económico como un gigantesco sindicato de productores. Organizaremos corporativamente la sociedad española mediante un sistema de sindicatos verticales por ramas de producción, al servicio de la integridad de la economía nacional”. Pese a esta mención al corporativismo, José Antonio PRIMO DE RIVERA, inspirador ideológico del alzamiento, presentaba dudas sobre su idoneidad mostrándose ambiguo al respecto.³⁶⁹

Consecuencia de esta nueva estructura social, es la incompatibilidad de los antiguos Jurados Mixtos con la legislación fascista implantada, más aún, tratándose de un periodo de guerra donde las decisiones eran tomadas exclusivamente desde arriba.

³⁶⁹ A este respecto, VELARDE FUERTES, J. *El nacionalsindicalismo, cuarenta años después*, Madrid, 1972. Pág. 99 y ss.

1.5.2. El periodo de postguerra

Ya en el Decreto de 7 de octubre de 1939, se declaraba que el principio de representaciones paritarias patronales y obreras era contrario a los postulados esenciales del Movimiento. En contraposición, se crea la figura de comunidad de empresa (Ley de Bases de la Organización Sindical de 1040) que concibe la empresa como una “comunidad de fines y una solidaridad de intereses, establecida a base de los principios de lealtad y asistencia recíprocas al servicio de la Patria”. De esta forma llegó la Ley de 11 de julio de 1941, modificadora de la Ley de Jurados Mixtos.

La representación obrera como era entendida hasta entonces iba a desaparecer por completo de la mano de la ilegalización de los sindicatos, sustituidos por el llamado sindicato único de naturaleza vertical que se encontraba subordinado a los mandatos del Movimiento, de la Falange. Así, la Ley de Bases de la Organización Sindical de 6 de diciembre de 1940 disponía que “el orden interior de la Organización Sindical tendrá una graduación vertical y jerárquica a la manera de un Ejército creador, justo y ordenado”. El control de la Falange en el sindicato no era implícito sino que los propios estatutos de ésta de 1937 disponían que los Mandos sindicales habían de proceder de filas del Movimiento. La Ley de Bases de la Organización Sindical también preveía en su artículo 19 que todos los mandos de los Sindicatos recaerían necesariamente en militantes de FET y de las JONS. En definitiva, el sindicato rechaza la labor histórica que habían tenido anteriormente los sindicatos de clase, siendo en cambio su misión la ordenación económico-social de la producción (artículo 8 Ley de Bases).

Desactivado el elemento reivindicativo obrero, el supuesto control estatal de los medios de producción no iba a ser de tanto calado como parecía en un principio, propiciado, en parte, por la situación urgente de la guerra. Así, la figura cuasi funcional del Jefe de Empresa responsable ante el Estado de su gestión, no logra desplazar, ni siquiera en el lenguaje legal, al empresario tradicional.³⁷⁰ Abandonada ya en el Fuero del Trabajo la idea de la titularidad sindical de los medios de producción, la primera legislación franquista no se recata en proclamar los “intereses, a veces legítimos y respetables, del capitalismo rural” (Ley de 26 de diciembre de 1939, sobre Colonización y Repoblación Interior), o en reconocer que la “iniciativa privada es fundamento en que descansa la economía del Nuevo Estado” (Ley de 2 de enero de

370 MONTROYA MELGAR, A. *Ideología y lenguaje...op. Cit.* Pág. 331 y 332.

1942, de Cooperativas). La total similitud del empresario franquista con el empresario capitalista clásico viene demostrada de la mano de la definición que la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 da del empresario o patrono, siendo éste “el individuo o la persona jurídica propietaria o contratista de la obra, explotación, industria o servicio donde se preste el trabajo” (artículo 5). Conjugados los dos factores: represión de los intereses obreros y respeto a los sistemas empresariales tradicionales, queda patente que el fascismo había logrado su objetivo. Éste no era otro que el respeto a las formas de producción capitalistas sin intromisiones obreras. Se consagraba así pues, también en España, el fascismo como forma política más violenta para conservar el capitalismo como forma económico-productiva y de reparto de la riqueza.

1.5.3. La puesta en marcha de la “democracia” orgánica

Ya en 1943, mediante el Decreto de 17 de julio, el Régimen quiso transmitir la idea de una cierta apertura participativa en el seno del sindicato previendo la “colaboración de los productores en el nombramiento de los cargos sindicales”, con excepción de los jefes, que “serán elegidos por el Mando”, y de los cargos técnicos-administrativos.³⁷¹

Con todo, la participación en la empresa y no en el sindicato vertical ha de estudiarse a raíz del Decreto de 18 de agosto de 1947 que instauró la figura de los Jurados de Empresa. Este nuevo ente tenía una función pacificadora y productivista, lejos de la función reivindicativa de otros tipos de mecanismos. El Decreto “considera conveniente establecer en el seno de las Empresas, sin perjuicio de la facultad de dirección que incumbe a los Jefes de las mismas, un instrumento idóneo de colaboración constructiva...en pro de la concordia social y del incremento de la producción...” La presidencia de estos Jurados de Empresa era asignada al empresario, dejando claro quién era el que tenía el control dentro de este esquema. Por su parte, las funciones de los Jurados de Empresa eran de propuesta, estudio e información.

Ya en los años 60, mediante el Decreto de 12 de enero de 1961 desarrollado por la Orden Ministerial de 6 de febrero de 1961, se atribuyó al Jurado de Empresa la potestad de ser oído por el empresario, básicamente acerca de las materias retributivas,

371 MONTROYA MELGAR, A. *Ideología y lenguaje...op. Cit.* Pág. 357.

a la hora de elaborar el Reglamento de Régimen Interior de las empresas. El empresario seguía siendo el principal actor en la redacción del Reglamento de Régimen Interno, coexistiendo con la potestad de la Administración franquista de aprobarlo en última instancia, lo cual diluye totalmente el contenido de la medida puesta en marcha por el Decreto en medio de un sistema cerrado y siempre dentro del sindicato único falangista.

Más tarde, ya en 1962, la Ley de 21 de julio propuso la introducción de un sistema de participación del personal en los órganos administradores de las grandes sociedades, advirtiendo que en ningún caso lo que se perseguía era “implantar en el mundo laboral español un régimen efectivo de cogestión”. Se trataba de una “participación restringida en los órganos de gestión” de las sociedades, con el fin de propiciar “la creación de un ambiente apto para que la dignidad del trabajador encuentre las debidas garantías y al mismo tiempo se obtengan los estímulos convenientes para el aumento y mejora de la producción”. De nuevo se advierte la total ausencia de mención a los propios intereses de la clase obrera. En cambio, se toma ésta como medida motivadora con el fin de aumentar la productividad empresarial y siempre dentro del esquema del sindicato único vertical controlado por el Movimiento.

De hecho, a finales de los años cincuenta del siglo pasado, comenzaron a operar en las empresas comisiones y comités de representantes de los trabajadores elegidos espontánea y democráticamente por las plantillas. En un primer momento estos comités actuaron al margen del sindicalismo oficial, pero finalmente convergieron con él cuando en las elecciones sindicales de 1966 una mayoría de trabajadores vinculados a CCOO ocupó puestos de jurados. El desmantelamiento de la organización sindical (Decretos Ley 19/1976, de 8 de octubre [RCL 1976, 2019] y 31/1977, de 2 de junio [RCL 1977,1246]), la dimisión generalizada de los enlaces y jurados elegidos en las elecciones de 1975 ganadas por trabajadores vinculados a CCOO y USO, y la formación espontánea de comités y consejos de representación unitaria de los trabajadores, son los hitos más relevantes que marcan el final de un modelo de representación. De la misma forma que el RD 3149/1977, de 6 de diciembre (RCL 1977, 2610) dictado para regular “con carácter transitorio y provisional” la constitución de representaciones unitarias en las empresas, anticipa un nuevo modelo que finalmente

plasmaría el Título II de la Ley 8/1980, de 10 de marzo (RCL 1980, 607), del Estatuto de los Trabajadores.³⁷²

2. El marco jurídico actual de los derechos participativos en España

2.1. El marco constitucional: el estado social y democrático de derecho y el artículo 129.2 CE en su contexto

2.1.1. Derechos y artículos conexos al artículo 129.2 CE

El principal precepto referido a los derechos participativos encontrado en la Constitución española de 1978 es el artículo 129.2. En él se dispone que “*los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción*”. Sin duda es este el núcleo de los derechos de información, consulta y participación en nuestro vigente ordenamiento jurídico, no obstante, no es posible entender el alcance o los límites de dicho núcleo sin atender al contexto también constitucional que, no solamente completa, sino que sienta las bases del artículo 129.2 CE y de la legislación que de él se deriva fuera del texto constitucional.

En primer lugar, destacan los artículos 7 y 28.1 CE que sientan las bases de un sistema de libertad sindical totalmente opuesto al anterior sistema de obligatoriedad y unidad vertical en el antiguo sindicato único franquista. Así, en España existe un sistema donde los sindicatos han de ser libres y democráticos en su funcionamiento interno (artículo 7 CE), mientras que los trabajadores son libres de fundar sindicatos y de sindicarse o de no hacerlo en el sindicato que prefieran (artículo 28.1 CE). Hasta aquí, la existencia de sindicatos en estos términos determinará la posibilidad de que estos sean unos posibles sujetos de los derechos de información, consulta y participación, o aun no siendo los sujetos, determinará la posibilidad de que estos derechos o mecanismos sean ejercidos por los sindicatos. Con todo, se trata de una

³⁷² LUJÁN ALCARAZ, J. *Algunas reflexiones sobre la estructura y las competencias de la representación legal en la empresa*. Aranzadi Social. Vol. 1, nº 12, 2008. Pág. 14.

posibilidad pero no de una obligación ya que en ningún momento se establece que sea el mecanismo sindical el único exclusivo y excluyente que pueda detentar un derecho o ejercer un mecanismo de información, consulta o participación.

En segundo lugar, los artículos 33.1 y 38 de la CE van a esbozar el sistema económico y de propiedad que rige en España. Así, el sistema económico será el de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (artículo 38), lo cual significa que España se rige por las normas del capitalismo. Por tanto, a la vez que se admite la existencia del capitalismo se niega la existencia de un sistema socialista que, en lo que aquí concierne y como ya se ha estudiado anteriormente, supondría un sistema legal muy distinto. En el mismo sentido, el artículo 33.1 garantiza el derecho a la propiedad privada y a la herencia. Conjugados los dos preceptos es fácil llegar a la conclusión de que en el seno de los medios de producción existirá un libre propietario de los mismos que regirá dichos medios de producción según le convenga a él, como parte del propio mercado.

Ahora bien, ambos artículos exponen a renglón seguido un límite a estos mismos derechos. La propiedad privada del artículo 33.1 CE viene limitada por la función social que ha de cumplir ésta de acuerdo con las leyes, según el artículo 33.2 CE. Por su parte, la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado se ve limitada por las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, según el propio artículo 38 CE. Resulta desconcertante que se incluya la planificación ya que ésta es intrínsecamente opuesta a la economía de mercado basada en la teoría de la “mano invisible” que pretende a grandes rasgos que la búsqueda de beneficio individual de cada cual lleve por sí sola al beneficio colectivo. La planificación tampoco es compatible con ciertas teorías endulzadoras del sistema de economía de mercado consistentes en poner ciertos “parches” a dicho sistema con el fin de erigirse en un “Estado social” (Art. 1 CE), pero no socialista y planificador. Se trata, pues, de conceptos opuestos que pueden influir enormemente en el tipo y alcance de derechos participativos en el seno de las empresas y centros de trabajo. Del mismo modo, propiedad privada por un lado, y función social de la misma responden a intereses muy divergentes que pueden encauzar hacia un sentido u otro el contenido de unos ulteriores derechos participativos cuando dicha propiedad se detiene sobre un medio de producción. Parece que el legislador constituyente no quiso dejar de sumar adeptos

introduciendo conceptos que, aunque contradictorios, pueden dar una sensación de consenso. Con todo, el derecho reconocido en el artículo 33 CE es el de propiedad privada, y el reconocido en el artículo 38 CE es el de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, siendo la función social de la propiedad privada, la economía global y la planificación meros límites anexos que requieren además de un específico desarrollo para poder ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria, según dispone el artículo 53.3 CE.

En tercer lugar, otro bloque de preceptos a tener en cuenta es el formado por los artículos 9.2 y 23.1 CE. En ellos se introduce ya el concepto de participación y los sujetos de derecho son los ciudadanos. El artículo 9.2 dispone que los poderes públicos hayan de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida (...) económica (...). Mientras que el artículo 23.1 dispone que los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes. Estos artículos merecen ciertas consideraciones ya que pueden, en mi opinión, ser fácilmente llevados al terreno de los derechos participativos de este trabajo. Por un lado, el sujeto que aparece en ambos preceptos es el ciudadano lo cual supone un concepto más amplio que el de trabajador. Así, los trabajadores suponen un subgrupo –de los más extensos, por cierto- dentro de los ciudadanos. En consecuencia nada impide seguir ahondando en estos preceptos con el fin de encontrar una aplicabilidad en este estudio.

El artículo 23.1 CE se refiere a la participación en los asuntos públicos. Estos asuntos públicos quedan difusos y pudieran referirse a distintos supuestos estando abierto a múltiples interpretaciones. Parece estar refiriéndose, no obstante, al sistema político de representación o de democracia directa –política- en sus escasas manifestaciones hoy en día existentes. Con todo, volviendo al artículo 33.3 CE, la función social de propiedad privada puede convertir a ésta en asunto público en la medida en que interesa a la sociedad en su conjunto, de la misma forma que la economía general del artículo 38.

Por su parte, el artículo 9.2 se refiere directamente a la participación de todos los ciudadanos en la vida económica lo cual presenta menos dudas interpretativas. La literalidad del precepto aislado hace pensar incluso en la antigua democracia industrial, aunque no acaba de definirla, pudiendo interpretarse que la participación en la economía queda de nuevo en el ámbito político –elecciones parlamentarias de las que

deriva un gobierno con un ministro de economía, por ejemplo-. Asimismo, nada se dice de la intensidad de esta participación con lo cual, y aun admitiendo que se refiera a la participación en los centros de trabajo, ésta cumpliría el mandato constitucional del artículo 9.2 o 23.1 si existiese en su más mínima expresión que en la práctica no surte ningún efecto. Ha de entenderse que la proyección a la empresa de la identidad o práctica democrática tiene forzosamente tan sólo un sentido aproximado y relacional respecto de las categorías políticas, expresivo desde luego del papel colectivo que pueden desempeñar los trabajadores dentro de la organización productiva y de su participación en la esfera de decisiones de la propia empresa.³⁷³

Finalmente, ligado a la libertad sindical, aparece en el artículo 37 CE el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios. Se trata de un derecho complejo que conjuga todos los artículos anteriormente citados en cuanto a que, por un lado, presupone la existencia de empresarios detentores de la propiedad de la empresa (artículo 33.1 y 38 CE), por otro lado, supone la participación de los trabajadores en la vida empresarial o económica supraempresarial al considerarse que está relacionada con sus intereses (artículos 9.2 y 23.1 CE), y finalmente, se relaciona con los sindicatos en la medida en que estos, pese a no ser únicos en esta labor, ejercen de representantes de los trabajadores a la hora de negociar colectivamente (artículo 7 y 28.1 CE). En definitiva se trata de un derecho de participación de los trabajadores que requiere de una información en el proceso de negociación y que también es, en sí mismo, una consulta mantenida en el tiempo con los representantes de los trabajadores. Se trata, pues, de un derecho que conjuga la esencia de los derechos de información, consulta y participación, pero que al llevarse a cabo en un contexto determinado de negociación concreta y estar sumido en reglas propias habrá de dejarse en cierta medida de lado en el desarrollo de este trabajo, aunque no totalmente debido a las evidentes similitudes y puntos de conexión con los derechos objetos de este trabajo.

En definitiva, la finalidad perseguida a través de todo un programa de legislación laboral contenido en la Constitución no es otra que la “culminar la mutación de un sistema normativo de corporativismo estatal y de autoritarismo patronal en otro sistema en el que, sin perjuicio de la libertad de iniciativa económica, se han abierto

373 PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *La participación de... op. cit.* Pág. 27.

espacios a la autonomía colectiva y a la autotutela de los trabajadores en las empresas y centros de trabajo.³⁷⁴

2.1.2. El artículo 129.2 CE

2.1.2.1. Consideraciones generales

Pese a que con base en a los artículos recién mencionados podría ya haber un fundamento constitucional que implicase algún tipo de derechos participativos de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo, es el artículo 129.2 CE el que se refiere a ello de forma más directa. En consecuencia, es necesario realizar estudio del precepto y un desglose de su contenido literal para determinar su posible alcance. Dispone el artículo 129. 2 CE que *“los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”*.

Previo estudio del artículo 129.2 en su última configuración que pasaría a formar parte del texto de la Constitución, es menester recordar que el contenido de este artículo resultó prácticamente inalterado desde su primera redacción presentada por la Ponencia encargada de la elaboración de un Anteproyecto de Constitución, hasta su posterior publicación y ratificación en el definitivo texto constitucional. En este sentido es de la opinión de PALOMEQUE³⁷⁵ que la permanencia y estabilidad de las propuestas políticas originarias sobre este asunto a lo largo de la dilatada tramitación parlamentaria del Proyecto de Constitución, sometidas tan sólo (...), a modificaciones puramente gramaticales y de orden formal, no deja de ser un indicio relevante de la pobreza teórica decepcionante que acompañó el debate constituyente sobre la participación en la empresa y demás cuestiones suscitadas por el que habría de convertirse en el artículo 129.2 de la Constitución. No podrá – prosigue el autor – argüirse en defensa de tan grave carencia, por cierto, la solidez y contundencia de la regulación sobre la materia, mantenida en sus términos básicos desde el principio, pues, muy lejos de ello, el precepto arroja tan cúmulo de oscuridades que han terminado por

374 MARTÍN VALVERDE, A. *La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo*. Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 33, 1988, Pág. 61.

375 PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *La participación de... op. cit.* Pág. 40 y 41.

hacer de él (como en tantos otros pasajes del texto constitucional) una verdadera norma en blanco, carente por lo mismo de orden institucional.

Lo primero que salta a la vista es su localización dentro de la Constitución ya que no se encuentra entre los derechos fundamentales del Título I, sino en el Título VII referido a la economía y hacienda. Esta distinta localización supone que la Constitución no exija que se trate de derechos propiamente dichos, sino simplemente que las diversas formas de participación han de ser promovidas por los poderes públicos. La doctrina científica ha sido prácticamente unánime al criticar el precepto puesto que el reconocimiento constitucional de dicha participación es tibio y ni siquiera elevado a la categoría de derecho de los trabajadores.³⁷⁶ Y su propia ubicación sistemática, no en el Título I, Capítulo III (“De los principios rectores de la política económica”) como hubiera sido lógico, sino en el Título VII (“Economía y Hacienda”) denotaba ya las incertidumbres que sobre el tema albergaba el legislador constitucional, en momentos en los que (...) nuestro sistema de relaciones laborales no valoraba, precisamente, las prácticas participativas.³⁷⁷

En este sentido señala RODRÍGUEZ-SAÑUDO³⁷⁸ que “en el diseño constitucional del sistema de relaciones de trabajo, la participación ha quedado relegada, si se tiene en cuenta exclusivamente la mención expresa del artículo 129, a un nivel muy modesto”, quedando, además excluido del catálogo de derechos fundamentales. La fórmula constitucional, prosigue el autor, suponía “un compromiso insuficiente a la hora de pedir un mínimo de participación; un compromiso, además, minimizado incluso formalmente por la vaguedad del lenguaje normativo y por su inserción en un contexto poco congruente”. No obstante, la redacción y el contenido de este precepto suponen una total identificación con los Principios Rectores de la Política Social y Económica del Capítulo III del Título I ya que en muchos de los preceptos encontrados en aquel Capítulo III se introduce también la fórmula “los poderes públicos promoverán” o alguna muy similar. En este sentido se ha llegado a sostener que el artículo 129.2 CE se yergue como un “auténtico principio rector de la política

376 MONTROYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 2005, Pág. 545.

377 DURÁN LÓPEZ, F. *La participación de los trabajadores*. RMTAS nº 13 de 1998, Pág. 78.

378 RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. *Participación de... op. Cit.* Pág. 415 y ss.

económica y social de los poderes públicos” verdadero “trasunto del principio constitucional proclamado en el apartado 2 del artículo 9”.³⁷⁹

Por su parte, el artículo 53.3 dispone que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen”. Pese a que el artículo 129.2 CE no entra formalmente en este capítulo puede llegarse a la conclusión de que su aplicación concuerda totalmente con lo que este artículo 53.3 CE prevé para los principios del Capítulo III puesto que estos tampoco son derechos propiamente dichos, sino principios que no pueden siquiera ser alegados directamente ante los órganos judiciales sino sólo con base en la legislación de desarrollo. En conclusión, parece que el legislador constituyente quiso disminuir el estatus de la participación en la empresa mediante su exclusión del capítulo de derechos fundamentales aunque en la práctica no parezcan diferir en exceso de los principios rectores del Capítulo III, al haber sido estos mismos redactados de forma muy poco garantista.

Más allá de la literalidad del precepto, que se corresponde con la encontrada en diversos artículos reguladores de derechos fundamentales, las consecuencias prácticas de la exclusión de la participación obrera del Título I de la CE han de encontrarse en el trato procesal dado al contenido del artículo 129.2 CE en sede judicial. En este sentido, resulta del todo imposible acudir al Tribunal Constitucional interponiendo Recurso de Amparo por vulneración del derecho a la participación en la empresa, reconocido por el artículo 129.2 CE, al estar éste reservado a la protección de los derechos contenidos en el Título I de la CE. La inexistencia de sentencias del TC referidas a este particular corrobora esta tesis. Por otra parte, cabe recordar que la jurisprudencia en cuanto a derechos fundamentales viene reconociendo que basta, hoy en día, con que quien alegue su vulneración aporte indicios sobre ella, momento en el cual la carga de la prueba queda invertida debiendo probar el supuesto vulnerador la inexistencia del motivo indiciario que se alega por la contraparte. Pues bien, el contenido del artículo 129.2 CE quedaría apartado de esta doctrina, debiendo probarse la vulneración por quien la alega sin que basten los indicios antes referidos. El último ejemplo de la

379 CAZORLA PRIETA, L.M. en AAVV *Comentarios a la Constitución*, dirigido por GARRIDO FALLA, F. 2ª Edición, 1985, Pág. 1906 y 1907.

diferencia de facto que supone la exclusión de la participación en la empresa del elenco de derechos fundamentales es el referido a la calificación del despido. Como es sabido, todo despido cuya causa venga determinada por la vulneración de derechos fundamentales no es improcedente sino nulo, en consecuencia, un despido que vulnerara el contenido del artículo 129.2 CE no gozaría de esta protección de nulidad, sino que podría llevarse a cabo siendo calificado simplemente de improcedente.

2.1.2.2. La información, consulta y participación llevada a cabo por la representación unitaria de los trabajadores en relación con la libertad sindical

Pese a la exclusión de la participación en la empresa del elenco de derechos fundamentales, no hay que olvidar que dicha participación quedaría incardinada en un sistema de relaciones laborales individuales y colectivas –sobre todo colectivas- que sí reconoce el derecho a la libertad sindical como derecho fundamental. De esta forma, la participación en la empresa pudiendo valerse del medio sindical para ser efectiva encontraría indirectamente cierta protección reservada, en principio, a los derechos fundamentales. El artículo 2.d) de la LOLS reconoce que el derecho a la libertad sindical comprende el derecho a la actividad sindical, mientras que el artículo 64 ET desarrolla los derechos de información y consulta y competencias de los órganos de representación de los trabajadores en la empresa. No resultaría muy complicado trazar una línea de unión entre el derecho que tiene el sindicato a realizar su actividad –en la empresa-, y el contenido de dicho artículo 64 ET que, a su vez, nos devuelve al artículo 129.2 CE, demostrando el absurdo que supone la exclusión del mismo del elenco de los derechos fundamentales contemplados por nuestra carta magna. Debido precisamente a esta inherente conexión entre los tres preceptos (2.d LOLS; 64 ET; 129.2 CE) en la práctica debería, en mi opinión, resultar que sí debería existir cierta protección equiparable a la de los derechos fundamentales para la participación en la empresa.

Pese a ello, el Tribunal Constitucional se ha encargado de desvirtuar esta argumentación explicitando que mientras que los sindicatos son creación constitucional, los comités de empresa y delegados sindicales, son creación de la Ley. De esta forma, estos órganos no son titulares del derecho fundamental a la libertad sindical y consecuentemente, las infracciones de sus derechos, garantías o facilidades,

no pueden ser reparadas, en principio, por la vía de amparo.³⁸⁰ Parece, pues, que la inclusión del contenido del artículo 129.2 CE en el Título I sí hubiera determinado un cambio cualitativo en cuanto a la práctica jurídico-laboral referida a las diversas formas de participación en la empresa.

Solamente en ciertos aspectos concretos se ha admitido la relación entre la libertad sindical y la participación en la empresa acudiendo a la libertad sindical como nexo entre ambos conceptos. Así, y puesto que cuando la participación directa es llevada a cabo por representantes y no directamente por los trabajadores, la información de aquellos a estos es esencial para completar la participación obrera llevada a cabo, resulta del todo relevante el hecho de que el TC parta de la premisa de que, como expresión de la acción sindical, el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental –libertad sindical– puesto que la transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores, es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales. En definitiva, constituye un “elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical”, una expresión central, por tanto, de la acción sindical y, por ello, del contenido esencial del derecho fundamental.³⁸¹ No obstante, la existencia de la posibilidad de entrelazar el contenido del artículo 129.2 CE con el contenido del derecho fundamental a la libertad sindical, la tan mencionada exclusión del Título I de este precepto supone un sobre esfuerzo necesario para poder llegar aplicar de facto aquella protección. Además, y este es el *quid iuris*, en los casos en que no fueran propiamente los sindicatos, sujetos activos de la libertad sindical los que ejercieran la participación en la empresa, la conexión entre preceptos y su consiguiente aplicación del blindaje a la libertad sindical no podría darse aunque se estuviera ejerciendo el mismo “derecho” de participación en la empresa.

Con todo, la cuestión de determinar la posible conexión entre los derechos emanados del artículo 129.2 CE y mayormente desarrollados por el artículo 64 ET, con el derecho a la libertad sindical ha dado lugar a ríos de tinta en sede judicial. El debate

380 En este sentido: STC (Sala Primera), 95/1996, de 29 de mayo, y 74/1996 de 30 de abril, entre otras.

381 STC 94/1995, de 19 de junio, f.j. 3º, 281/2005, de 7 de noviembre f.j. 4º.

ha girado en torno a los sujetos de derecho de la información, consulta y participación en cada caso. La doble vía de representación unitaria y sindical en la empresa es la que da lugar a numerosos problemas de interpretación por parte del TC. En este punto, es conveniente llevar a cabo un somero repaso de la postura de este Tribunal al respecto.

La Sentencia del Tribunal Constitucional, de 29 de mayo de 1996 se encargó de clarificar los puntos de conexión entre ambas vías de representación en la empresa recordando en primer lugar que los sindicatos están expresamente legitimados para promover elecciones a delegados de personal y miembros de comités de empresa según el mandato del artículo 67.1 ET, así como para presentar candidatos en dichas elecciones, tal y como expresan los artículo 2.2 d) LOLS y art. 69.3 ET. En este sentido el Tribunal recordó que dichas potestades son actividades amparadas por el derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), tanto en su vertiente colectiva como en su vertiente individual, formando parte del llamado contenido adicional. A renglón seguido, el alto tribunal resaltó también el hecho de que los sindicatos están expresamente legitimados para promover elecciones a delegados de personal y miembros de comités de empresa (art. 67.1 ET), así como para presentar candidatos en dichas elecciones (art. 2.2 d) LOLS y art. 69.3 ET), promoción y presentación aquellas que son actividades amparadas por el derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE), tanto en su vertiente colectiva como en su vertiente individual, formando parte del llamado contenido adicional. Por último, también la misma sentencia viene a advertir que de los propios resultados a las elecciones sindicales se determina la existencia de delegados sindicales.

Tras dejar patente que son los sindicatos los que participan en las elecciones unitarias; que dichas elecciones unitarias son las que determinan qué sindicatos son representativos o más representativos; y que el derecho a formar una sección sindical en la empresa viene determinado por los resultados de los sindicatos en las elecciones unitarias; el TC prosigue en su sentencia dejando patente que la representación unitaria ejerce derechos constitucionales y que existe una gran interacción entre ambas vías representativas. Así, dispone la misma sentencia que los delegados de personal y comités de empresa llevan a cabo una actividad de defensa y promoción de los intereses económicos de los trabajadores, desarrollando, en este sentido, una función calificable *latu sensu* como sindical, para lo cual cuentan con medios de acción y con derechos constitucionales y legales, como son el derecho de huelga (art. 28.2 CE), la negociación

colectiva (art. 37.1 CE) o la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE), que la Constitución no reserva en exclusiva a los sindicatos. Finalmente, y ya desde una perspectiva más práctica y menos jurídica, acaba por argumentar la sentencia que en la actualidad existe en las empresas un notable grado de interacción entre los sindicatos y los órganos de representación unitaria o electiva de los trabajadores y que las diferencias relativas a la naturaleza de estos dos tipos de representación y a sus funciones de promoción y defensa de los intereses de los trabajadores, que en otros tiempos fueron manifiestos, hoy tienden en muchos casos a difuminarse.

Pues bien, tras constatar la innegable conexión existente y la confusión de identidades (sindicatos) y competencias (información, consulta, etc.) entre ambas vías representativas, el TC concluye que mientras que los sindicatos son creación constitucional, la representación unitaria lo es solamente legal y de un plumazo elimina a ésta última la capacidad de defender sus intereses con base en a la libertad sindical, por mucho que los sujetos que compongan la representación unitaria suelen ser sindicatos, y por mucho que desarrollen una labor sindical. De esta forma, el razonamiento que la misma sentencia había parecido mantener deriva en afirmaciones tendentes a defender que nada de lo anterior conduce a eliminar por completo, y menos desde la perspectiva constitucional, las diferencias subsistentes entre los sindicatos, de un lado, y los comités de empresa y delegados de personal, por otro, pues no existe indefinición ni identidad constitucional entre aquéllos y estos.

Por el contrario, afirma la sentencia, la Norma fundamental constitucionaliza el sindicato (art. 7 CE), sin hacer lo mismo con los comités de empresa y los delegados de personal, los cuales son creación de la Ley, teniendo sólo una indirecta relación con el art. 129.2 CE. La conclusión a la que llega el Tribunal tras este cambio de rumbo argumentístico no puede ser otra que la de afirmar que los representantes unitarios no tienen constitucionalmente garantizada la libertad sindical consagrada en el art. 28.1 CE que se refiere sólo a la actividad legítima realizada por los sindicatos en representación, defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores.

Más adelante, concreta la misma Sentencia que la conclusión práctica de ésta exclusión del amparo constitucional de los representantes unitarios -que son muchas veces sindicalistas, que determinan la representatividad o mayor representatividad de los sindicatos, que determinan la capacidad de los sindicatos de formar secciones

sindicales, que ejercen labores sindicales, que ejercen derechos constitucionales (huelga, negociación colectiva), todo ello según la propia sentencia-, es que la libertad sindical no ampara sus derechos y que, por consiguiente, la vía de amparo les está vetada.

No obstante, dos Magistrados del TC realizaron un voto particular al fallo de la sentencia, a mi modo de ver, de forma acertada. Sus argumentos se basan en un entendimiento funcional del derecho de la libertad sindical, contra el argumento definido como orgánico por los propios magistrados. En concreto, y a la luz del artículo 175.1 LPL que dispone que “cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, podrá recabar su tutela a través de este proceso cuando la pretensión sea de las atribuidas al orden jurisdiccional social”, entienden los magistrados que el trabajador como tal no requiere estar sindicado para poder ejercer la acción por vulneración de la libertad sindical, con lo que lo mismo puede entenderse para con los representantes unitarios. En la misma línea se expresa el artículo 12 de la LOLS que protege la vulneración de la libertad sindical sea esta ejercida por un sindicato o por otro agente, como puede ser un trabajador o un representantes unitario.

También las normas de la OIT y en concreto su Convenio, ratificado por España y que se invoca en la sentencia de la mayoría, sirve de apoyo a estos magistrados que recuerdan que el mismo prescribe la misma tutela para todos los “representantes de los trabajadores”, con la intención clara de acorazar, en lo que sea posible, a todos los que en cumplimiento de su función, se ponen en peligro.

Ya por último, y a mi entender de un modo muy acertado, los magistrados discrepantes de la mayoría expresan sus reticencias a la separación entre el núcleo del derecho y el contenido adicional del mismo que se pretende dejar fuera de la protección del artículo 28.1 CE. Según estos magistrados, la distinción entre “núcleo esencial” y “complementos añadidos” puede mantenerse si todos los derechos de libertad sindical quedan tutelados por el art. 28.1 CE y las violaciones de los mismos son susceptibles de amparo constitucional. En cambio, buscar en la libertad sindical determinados derechos no susceptibles de amparo constitucional, fuera del núcleo indisponible, conduce a negar la libertad.

Encorsetar el derecho a la libertad sindical en un riguroso marco asociativo predeterminado - un sindicato- incluso aceptando que las labores sindicales pueden y de hecho son llevadas a cabo por personas y/u órganos, si bien no son formalmente y orgánicamente un sindicato es, a mi parecer, forzar una argumentación que no tiene más razón de ser que la de poner trabas a la protección de la acción sindical de comités de empresa y delegados de personal. Es incluso reconocido por diversas sentencias del TC que el contenido del artículo 28.1 CE se integra también en la vertiente funcional, el derecho a la actividad sindical, es decir, el derecho *de los sindicatos* –y en este punto diverjo, pues el derecho debería ser de aquellos que ejercen una labor sindical ya sean sindicatos, delegados o comités- a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden.³⁸² En el artículo 28.1 CE, disponen otras Sentencias del TC, se integra, pues, el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical, comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros.³⁸³ Insiste el TC el personalizar en “el Sindicato” la puesta en marcha de mecanismos participativos que no solamente lleva a cabo éste, como por ejemplo en la STC 94/1995, de 19 de junio, en la que declara el Tribunal que “sin duda, la transmisión de noticias de interés sindical, el flujo de información entre el Sindicato y sus afiliados, entre los delegados sindicales y los trabajadores es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical, propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales y, en definitiva, constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical”.

Pero, las incongruencias argumentativas del TC también se alargan refiriéndose al derecho a la negociación colectiva una vez admitido por éste que *“la libertad sindical comprende el derecho a que los sindicatos realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordinadas que a esta institución hay que reconocer, a las que se puede sin dificultad denominar “contenido esencial” de tal derecho; parte de este núcleo del artículo 28.1 CE lo constituye, sin duda, la negociación colectiva de condiciones de trabajo, puesto*

382 STC 40/1985; 39/1986 (RTC 1986/39); 30/1992 (RTC 1992/30); 173/1992 (RTC 1992/173), entre otras.

383 STC 37/1983; 51/1984 y 134/1994 (RTC 1994/134).

que resulta inimaginable que sin ella se logre desarrollar eficazmente las finalidades recogidas en el artículo 7 CE”.³⁸⁴ En la Sentencia 107/2000, de 5 de mayo, se trataba el caso de las rupturas unilaterales por parte del empresario de las negociaciones de un convenio colectivo de empresa, justo después de las cuales éste procedió a revisar unilateralmente los salarios de los trabajadores “*sin recabar el previo y preceptivo informe del Comité de Empresa (art. 64.1.c ET), circunstancia no carente de relevancia si se pone en relación con el hecho de que la empresa procedió inmediatamente, tras la ruptura de las negociaciones del Convenio, a la revisión salarial*”, dice la propia sentencia. En aquel punto, entró de nuevo el TC a desechar la idea de que el contenido del artículo 64 ET pueda ser amparado por la libertad sindical advirtiendo que conviene precisar que la eventual infracción de los preceptos citados del LET (el artículo 64) ha de quedar, en principio, fuera de su análisis, pues se trata de meras infracciones de la legalidad ordinaria que, en cualquier caso, no afectan a derechos sindicales. Pues bien, tras apartar formalmente al artículo 64 ET del contenido de la libertad sindical, pero tras constatar la innegable interrelación entre los mecanismos de la negociación colectiva que forma parte de la libertad sindical, y los mecanismos del artículo 64 ET llevados a cabo por la representación unitaria, el TC no pudo sino aceptar que la relevancia de la condición laboral afectada, el comportamiento empresarial de provocar unilateralmente el cierre de la negociación, la ausencia de toda formalidad posterior para resolver el conflicto y la inmediata revisión salarial decidida unilateralmente, constituyen elementos valorativos suficientes para apreciar una conducta antisindical. La incongruencia es patente, puesto que lo que unos párrafos antes eran consideradas como “*meras infracciones de la legalidad ordinaria*”, unos párrafos después constituyen “*elementos valorativos suficientes para apreciar una conducta antisindical*”.

Afortunadamente, alrededor de este asunto existen votos particulares que intentan matizar la encorsetada y formalista opinión mayoritaria del TC aun respetando el hecho de que sean los sindicatos los únicos titulares del derecho fundamental a la

384 STC 4/1983, de 28 de enero [RTC 1983, 4] , F. 3; 73/1984, de 27 de junio [RTC 1984, 73], FF. 1 y 4; 98/1985, de 29 de julio, F. 3; 39/1986, de 31 de marzo, F. 3; 187/1987, de 24 de noviembre, F. 4; 9/1988, de 25 de enero [RTC 1988, 9] , F. 2; 51/1988, de 22 de marzo [RTC 1988, 51] , F. 5; 127/1989, de 13 de julio [RTC 1989, 127] , F. 3; 30/1992, de 18 de marzo [RTC 1992, 30] , F. 3; 75/1992, de 14 de mayo, F. 2; 105/1992, de 1 de julio, FF. 2 y 5; 173/1992, de 29 de octubre [RTC 1992, 173] , F. 3; 164/1993, de 18 de mayo [RTC 1993, 164], F. 3 y 145/1999, de 22 de julio [RTC 1999, 145], F. 3.

libertad sindical. En referencia a la legitimación del Comité de Empresa para ostentar legitimidad *ad causam* en defensa de la libertad sindical, el Voto Particular del Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera en la Sentencia del Tribunal Constitucional 74/1996, de 30 de abril, proclama que el Comité de Empresa tiene asignada la competencia de ejercer, entre otras, una labor de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y empleo, así como el resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o Tribunales competentes (art. 64.1.8 ET). A ello añade que para interponer el recurso de amparo no sólo están legitimados los titulares del derecho fundamental invocado, sino, como dispone el art. 162.1 b) CE, “*toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo*”. Y acepta que aunque las titulares del derecho de libertad sindical fuesen las organizaciones sindicales, y sólo ellas, es evidente que el Comité de Empresa tiene un interés legítimo en la preservación del derecho o libertad de otro. La conclusión del Magistrado es que si el derecho a la negociación colectiva se integra en el derecho de libertad sindical, como componente esencial del mismo, y al Comité de Empresa corresponde legalmente la vigilancia del cumplimiento del Convenio colectivo, siendo éste una garantía instrumental para los trabajadores a los que el Comité representa, la *legitimitio ad causam* no puede ser negada al Comité, poseedor indiscutible de un interés legítimo en la preservación de la libertad sindical cuando ésta resulta violada en uno de los derechos que la forman.

En definitiva, la sentencia niega incluso la legitimación *ad causam* de quién tiene el deber de vigilar por el respeto de la libertad sindical y tan sólo un Magistrado rompe una lanza en este aspecto, aun respetando la opinión de que al Comité de Empresa le es ajena la titularidad del derecho a de libertad sindical.

El colmo del sinsentido que supone excluir de forma totalmente artificial a los representantes unitarios de la protección de amparo dada a los derechos fundamentales puede apreciarse en el hecho de que el TC³⁸⁵ mantiene esta postura aun cuando admite que en coherencia con dicho contenido constitucional, la LOLS reconoce en su art. 2.1 d) “el derecho a la actividad sindical” siendo que para el cabal ejercicio de la acción sindical, la LOLS otorga a los delegados sindicales iguales derechos y garantías que el

385 SST 213/2002, de 11 de noviembre (Rec. 37/2000).

estatuto de los trabajadores destina a los miembros de comités de empresa y a estos como instituciones de representación electiva de los trabajadores. De este modo, a través de la explícita remisión a lo dispuesto en el artículo 64 LET, se reconoce a los delegados sindicales el derecho a acceder a la misma documentación e información que la empresa ha de poner a disposición del comité de empresa.

No solamente se ha negado el amparo constitucional al comité de empresa y a los delegados de personal por no tratarse formalmente de organizaciones sindicales aunque se haya demostrado que existe una interconexión y hasta una confusión tanto en las personas como en las competencias desarrolladas por estos y por las representaciones sindicales, sino que se llega a mantener dicha marginación constitucional aun cuando es la representación sindical la que hace uso de las competencias explícitamente atribuidas a los órganos unitarios. Esos derechos reconocidos en el artículo 64 ET propios de las representaciones unitarias no gozarán de amparo si son defendidos por sus legítimos y explícitos sujetos de derecho, pero sí lo serán en cambio si son defendidos por las representaciones sindicales a las que el legislador ha atribuido a posteriori la cotitularidad de dichos derechos.

En conclusión, parece que la efectividad de la norma pasa por la elección del cauce escogido –por la Constitución y por el Tribunal Constitucional-, la organización sindical, quedando desprotegidas las demás formas de defensa de los intereses obreros que no pasen estrictamente por aquella forma sindical, incluso en los casos en los que los comités de empresa o delegados de personal estén formados por personas elegidas con base en listas de los diferentes sindicatos existentes. Parece, pues, que el Tribunal Constitucional ha optado por un estricto formalismo encorsetador del derecho de participación en la empresa que, si bien parece concordar con la idea del legislador constitucional que marginó al artículo 129.2 CE, no está tan claro que concuerde con la literalidad del resto del texto constitucional en relación, sobre todo, con los artículos 28 CE y 2 d) de la LOLS. En todo caso, la inclusión del artículo 129.2 CE en el Título I de la CE habría acabado con la existencia de estas interpretaciones intrínsecamente incoherentes mantenidas por el TC y tan sólo matizadas por minoritarios y escasos votos particulares. Con todo, baste mencionar una cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 29 de mayo de 1996, en la que se defiende la exclusión ya tantas veces mencionada por mi parte, y con la que, a mi modo de ver, bastaría para acabar

con la interpretación vigente al respecto e integrar el contenido del artículo 64 ET en el de la libertad sindical: “*los delegados de personal y comités de empresa llevan a cabo una actividad de defensa de los intereses económicos de los trabajadores, desarrollando, en este sentido, una función calificable latu sensu como sindical*”.

2.1.2.3. El contenido del artículo 129.2 CE

Entrando ya en el contenido del precepto, lo primero que salta a la vista en cuanto a la literalidad del artículo 129.2 CE es precisamente lo que ésta no explicita: “*Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa*”. Así, lo que en él se regula no son derechos –y ni mucho menos fundamentales como acabo de explicar-, sino que la participación a la que se refiere se convierte en un concepto difuso y oscuro sin que sea definida explícitamente por ningún calificativo. No puede sostenerse que se trate de un derecho aunque no lo explicita el texto del artículo con base en el contexto de la norma ya que, como ya se ha advertido, se encuentra este artículo fuera del Título I cuyo nombre determina que el contenido de los preceptos que en él se comprenden son derechos. Y pese que un derecho es algo que va más allá de ser una simple nomenclatura y requiere de mucho más que para convertirse en tal, parece que ni siquiera ésta ha sido dada por el legislador constitucional a “*las diversas formas de participación en la empresa*”.

Las diversas formas de participación en la empresa han sido contempladas de un modo totalmente genérico, a modo de norma en blanco en la que cabe cualquier mecanismo de participación de los muchos que han existido, existen o todavía estén por llevarse a cabo. No es pues el artículo 129 el que ha limitado la puesta en marcha de estas diversas formas de participación³⁸⁶, sino que esta limitación, que si bien no se encuentra en el propio artículo si existe, se deduce del contexto constitucional encontrado en los artículos anteriormente estudiados en este punto –sobre todo los artículos 33.1 y 38- que van a blindar la titularidad de la propiedad y del sistema

386 En este sentido, OJEDA AVILÉS, A. y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. *Estructura de la empresa*, en AAVV, *Los trabajadores y la Constitución*, Sociedad de Estudios Laborales, Madrid, 1980, Pág. 225.

económico imperante dejando margen para moldear su ejercicio pero no su naturaleza.³⁸⁷

En este punto, resulta interesante lo acontecido en Alemania a raíz de la promulgación de su Ley de Cogestión en el año 1976. En aquel momento diversas empresas, grupos empresariales y hasta la audiencia territorial de Hamburgo recurrieron ante el Tribunal Constitucional Federal argumentando que dicha ley atentaba contra la libertad de empresa y la propiedad privada. No es ningún secreto que los recurrentes tenían pocas esperanzas, efectivamente, el Tribunal Federal no declaró la nulidad de los preceptos legales por ellos recurridos. Sus objetivos eran probablemente otros. Estos trataban de que el Tribunal reconociese en los considerandos de la sentencia que una verdadera paridad lesionaría la Constitución. Esta esperanza fue solamente de forma parcial realizada, pues el Tribunal se limitó fundamentalmente al examen de la ley tal como es. Sin embargo, en varios apartados de la sentencia hace notar al legislador la necesidad de su intervención en el caso de que los temores de los recurrentes se pudiesen llegar a acreditar.³⁸⁸

Si bien es cierto que se trata en este caso de un antecedente histórico referido a la República Federal Alemana a finales de los años 70 y que, consecuente, no resulta del todo aplicable a la realidad española que emana de la Constitución de 1978; la similitud de los sistemas socio-económicos existente entre Alemania y España –así como entre los demás países de la órbita europea- determina la relevancia del estudio de lo allí acontecido puesto que proporciona ciertas pistas acerca del real alcance potencial de la norma española que, pese a que a primera vista pueda parecer una norma en blanco, no parece que fuera admitir ciertos “excesos” en las aspiraciones democráticas de los trabajadores dentro de los centros de trabajo, puesto que nos encontramos en el seno de un sistema donde la propiedad privada se erige como piedra angular de las relaciones económicas no solo nacionales sino también globales.

Así, cuando el artículo 129 parece que va a concretar finalmente un modelo de democracia industrial, siquiera un esbozo, de nuevo se escurre en los resbaladeros de la participación civil”.³⁸⁹ En todo caso, esas *formas de participación en la empresa* a las

387 En este sentido, GARRIDO PÉREZ, E. *La información en... op. Cit.* Pág. 37.

388 GAMILLSCHEG, F. *La Cogestión de los... op. Cit.* págs. 169-184.

que alude quedarían consideradas, no como medios de acceso a la propiedad empresarial, por los demás preservada constitucionalmente frente a cualquier elemento socializador como hemos visto, sino de acceso a la dirección económica y organizativa de la empresa, lo que ya no requiere ni exige su titularidad, y de ahí su mayor viabilidad desde el punto de vista de los trabajadores.³⁹⁰ Sin embargo, y pese a que la Constitución y su artículo 129 parecen permitir un posible desarrollo legislativo en este sentido, también podría quedar cumplido el mandato constitucional con la puesta en marcha de otras *formas de participación* que no implicaran siquiera dicho acceso a la dirección económica y organizativa de la empresa. Si el desarrollo de *las formas de participación* ha llegado o no a alcanzar el acceso a la dirección económica y organizativa de la empresa, habrá de deducirse del posterior estudio de nuestro derecho positivo a este respecto, cuyo máximo exponente es el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores.

Siguiendo con la literalidad del precepto, la fórmula “los poderes públicos promoverán”, viene a determinar quién es el sujeto obligado, estos son los “poderes públicos”, y a qué están obligados, esto es a “promover eficazmente”. Por un lado, parece claro que sin la acción positiva de los poderes públicos el texto constitucional no basta para que esta promoción de las diversas formas de participación tenga lugar. Por otro lado, si esta intervención se da, ha de ir en el sentido de promover eficazmente, es decir, de iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro. No se trata pues de garantizar, es decir, de tener seguridad o certeza sobre algo, ni de establecer, o sea de ordenar, mandar, decretar, todo ello según la Real Academia de la Lengua. Las diferencias son obvias. Así, la promoción de la puesta en marcha de estas supuestas formas de participación podría darse con la sugerencia de que éstas sean abarcadas en el seno de la negociación colectiva, o que fueran otorgadas como posibles concesiones empresariales voluntarias para ceder parte de su poder de dirección. Por supuesto, que con ello hubiera bastado para cumplir el mandato constitucional no significa que los Poderes Públicos no hayan podido, y de hecho lo han hecho, desarrollar ciertos preceptos legales con un verdadero carácter garantista conteniendo derechos “participativos”. Simplemente baste por el momento advertir que el mandato constitucional se contentó con exigir bastante poco en este punto.

389 OJEDA AVILÉS, A. *Derecho Sindical*, 6ª edición., Tecnos, Madrid, 1992, Pág. 293.

390 GARRIDO PÉREZ, E. *La información en... op. Cit.* Pág. 38.

Más adelante dispone el mismo artículo 129.2 que los mismos poderes públicos “fomentarán –similar a promoverán-, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas”. En este caso, se explicita el medio por el cual los poderes públicos han de fomentar, que es en este caso mediante una legislación adecuada, lo cual viene a obligar a que sea mediante la Ley como se regule el régimen jurídico de las sociedades cooperativas. Así, pese a lo laxo del término “fomentarán”, se establece cierta fuerza obligacional que encuadra la acción de los poderes públicos en la concreción determinada por la “legislación adecuada” de la que habla el texto constitucional. Se trató así de asegurar la existencia de una previsión legal acerca de las sociedades cooperativas, paradigma de la participación obrera en la empresa, aunque dentro de este tipo de empresas puedan existir numerosos tipos y regulaciones que conserven o desvirtúen, en mayor o en menor grado, el espíritu originario de las sociedades cooperativas ya tratado en el Capítulo I de este trabajo.

Por último, prevé el artículo 129.2 CE que los poderes públicos “establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”. Pues bien, parece que el verbo establecer es el que más contenido obligacional tiene de todos los utilizados en este precepto, sin embargo, lo que ha de establecerse son “los medios para facilitar”, y de nuevo, “facilitar” retrocede al nivel anterior equiparable a promover o fomentar. En esta oración, se hace la primera y única mención directa a los trabajadores como sujetos, no de derechos, pero sí al menos como los sujetos que potencialmente accederían a la propiedad de los medios de producción.

Este acceso de los trabajadores a los medios de producción resulta un concepto muy amplio a la par que vago y que, como ocurre en diversos casos dentro de la Constitución Española, puede significar mucho o muy poco. Si bien pudiera estarse refiriendo a la existencia de empresas cooperativas en las que sean los trabajadores los detentores de la propiedad, no parece que sea este el caso en la medida en que estos supuestos ya han sido explicitados con anterioridad en el mismo precepto. De esta forma, cabría que se estuviera refiriendo la norma a la posibilidad de que los trabajadores fueran accediendo, de forma escalonada o repentina, a la propiedad de las empresas en las que prestan sus servicios, lo cual privaría de dicha propiedad al actual empresario, o al menos llevaría a que ambos, empresario y trabajadores, compartiesen dicha propiedad. Como ya expliqué en el Capítulo I, los porcentajes de propiedad de

cada uno de los bancos son los que determinarían la eficacia o no de este tipo de medidas, siendo simplemente simbólica, de cara a la toma de decisiones, una adquisición de propiedad de ínfimas dimensiones. Además, esta adquisición de propiedad pudiera también revertir en participación en el reparto de beneficios en forma, por ejemplo, de dividendos.

El otro supuesto al que pudiera referirse la norma sería la posibilidad de que los trabajadores por cuenta ajena pudieran crear empresas – medios de producción- de nuevo cuño pasando a ser los propietarios de las mismas, o incluso adquirir mediante compra con base en su patrimonio, la propiedad de las empresas ya existentes. Pese a que no es descartable que el precepto se refiera a estos casos, esta posibilidad parece obvia en la medida en que es permitida por las normas de la economía de mercado y, al escapar de los límites del derecho del trabajo y de la seguridad social, todo hace pensar que este precepto se refería más bien a la primera de las dos posibilidades enunciadas.

Es necesario matizar en este punto que, aunque del análisis del mandato constitucional se sustraiga que cabe la posibilidad de que se pongan en marcha este tipo de mecanismos para la adquisición de propiedad de los medios de producción por parte de los trabajadores, la laxidad del mencionado “mandato” no obliga a que estos hayan sido puestos en marcha, ni determina el grado en que estos hayan de existir en el caso de que los poderes públicos desarrollasen el precepto en cuestión. Sería, pues, necesario acudir a la legislación de desarrollo, si la hubiese, para determinar el alcance y límites del “acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”. En todo caso, esta legislación es inexistente y el mandato constitucional no es más que papel mojado.

En definitiva, del texto del artículo 129.2 CE no puede obtenerse una idea concreta del tipo de participación concreta que se ha desarrollado en España. Todo lo contrario, debiendo acudirse a los límites a la participación establecidos por el derecho a la propiedad privada de los medios de producción y a la economía de mercado de los artículos 33 y 38 CE, queda consecuentemente abierto un gran campo de acción legislativa para determinar el alcance de la participación y también si ésta irá encaminada a un modelo de participación *conflictiva-reivindicativa*³⁹¹, o a otro modelo

391 Típica del “sindicalismo de contestación”, en la fórmula acuñada por CAIRE, G. *Les syndicats ouvriers*, Paris, 1971. Pág. 316 y ss.

de participación *integrativa*³⁹², ya que ambas opciones quedan dentro de la previsión constitucional, siendo incluso posible el establecimiento de un modelo mixto que conjugara elementos de ambos modelos. Valga, no obstante, poner de relieve la apreciación de MONEREO³⁹³ cuando afirma que este precepto, en lo esencial –ante todo por lo que respecta a las formas de participación en sentido estricto o “fuerte” (tipo cogestión)- no ha encontrado aún desarrollo en la legislación ordinaria. En el mismo sentido apunta PALOMEQUE³⁹⁴ cuando afirma que el referido artículo 129.2 CE permanece intacto en su núcleo normativo; y cuando reitera que el legislador puede así perfectamente atribuir a su gusto la identidad participativa a cualesquiera aspectos institucionales que resulten de la acción colectiva de los trabajadores en la empresa, sabiendo en último término que la laxitud constitucional tutela a la debida distancia esta operación permisiva de subsunción jurídica abierta. El resultado de todo ello, (...) no ha sido otro al final, por cierto, que la disposición de una fórmula jurídica (la participación en la empresa) desprovista de por sí de significación técnica unitaria, si es que de alguna, que por lo demás no deja de exhibir con garbo su absorbente capacidad semántica para acaparar sin esfuerzo una gama heterogénea y múltiple de contenidos plurales.³⁹⁵ En conclusión, la existencia del artículo 129.2 CE no supone “ningún compromiso efectivo de democracia en la empresa, puesto que las formas de participación que se enuncian con fórmula tan general no tienen por qué afectar de manera directa y eficaz al núcleo de poder ejercido por el empresario.”³⁹⁶

392 Más propia del llamado “sindicalismo de integración”, CAIRE, G, *Les syndicats... op. Cit.* Pág. 313 y ss.

393 MONEREO PÉREZ, J. L, *Los derechos de información... op. Cit.* Pág. 92.

394 PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *Derecho sindical*, 3ª edición. Madrid, 1989, Pág. 193.

395 *Ibidem.* Pág. 61 y 62.

396 OJEDA AVILÉS, A. *Derecho Sindical*, Ed. Tecnos, Madrid 2005. Pág. 289.

2.2 Los originarios artículos 4.g), 61 y 64 ET y sus sucesivas reformas

2.2.1. Planteamiento

El desarrollo legislativo del artículo 129.2 CE no se encuentra concentrado en una sola norma, sino que es necesario acudir a diversos textos legales y a diversos preceptos para encontrar la integridad de materias derivadas del mencionado artículo constitucional. No obstante, es el Estatuto de los Trabajadores la norma que aglutina la mayor parte de las materias emanadas de aquel precepto. Dicho desarrollo normativo ha ido además evolucionando desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores en 1980, de forma que será conveniente tener en cuenta no solamente el estado actual de los derechos participativos en el ordenamiento español, sino que también resultará pertinente realizar un escueto análisis de los cambios legislativos llevados a cabo durante más de cuatro décadas.

Previamente a la aprobación del Estatuto de los Trabajadores mediante la Ley 8/1980, se traspasaron provisionalmente las antiguas competencias de los Jurados de Empresa franquistas a los recién creados Comités de Empresa y Delegados de Personal. Más tarde, ya en 1980 el Acuerdo Marco Interconfederal de ese mismo año introdujo en su apartado XI un listado de funciones a ejercer por los delegados sindicales entre las que se encuentra el acceso a la misma información y documentación que la empresa deba poner a disposición del Comité de Empresa.

Sin entrar ya en más detalles sobre esta legislación transitoria conviene centrarse en la aprobación del texto del Estatuto de los Trabajadores cuyo artículo 4 original disponía en su letra g que “los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, *los de participación en la empresa*”. A su vez, el artículo 61 desarrollaba este epígrafe del artículo 4 expresando que “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de esta Ley y sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en este Título”. Afirma PALOMEQUE³⁹⁷ que, de este modo, el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos para la promoción eficaz de “las diversas

397 PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *La participación de... op. cit.* Pág. 47.

formas de participación en la empresa” (art. 129.2 CE) se ha convertido técnicamente, a partir de un ejercicio legislativo consecuente del mismo, en un derecho subjetivo de los trabajadores asalariados en su empresa. A mí parecer se trata de una afirmación demasiado aventurada que, aunque matizada mediante el término “técnicamente”, comete el error de otorgar la categoría de derecho subjetivo y la titularidad del mismo con base en un precepto vacío como es el artículo 4 g) ET o incluso el artículo 61 ET. El estudio pormenorizado del contenido del desarrollo de estos dos artículos y su consiguiente atribución de titularidad del supuesto derecho –subjetivo o no– determinarán si éste existe y quién o quiénes lo detentan. No obstante, en este punto del análisis no es arriesgado afirmar –o al menos suponer fuertemente– que titulares no serán los trabajadores sino sus representantes, en el caso de que los haya.

A diferencia del artículo 4 g) que modificó su dicción a raíz de la Ley 38/2007 – desde entonces dicho epígrafe se refiere a “Información, consulta y participación en la empresa”-, el artículo 61 ET no ha sido modificado desde su redacción original en 1980. SAMPER JUAN³⁹⁸ se ha referido a este artículo 61 tildándolo de *fórmula restrictiva y ambigua*: Decimos –dice el autor– que la fórmula es restrictiva, porque no desarrolla en su integridad, como hubiera sido deseable, las posibilidades que ofrece el precepto constitucional; pues en la práctica, viene a identificar el derecho de participación de los trabajadores en la empresa, con la sola creación de órganos de representación, lo que sin duda constituye una de las manifestaciones de aquel derecho, entendido en su sentido más amplio, pero no lo agota en modo alguno. Así lo reconoce el propio artículo 61 ET al prever “otras formas de participación” y lo reitera el artículo 34 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que habla ya, separadamente, de los “derechos de participación y representación”. Y es ambigua, prosigue el autor, porque no precisa con exactitud el alcance de esa remisión a “otras formas de participación”. A la vista del posterior desarrollo normativo cabría pensar que con ella el legislador sólo pretendió anunciar la coexistencia de cauces representativos que se iba a producir entre la representación unitaria, única que fue objeto de regulación por la Ley 8/1980 de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, y la representación sindical, que años más tarde desarrollaría la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS).

398 SAMPER JUAN, J. *Los sistemas tradicionales... op. cit.* Pág. 207 y 208.

“La participación”, título bajo el cual aparece el artículo 61 ET, encuentra a su vez desarrollo en diversos artículos del propio ET, sin embargo, el precepto sobre el cual recae el grueso de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores en la empresa en el ordenamiento español desde 1980 no es otro que el artículo 64 ET. Muchos otros preceptos del ET son pertinentes de estudio en este trabajo por haber desarrollado los derechos participativos en la empresa – art. 9, 15.4, 29.4, 39, 40.1, 41, 42.2, 44, 51 o 68, entre otros- de modo que sería un error concluir este estudio con lo dispuesto en el artículo 64 ET. Además, otras normas como la Ley de Prevención de Riesgos Laborales tienen también un peso muy importante en lo que a derechos participativos se refiere. Con todo, conviene centrarse en primer lugar en el artículo 64 ET puesto que es éste el artículo principal que va a confeccionar el esquema participativo de los trabajadores en la empresa desde 1980 y hasta hoy.

Conviene, no obstante recalcar, tal y como recuerda PÉREZ CAPITÁN³⁹⁹ en referencia a los derechos de información, que si bien la doctrina laboralista ha presentado un postura aparentemente unitaria acerca de que el artículo 64 ET sea el desarrollo normativo del artículo 129.2 CE, ésta postura no se ve reflejada en nuestra jurisprudencia. Prosigue el autor destacando que es difícil hallar en la lectura de las sentencias vertidas sobre derecho a la información de la representación de los trabajadores referencia alguna al artículo 129.2 CE como inspiración y fundamento último de aquel. Olvida el ámbito jurisdiccional la ecuación “información = participación” y destinados los derechos a la información que vayan más allá de lo literalmente reseñado en los diversos números del artículo 64 ET a una mera función de apoyo de las labores de vigilancia y control del cumplimiento de la legislación social, se incurre en una interpretación muy restrictiva del contenido de los derechos de información en cuanto “no deben desbordar los límites razonables impuestos por el legislador y en todo caso deben ajustarse a lo que sea necesario para conseguir el fin constitucional a ese cometido”⁴⁰⁰. Inmersos en el debate terminológico en torno al término “participación” que puede significar mucho o muy poco, y habiendo optado el

399 PÉREZ CAPITÁN, L. *El derecho a la información de los representantes de los trabajadores sobre la gestión económica y financiera de la empresa. Estudio jurisprudencial del artículo 64.1, apartados 1º y 3º, del Estatuto de los Trabajadores*. Aranzadi Social nº 3, 1995. Pág. 2265.

400 Fundamento de Derecho 3º de la Sentencia de 16 de enero de 1992 de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco (AS 1992, 175).

legislador constituyente (art. 129.2 CE) y el ordinario (art. 4 g) y 61 ET) por dicho término, a cambio de otorgar la ilusión participativa, el legislador se proponía sin duda el desarrollo adelantado, aun cuando fuera parcial, del artículo 129.2 CE, enfriando de este modo la posibilidad de acometer la regulación de las formas duras de participación en la empresa, rodeadas siempre, como se ha advertido, de dificultades máximas de política legislativa.⁴⁰¹

Pero habiendo ya desarrollado en el Capítulo I de este trabajo la idea de que la naturaleza de la información no es otra que la de un derecho participativo más primario, y puesto que el artículo 64 ET contiene derechos informativos, pero también consultivos y hasta participativos, no plantea dudas el hecho de que este precepto emana directamente del artículo 129.2 CE y que supone en núcleo de la “participación” en la empresa en España.

Como es habitual, lo primero que conviene hacer es un análisis histórico del precepto, puesto que ha sufrido distintas modificaciones desde su redacción original en el que su epígrafe 1 disponía que “el comité de empresa tendrá las siguientes competencias”, hasta la última modificación a raíz de la Ley 38/2007 que transponía la Directiva marco 2002/14/CE en la que este artículo se presenta bajo el título de “Derechos de información y consulta y competencias”. Todas las modificaciones posteriores al texto original del artículo 64 han añadido texto al originario precepto, sin que en ninguna de ellas se haya eliminado o modificado nada de lo existente en 1980, más allá de una reorganización de epígrafes que no trastoca el contenido ni alcance de los derechos en él contenidos. Esta circunstancia va a permitirme hacer el estudio detallado del precepto tal y como está configurado hoy en día y así, en este momento, me limitaré a realizar un somero resumen del contenido del texto originario y de cada una de las modificaciones sufridas por el artículo 64 ET. De esta forma, en este punto, no entraré en detalles que serán reservados para el estudio posterior del artículo tal y como ha quedado confeccionado hoy en día a raíz de su última modificación por la Ley 38/2007. Es preciso, pues, partir de la redacción original de 1980.

401 PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *La participación de... op. cit.*. Pág. 51.

2.2.2. El originario artículo 64 ET del Estatuto de los Trabajadores de 1980

La Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores configuró un artículo 64 en que se atribuyen competencias (art. 64.1 ET) al Comité de Empresa. Así, este órgano y no otros es el originario sujeto que va a gozar del contenido del precepto. Sin embargo, resulta obvio que a posteriori, el estudio de los sujetos de derecho en relación con el contenido del artículo 64 ET va a ampliarse tanto hacia los delegados de personal como hacia las representaciones sindicales, o a otras figuras representativas. Este punto, sin embargo, será examinado más adelante.

Pues bien, las competencias de las que gozaba el Comité de Empresa pueden dividirse en cinco tipos: Las de información pasiva; las de consultas; las de vigilancia y control; las participativas; debiendo añadirse finalmente la introducción de un derecho/deber de información activa hacia sus representados.

Los derechos de información pasiva del Comité de Empresa se encontraban separados entre el artículo 64.1.1, 64.1.2 ET por un lado, y entre el artículo 64.1.5, 61.1.6 y 61.1.7 ET por otro lado. Mientas que los puntos 1 y 6 del primer epígrafe del artículo 64 hablan de “recibir información” o “ser informado”, los puntos 2, 5 y 7 del mismo lo hacen de “conocer”. No obstante esta diferencia lingüística, no existe prácticamente ninguna diferencia de fondo entre una y otra fórmula, existiendo en ambos casos un derecho pasivo de información.

Los puntos 1 y 2 del primer epígrafe del artículo 64 ET otorgan el derecho a recibir información o a conocer informaciones de índole económica, tanto empresarial como sectorial. Se establece el derecho a recibir información sobre la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, lo cual escapa al ámbito interno de la misma aunque se trata de datos de un claro valor macroeconómico. En lo interno, la información que han de recibir o conocer los miembros del Comité de Empresa se concreta en la situación de producción y ventas de la entidad, su programa de producción y evolución probable del empleo en la empresa —esta última cuestión siendo de índole más laboral que puramente económica— (art. 64.1.1), y a conocer los documentos contables como balance, cuenta de resultados o memoria, así como los demás documentos que se den a conocer a los socios y en las mismas condiciones que a

estos, en las empresas que revistan la forma de sociedades por acciones o participaciones (art. 64.1.2).

Por su parte, el art. 64.1.5, 6 y 7 ET se centraba en derechos de información referidos a asuntos de índole laboral: modelos de contrato de trabajo escrito y documentos relativos a la terminación de la relación laboral (61.1.5), sanciones impuestas por faltas muy graves (61.1.6), y estadísticas sobre índice de absentismo y sus causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilizan (61.1.7).

El segundo grupo de derechos contenido en el artículo 64 ET de 1980 es el de las informaciones activas que se concretaron bajo la competencia de “emitir informe” por parte del Comité de Empresa. Son los puntos 3 y 4 del primer epígrafe del artículo 64 ET original los que recogían este tipo de derechos.

El artículo 64.1.3 aclaraba que el informe emitido había de hacerse “con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste”. Se trata de un punto imprescindible en la definición de lo que son las consultas puesto que si se realizasen a posteriori perderían toda su razón de ser pasando a ser meras valoraciones de lo ya acontecido.

Los casos en los que se había de emitir informe según el artículo 64.1.3 ET eran los siguientes: Reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquélla; reducciones de jornada, así como traslado total o parcial de las instalaciones; planes de formación profesional de la empresa; implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo; y estudio de tiempos, establecimiento de sistemas de primas o incentivos y valoración de puestos de trabajo.

El artículo 64.1.4 ET otorgaba al Comité de Empresa la competencia de emitir informe –sin el matiz de que éste fuera previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas- cuando la fusión, absorción o modificación del estatus jurídica de la empresa suponga cualquier incidencia que afecte al volumen del empleo.

Por último, el original artículo 64.2 ET disponía que “los informes que deba emitir el comité, a tenor de las competencias reconocidas en los apartados uno punto tres y uno punto cuatro del número anterior, deben elaborarse en el plazo de quince días”.

En conclusión, y así como los derechos de información pasiva alcanzaban temas de índole laboral pero también económica, las consultas realizadas mediante informes tan sólo abarcan ciertos asuntos de naturaleza laboral, dejando ya de lado toda circunstancia o factor económico que el legislador consideró ajeno al interés directo de los trabajadores, habiendo negado al Comité de Empresa la capacidad consultiva –que ni siquiera es vinculante- sobre tema económico alguno.

La participación o colaboración prevista por el legislador de 1980 se limita a los puntos 9 y 10 del primer epígrafe del artículo 64.1 ET. Disponía el artículo 64.1.9 que el Comité de Empresa tendrá la competencia de participar, como se determine en el convenio, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o sus familias. Es decir, que si no viene determinado por convenio no existe derecho alguno, para lo cual no era necesario redactar un punto como el mencionado ya que la negociación colectiva tiene la capacidad de otorgar este derecho sin necesidad de ser habilitada por un precepto legal como este.

El artículo 64.1.10 ET de 1980 otorga al Comité de Empresa la competencia de colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, de acuerdo con lo pactado en los convenios colectivos. De nuevo puede afirmarse lo anteriormente dicho sobre la falta de necesidad de habilitación legal para que la negociación colectiva desarrolle este tipo de competencia. Salta a la vista el hecho de que la fórmula de “participación” más amplia de todas las encontradas en el artículo 64 ET original se refiera a un asunto, la productividad, que nada tiene que ver con los intereses de los trabajadores sino con los de la empresa. Se otorgó así un supuesto derecho de colaboración que más bien era una obligación de colaboración para mantener e incrementar la productividad empresarial. De hecho, es el propio artículo 5 e) ET el que dispone que “contribuir a la mejora de la productividad” es uno de los “deberes laborales”.

Es el epígrafe 8 del artículo 64.1 ET original el que otorga al Comité de Empresa la competencia de vigilancia y/o control sobre ciertas materias. En primer lugar, se estableció la “competencia de vigilancia –pero no de control en este punto- en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y empleo, así como el resto de los pactos, condiciones y usos de empresas en vigor, formulando,

en su caso, las acciones legales ante el empresario y los organismos o tribunales competentes” (art. 64.1.8.a).

Es decir, que el Comité de empresa debe vigilar por el cumplimiento del contenido vigente emanado de todas las fuentes de la relación laboral descritas en el artículo 3.1 ET (normas, pactos –sin especificar si son colectivos o individuales- y usos). Obviamente, esta competencia de vigilancia viene de la mano de la explícita capacidad procesal –formulando las acciones legales oportunas- en pro de la defensa de todo lo legislado o pactado en materia laboral o de Seguridad Social y empleo.

En segundo lugar, dispone el artículo 64.1.b) ET original que el Comité de Empresa podrá “ejercer una labor de vigilancia y control de las condiciones de seguridad e higiene en el desarrollo del trabajo en la empresa, con las particularidades previstas en este orden por el artículo 19 de esta Ley”. Pese a que la seguridad e higiene en el trabajo son parte de la “materia laboral” sobre la que ya se había otorgado una capacidad de vigilancia, el legislador consideró conveniente enfatizar el rol del Comité de Empresa en este punto en el que, además, se añadió la palabra “control” que no aparecía en el anterior punto del epígrafe. El posterior estudio de los derechos participativos en profundidad determinará el alcance de estos en materia de seguridad e higiene, habiendo sido desarrollados sobre todo en el artículo 18 y en el Capítulo V (artículos 33 a 40) de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, de 8 de noviembre.

La vigilancia y control es un tipo de competencia distinta de las de información, consulta o participación anteriormente estudiadas. De hecho, aquellas tres son necesarias para poder llevar a cabo correctamente esta última. Sin la capacidad de información pasiva, tanto cuando ésta se da sola o cuando se da como requisito previo indispensable para llevar a cabo una consulta, sería del todo imposible llevar a cabo un control sobre las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social o de seguridad e higiene. Y es en este punto cuando surge un intenso debate acerca de si la información, consulta y participación son solamente derechos instrumentales para poder llevar a cabo estas tareas de vigilancia o control, o sí además de servir a este fin suponen un derecho autónomo que existe independientemente de la vigilancia y control aunque sirvan para su efectividad. El debate se extiende también, en caso de ser

derechos autónomos además de instrumentales, a quién es quién o debería ser el sujeto de estos derechos: los trabajadores o sus representantes.

Precisamente el debate acerca de los sujetos de derecho se acentúa al disponer el original artículo 64.1.11 que “el Comité de Empresa tiene la competencia de informar a sus representados en todos los temas y cuestiones señalados en este número en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales”.

Cabe recordar que el artículo 64 ET otorga “competencias” y no derechos, de forma que podría entenderse que se trata de una confusión terminológica o, en cambio, que se trata de unas competencias del comité para poder ejercer unos derechos correspondientes a los propios trabajadores. Así, este punto número 11 del artículo 64.1 ET puede suponer tanto un derecho del comité a informar a sus representados, o un deber de éste para ese mismo fin, según se entienda que éste o aquellos sean los titulares de los derechos de información, consulta y participación.

En definitiva, existen desde 1980 tres niveles de “participación” en la empresa. El más básico es el puramente informativo –de empresa a representantes-, y centrado en asuntos económicos. Quizá existan derechos sobre estos asuntos por entender que estos afectan al interés de los trabajadores y quizá también su existencia se limite al nivel más ínfimo como es el de información pasiva por entender que, aunque afectan al interés obrero, lo hacen de forma indirecta.

El segundo nivel otorga el derecho a emitir informes, y podría calificarse como “consultas”, pese a que un periodo de consultas puede implicar algo más que la simple emisión de un informe unilateral. En este caso, las materias son de ámbito laboral: plantillas, jornada, control del trabajo, entre otros.

El tercer nivel establece literalmente la participación en la gestión de obras sociales, pero no se trata ni mucho menos de un derecho, sino que ésta existirá como se determine por convenio colectivo, pero sin necesidad de que se llegue a determinar en cuyo caso no existiría competencia alguna. En un nivel similar se encuentra la colaboración en el mantenimiento y el incremento de la productividad, lo cual supone una obligación para el Comité de Empresa puesto que esta competencia favorece al interés empresarial y no al obrero, lo cual viene corroborado por el propio artículo 5 e) ET que prevé este mismo aspecto como un deber laboral. En definitiva, los dos

pequeños atisbos de participación en un nivel más elevado resultan ser una expectativa de derecho por un lado, y una obligación por otro lado.

Así, en suma, en la ordenación estatutaria en materia de información perviven ciertamente elementos de tradición histórica, reflejados en una continuidad de ciertas competencias informativas de los Jurados de Empresa y en una primera orientación funcional de las mismas hacia la intervención participativa de los trabajadores en la empresa, que se incardinan entre otros que son frutos de la nueva realidad laboral española, inducidos básicamente por la recepción del AMI en cuanto a estructuras orgánicas y funciones de las mismas.⁴⁰²

La vigilancia y control se establece como fin, como objetivo del Comité de Empresa, siendo los tres niveles de participación medios para alcanzar ese fin. No obstante, queda pendiente de realizar un estudio sobre si, además de esta finalidad instrumental, los derechos participativos sin derechos en sí, competencias otorgadas al Comité de Empresa por tratarse de la representación de los trabajadores como parte integrante de la empresa, como esencia de la misma y como ciudadanos, y no solamente como capital humano al servicios del empresario. El deber de informar a los representados pudiera dar una pista hacia la aceptación de esta teoría puesto que si la vigilancia y control fueran el único fin real del Comité de Empresa, esta información a los representados no tendría razón de ser.

El balance que arroja hasta el presente esta operación normativa queda pues limitado, a la postre, al entendimiento de la representación colectiva en la empresa como forma participativa de los trabajadores en la misma, sin que se vislumbre si quiera el propósito de regulación de la participación institucional o participación en la gestión de la empresa, presente sin embargo en algún pasaje pretérito de nuestra legislación laboral⁴⁰³ (La II República). En todo caso, el estudio pormenorizado del artículo 64 ET lo realizaré más adelante y con base en a su dicción actual tras la transposición de la Directiva Marco 2002/14/CE mediante la Ley 38/2007.

402 GARRIDO PÉREZ, E. *La información en... op. Cit.* Pág. 43.

403 PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *La participación de... op. cit.* Pág. 52.

2.2.3. La Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, y su incorporación al Estatuto de los Trabajadores mediante el Real Decreto Legislativo 1/1995

La primera modificación del texto del artículo 64 ET se realizó a consecuencia de la entrada en vigor del RDL 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, los dos párrafos que se introdujeron en la dicción de este artículo provienen directamente de la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación.

Fue aquella ley la que estableció la obligación empresarial de “entregar a los representantes de los trabajadores una copia básica de todos los contratos que deban celebrarse por escrito, a excepción de los contratos de relación laboral especial de alta dirección sobre los que se establece el deber de notificación a la representación legal de los trabajadores” (antiguo artículo 1.1 Ley 2/1991 y nuevo artículo 8.3.a) ET). El contenido del artículo 1 de dicha Ley desarrollaba este deber informativo en sus tres epígrafes, y fue íntegramente derogado con el resto del contenido de la misma para pasar a formar parte del Estatuto de los Trabajadores a raíz de la entrada en vigor del RDL 1/1995.

Así, mientras que la mayor parte de la dicción literal del artículo 1 de la Ley 2/1991 pasó a engrosar el artículo 8 del ET, dos párrafos de aquel artículo supusieron la primera modificación del artículo 64 ET.

En primer lugar, se trasladó desde el artículo 1.3 de la Ley 2/1991 al artículo 64.1.1º una competencia de información pasiva en materia laboral y concretamente de contratación. A renglón seguido de la previsión de información acerca de la evolución probable en el empleo, el nuevo texto añadió: “así como acerca de las previsiones del empresario sobre la celebración de nuevos contratos, con indicación del número de estos y de las modalidades y tipos de contratos que serán utilizados, (...) y los supuestos de subcontratación” En definitiva se trata de un deber informativo previo a unas futuras y previsibles contrataciones con indicación de cuántas se van a realizar

previsiblemente y cuáles van a ser las características de éstas (modalidades y tipos de contratos).

Por otro lado, y también copiado del antiguo artículo 1.3 de la Ley 2/1991, se creó un nuevo ordinal 2º al artículo 64.1 ET, desplazando al antiguo 64.1.2º y siguientes hacia atrás en el orden numerario. Este nuevo punto estableció la competencia del Comité de Empresa para “recibir la copia básica de los contratos a que se refiere el párrafo a) del apartado 3 del artículo 8 y la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mismos, en el plazo de los diez días siguientes a que tuvieran lugar”. En esta ocasión, el deber de información también referido al ámbito laboral consiste en la entrega de unos documentos –las copias básicas- y en la notificación de prórrogas y denuncias de contratos ya celebrados y no solamente previsibles como en el otro párrafo añadido por el RDL 1/1995.

2.2.4. Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad

El Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad introdujo la segunda modificación al texto del artículo 64 ET. En esta ocasión se introdujo el deber de información en relación a la previsión del empresario sobre la celebración de nuevos contratos “incluidos los contratos a tiempo parcial, - y - de la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial”.

Nada más añadió este RDL, que tan sólo matizó que el deber de información sobre posibles contrataciones también abarcaba la contratación a tiempo parcial y añadió la obligación de informar sobre posibles y previsibles horas complementarias de los trabajadores a tiempo parcial.

2.2.5. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Habría que esperar casi una década para ver de nuevo modificado el artículo 64 ET, esta vez por una norma que no era únicamente laboral como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Tres fueron los párrafos añadidos al texto del artículo 64 ET. En primer lugar, se introdujo un párrafo al final del ordinal 1º del epígrafe 1 del siguiente tenor literal: “También tendrá derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo”.

Se trata, pues, de un derecho de información pasiva en el que es el empresario quién debe proporcionar cierta información relativa a la igualdad efectiva entre hombre y mujeres en la empresa.

El siguiente párrafo añadido no establece un derecho de información pasiva sino de vigilancia. Así, el Comité de Empresa ejercerá una labor “de vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres”. Sin duda, la información recibida según el párrafo añadido en el artículo 64.1.1º va a servir al Comité de Empresa para poder llevar a cabo esta labor de vigilancia.

Por último, se establece un derecho de “colaboración con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación”. Pese a la falta de concreción de esta nueva competencia del Comité de Empresa, supone la introducción de una nueva capacidad participativa, esta vez en materia de conciliación.

De esta forma, Ley Orgánica 3/2007, añadió competencias de información pasiva, de vigilancia y de colaboración, dejando de lado las competencias consultivas que se encuentran a medio camino entre información pasiva y colaboración.

2.3. La transposición de la Directiva marco 2002/14/CE mediante la Ley 38/2007

La última modificación que ha sufrido el artículo 64 ET hasta hoy es la acaecida a raíz de la Ley 38/2007 cuyo fin era transponer la ya estudiada 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 a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea. Con esta Ley, y de la misma forma que en las demás modificaciones, se añade contenido al precepto estudiado sin eliminar nada de lo que existía anteriormente. Sin perjuicio del posterior estudio pormenorizado de la actual confección del artículo 64 ET coincidente con el resultado de la aplicación de la Ley 38/2007, conviene resaltar en primer lugar las modificaciones específicas añadidas por ésta a dicho precepto y así detectar hasta qué punto la Directiva ha podido influir en nuestra legislación y hasta qué punto ésta última cumplía ya con algunos de los mandatos de la Directiva 2002/14/CE.

Atendiendo al propio título de la Directiva, las modificaciones surgidas a raíz de su transposición se centran en los dos primeros niveles participativos, es decir, en la información y en la consulta, quedando intactas y sin más desarrollo las pocas ya de por sí existentes referencias a la participación como tal o a la colaboración y, desde luego, sin desarrollar otro tipo de modelos de participación más avanzada como la cogestión o la participación institucional.

2.3.1. La denominación de la Directiva y su introducción: claves para el análisis de su contenido

Así, lo primero que va a cambiar la Ley 38/2007 es el título del propio precepto que ahora se encuentra bajo la rúbrica de “derechos de información y consulta y competencias”, habiendo cambiado a su vez el epígrafe g) del artículo 4.1 ET que ha pasado de “participación” a “información, consulta y participación en la empresa”. La confusión terminológica es patente puesto que información y consulta era sustancialmente lo único que existía como “derechos” (artículo 4 ET) o como “competencias” (artículo 64 ET) ya antes de la entrada en vigor de la Ley 38/2007, y lo

que no había eran derechos/competencias de “participación” entendida ésta como un estadio superior en los genéricos derechos participativos. Así, lejos de haber ampliado los derechos de los trabajadores como pudiera parecer a simple vista, –antes había uno, la participación, y ahora hay 3, información, consulta y participación- lo que se ha hecho es explicitar qué derechos concretos existen – información y consulta- y cambiar el significado de “participación” del genérico que lo engloba “todo”, a un significado más concreto referido a un nivel superior de implicación pero que sigue estando vacío, con permiso de las dos remisiones a participar si es que existe desarrollo convencional en cuanto a las obras sociales, y de colaborar en el incremento de la productividad lo cual es una obligación y no un derecho de defensa del interés obrero. Si acaso, la “participación” a la que se refieren el artículo 4.1.g) y 61 ET pudiera darse con respecto al establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación en los que el Comité de Empresa tiene competencia para “colaborar” desde la entrada en vigor de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Ya en cuanto al contenido del precepto, éste ha sido completamente reestructurado, de modo que la antigua ordenación por epígrafes y números ha sido del todo modificada. Existe ahora un artículo 64.1 ET cuyo contenido íntegro es fruto de la Ley 38/2007. Este epígrafe, que consta de tres párrafos bien diferenciados, podría calificarse de introductorio puesto que su finalidad no es tanto detallar qué derechos de información, consulta y participación existen, como presentarlos, enmarcarlos y dotarlos de una definición.

Tanto es así, que el primer párrafo del nuevo artículo 64.1 ET contiene una dicción literal más propia de una exposición de motivos que del contenido dispositivo de una Ley: “El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo”. La última coletilla “en los términos previstos en este artículo” es la que hace de este párrafo un párrafo informativo pero del todo inocuo. No será sino a partir del siguiente párrafo y en lo que resta de artículo donde los derechos de información, consulta y participación encontrarán un desarrollo propio de un derecho, es decir, una facultad con un contenido tangible capaz de hacerse valer por sí misma. Pero existiendo esta coletilla final, el primer párrafo de este epígrafe se limita a

describir de forma genérica los temas sobre los cuales existirán estos derechos de información y consulta—cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, situación de la empresa, evolución del empleo-, y lo hace incluso de manera engañosa puesto que no todo aquello encuadrable en estas tres categorías goza de un derecho por parte del comité de empresa, sino tan sólo aquello “previsto en los términos de este artículo”.

En conclusión, sin aquella coletilla final, el párrafo primero del primer epígrafe del artículo 64 ET podría haber supuesto la existencia de un derecho general de información y consulta por parte del Comité de Empresa sobre “las cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma”, siendo el resto del artículo un desarrollo ejemplificador de los derechos establecidos al principio del precepto, pero no terminando estos derechos en la literalidad del artículo 64 ET y pudiendo extenderse más allá en el caso de existir una real afectación a los trabajadores. No obstante, la aclaración de que los derechos de información y consulta tan sólo existirán en los términos previstos en este artículo hace de estos un *numerus clausus* que no permite exigir información ni consulta —no digamos participación— fuera de sus previsiones, aunque se demostrara que existieran “cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma”. El efecto práctico es, pues, nulo de modo que no existe ninguna razón de ser de este párrafo más allá de la informativa lo cual no es propio del contenido dispositivo de una Ley.

2.3.2. Los conceptos que incorpora la Directiva: especial concreción de la información y consulta

El segundo párrafo del artículo 64.1 ET es quizá uno de los más relevantes de la transposición al derecho español de la Directiva marco 2002/14/CE. Se trata de las definiciones de información y consulta —olvidando la participación— que vienen directamente del texto europeo y del cual carecía el ordenamiento jurídico español. Esta es la literalidad del mencionado párrafo: “Se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen. Por consulta se entiende el

intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo”. Parece, pues, que la simple emisión de informe prevista anteriormente formaría parte de las consultas pero no podría considerarse que cumpliera con todo lo que ellas significan según la norma europea. Se busca la funcionalidad de estas consultas como algo interactivo entre dos partes y no solamente como una información cruzada. De hecho, el reto estratégico que marca la Directiva no es tanto que exista información y consulta, cuanto que ambas sean “eficaces”⁴⁰⁴.

No es el momento de proceder al examen exhaustivo de estas dos definiciones, no obstante, y puesto que ya se examinaron las definiciones previstas en la Directiva 2002/14/CE, conviene al menos destacar qué ha variado de aquellas el legislador español. Destacan dos cambios, el primero de los cuales es el de cambiar el término “representantes de los trabajadores” por el del “comité de empresa”. Tal y como estaba redactado el resto del artículo resultaba obvio que el sujeto explícito en el artículo 64 ET iba a seguir siendo el comité de empresa, sin embargo, pudiera provocar algún problema de legalidad el hecho de que el comité de empresa no es la única forma de representación de los trabajadores en España, habiendo dejado fuera de las definiciones a las demás formas existentes (delegados de personal, representación sindical, etc.). Sin embargo, esta cuestión la estudiaré más a fondo en el apartado dedicado a los sujetos de estos derechos.

La segunda modificación que salta a la vista con respecto al texto de la Directiva es la de añadir al final de la definición de consultas el matiz de que éstas podrán “incluir, en su caso, la emisión de informe previo”. La emisión de informe previo se refiere más a la forma que a la definición nuclear de lo que son las consultas y no se entiende esta inclusión sin el estudio del nuevo artículo 64.6 ET.

En él se define la forma y manera de llevar a cabo tanto la información como la consulta de modo que el contenido de éste epígrafe va de la mano del contenido del segundo párrafo del primer epígrafe del artículo 64 ET. Disponen el artículo 64.6 ET que “La información se deberá facilitar por el empresario al comité de empresa, sin

404 GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. *Una nueva modificación de la legislación laboral para transponer Derecho Comunitario: la Ley 38/2007 y las Directivas 2002/14/CE, sobre información y consulta de los trabajadores, y 2002/74/CE, sobre su protección en caso de insolvencia empresarial*. Relaciones Laborales, nº 7, Abril 2008. Pág. 993.

perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe. (...) La consulta deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa, en un momento y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 4, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones. En todo caso, la consulta deberá permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones”.

A mi modo de ver, las definiciones del artículo 64.1 ET y las concreciones del artículo 64.6 ET deberían ir de la mano puesto que las segundas son una ampliación de las primeras, una concreción de las mismas. Puede afirmarse que, si bien la existencia del artículo 64.6 ET deriva de la transposición de la Directiva 2002/14/CE, el contenido de éste es, en buena parte, original en lo referido a las consultas. No así en cuanto a la información puesto que el primer párrafo del artículo 64.6 ET fue directamente volcado desde la Directiva hasta tal punto que el legislador español ni siquiera cambió “los representantes de los trabajadores” por “el comité de empresa” como lo había hecho para las definiciones y para el resto del artículo 64 ET, quedando el párrafo confeccionado por una introducción redactada en España en la que se habla del comité de empresa: “la información se deberá facilitar por el empresario al comité de empresa...”, y por el resto de la frase tomada literalmente de la Directiva en la que se hace referencia a los representantes de los trabajadores: “...que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado...”. En principio, ha de atribuirse a un olvido del legislador y habrá de determinarse si éste puede producir algún efecto práctico puesto que los representantes de los trabajadores es un concepto más amplio que el del comité de empresa. Sin embargo, aunque la conclusión fuese la de que no exista este efecto, no deja de ser criticable la falta de rigor en la transposición de la Directiva. Por su parte, la concreción que se hace de las consultas en el segundo párrafo del artículo 64.6 ET es mucho más extensa que la de la información e introduce

partes que son de nuevo cuño más allá de las previsiones de la Directiva 2002/14/CE. Estudiaré, no obstante, la redacción del mismo de forma más exhaustiva más adelante al desglosar el artículo 64 ET íntegro puesto que los cambios en este epígrafe son de un calado que su estudio se solaparía con el del precepto completo.

2.3.3. El espíritu de cooperación en el artículo 64 ET

Volviendo al artículo 64.1 ET, su tercer y último párrafo dispone que “en la definición o aplicación de los procedimientos de información y consulta, el empresario y el comité de empresa actuarán con espíritu de cooperación, en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores”. Se ha insertado de esta forma una previsión que recuerda al corporativismo según el cual capital y trabajo han de actuar de la mano colaborando, pero que a la vez reconoce lo obvio: la existencia de intereses diferenciados entre ambos cuya consecuencia no es otra que la constatación de que lo que es un derecho para uno es una obligación para el otro. Del estudio pormenorizado de todo el artículo 64 ET podrá concluirse si esta cláusula cooperacionista conlleva alguna aplicación práctica o si se trata de una mera disposición vacía de contenido jurídico, sin la cual la configuración de la información y consulta en la empresa hubiera dejado intacta su naturaleza y alcance. Baste apuntar de momento que, a simple vista, no parece más que una cláusula genérica que recuerda el deber de buena fe entre las partes.

2.3.4. Nuevas previsiones en cuanto al contenido de la información, consulta y participación en la norma de transposición

El contenido de la información, consulta y participación en la empresa se vio escasamente modificado por la transposición de la nueva Directiva debido a que España ya cumplía casi íntegramente las previsiones de ésta en esta materia. Sin embargo, sí existe alguna nueva disposición de fondo al respecto establecida a raíz de la Ley 38/2007.

El nuevo artículo 64.1 b) ha sido modificado previendo como puntos novedosos que “el comité de empresa tendrá derecho a ser informado trimestralmente sobre la

situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de su actividades, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo”. Se trata de una ampliación de los derechos de información –trimestrales- que incorpora un deber genérico sobre “la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades (...) que tengan repercusión directa en el empleo”. El derecho a la información acerca de la situación económica de la empresa ya estaba contemplado anteriormente mediante la previsión acerca del conocimiento de los documentos contables de la misma, no obstante, lo novedoso en este caso es, en primer lugar, la relación entre la situación económica y la repercusión directa en el empleo. En su transposición, la Ley 38/2007 corrige, sin embargo, a la Directiva y obliga a las empresas a meramente informar, no a consultar, sobre la evolución probable del empleo en la empresa, imponiendo la consulta en este tema sólo “cuando se prevean cambios al respecto”. En nuestra opinión⁴⁰⁵, esta corrección no está justificada. El hecho de que no se prevean cambios acerca de la situación, la estructura o la evolución probable del empleo en la empresa no es motivo suficiente para negar el intercambio de opiniones en que esencialmente consiste la consulta. Nos parece, además, que la Directiva en este aspecto es concluyente, al establecer una separación nítida entre lo meramente informable (lo económico, lo productivo de la empresa: 4.2.a) de la Directiva) y lo consultable (empleo, cambios sustanciales en condiciones de trabajo: 4.2.b), 4.2.c) de la Directiva). En cualquier caso, el tema es menor, dado que por la vía de la consulta sobre la “situación y estructura del empleo”, puede canalizarse el debate acerca de su “evolución probable”.

En segundo lugar, es también novedosa la previsión acerca de la información probable de las actividades, lo cual introduce un deber de información futurible que no reflejan los documentos contables. En tercer lugar, se ha introducido una previsión expresa de que dentro de esta información genérica han de incluirse las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo. Así, es la Ley 38/2007 la primera en introducir previsiones de información a los representantes de los trabajadores en materia medioambiental, aunque dicha previsión no proviene de la Directiva 2002/14/CE sino que es de propia del legislador español. Esta matización no se inspira en la Directiva, sino seguramente en el “Acuerdo Interconfederal para la

405 En opinión de: GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. *Una nueva modificación... op. Cit.*

Negociación Colectiva, 2007”, en que específicamente se contempla “la información a los representantes de los trabajadores sobre actuaciones medioambiental que tengan directa repercusión en el empleo”.⁴⁰⁶

De hecho, el contenido de los derechos introducidos por la Ley 38/2007 tan sólo se vio formalmente incrementado por la nueva redacción del recién mencionado artículo 64.2. b) y por una nueva previsión en el seno del artículo 64.7. c) según la cual el comité de empresa tiene la competencia de colaborar con la dirección de la empresa para conseguir, entre otras cosas, “la sostenibilidad ambiental de la empresa, si así está pactado en los convenios colectivos”.⁴⁰⁷ De esta forma, se vio formalmente incrementado el casi inexistente derecho participativo de colaboración en la novedosa materia medioambiental introducida por la nueva Ley. Y digo formalmente puesto que la coletilla según la cual este derecho será efectivo “si así está establecido en los convenio colectivos” hace de esta nueva disposición algo inocuo sin la cual los convenios hubieran podido actuar de la misma forma, quedando, en la práctica, inalterado el derecho de participación.

Es novedosa también la redacción del epígrafe 5 del nuevo artículo 64 ET. En él se dispone que “El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto. Asimismo, tendrá derecho a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes (la Directiva utiliza el término “sustanciales” que el legislador español ha querido evitar seguramente por recordar demasiado al procedimiento previsto para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 ET) en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Igualmente tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la adopción de eventuales medidas preventivas (cabe interpretar que las medidas preventivas referidas son las que se diseñen con el objetivo de paliar una hipotética evolución probable del

406 GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. *Una nueva modificación... op. Cit.* Pág. 992.

407 La preocupación medioambiental, tanto en orden a la sostenibilidad de la empresa, como a su impacto en el empleo, y la consiguiente cooperación de la representación de los trabajadores, es constante desde el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2005.

empleo que se pronostique negativa⁴⁰⁸), especialmente en caso de riesgo para el empleo (No se trata, por tanto, de medidas preventivas de situaciones de crisis empresarial, sino de medidas preventivas de los efectos en el empleo –en su calidad o cantidad- de cualquier circunstancia económica o vicisitud empresarial⁴⁰⁹)”.

2.3.5. Referencias a la información, consulta y participación más allá del artículo 64 ET

Tan sólo queda hacer mención a los nuevos epígrafes 8 y 9 del artículo 64 introducidos también a raíz de la Ley 38/2007. En ellos se recuerda que la información, consulta y participación no se limita a los supuestos descritos en este artículo sino que tanto en el mismo ET como en otras disposiciones legales existen referencias que desarrollan este tipo de competencias o derechos y a las que habrá que estar si se dan los casos concretos descritos por ellas. En este sentido, el artículo 64.8 ET prevé que “lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones específicas previstas en otros artículos de esta Ley o en otras normas legales o reglamentarias”. Sin ser exhaustivo, cabe destacar que en el propio ET son muchos los artículos entre los que se encuentran referencias a este tipo de derechos o competencias, por ejemplo en los artículos 9, 15, 29, 39, 40, 41, 42, 44, 51, 68 u 82 ET. La norma distinta al ET que más destaca a la hora de regular la información, consulta y participación es, sin lugar a dudas, la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales que les dedica tanto su artículo 18 como todo su Capítulo V en el que se encuentran sus artículos 33 a 40. Durante el análisis en profundidad del artículo 64 ET, y en la medida en que éste se remite a ellas, me detendré en el contenido de estas y otras disposiciones.

Por su parte, el noveno y último epígrafe del artículo 64 ET se refiere al posible desarrollo convencional de lo previsto en este mismo artículo mediante la siguiente fórmula: “Respetando lo establecido legal o reglamentariamente, en los convenios colectivos se podrán establecer disposiciones específicas relativas al contenido y a las modalidades de ejercicio de los derechos de información y consulta previstos en este artículo, así como al nivel de representación más adecuado para ejercerlos”.

408 GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. *Una nueva modificación de... op. Cit.* Pág. 993.

409 *Ibidem.* Pág. 993.

Pese a que la redacción de estos dos epígrafes es novedosa, no pasan de ser dos apuntes meramente informativos puesto que sin ellos no dejaba de ser aplicable lo dispuesto en cuanto a información, consulta y participación en otros artículos del ET o en otras normas, ni dejaba de ser posible un desarrollo mediante los convenios colectivos de lo estipulado legal o reglamentariamente. Muy al contrario, ya existían tanto otros artículos del ET y otras normas reguladoras de este tipo de competencias o derechos, y existía también el mencionado desarrollo convencional aquí descrito.

2.4. Los sujetos de los derechos participativos

Antes de comenzar a escudriñar el contenido de los derechos participativos encontrados principalmente en el artículo 64 ET, es preciso determinar quién o quiénes son los sujetos partícipes de los mismos. Y el tema no es baladí puesto que el estudio no se limita a determinar quién es sujeto de derechos, sino que es necesario hilar más fino y conseguir vislumbrar quien es dicho sujeto y quien, en cambio, es un ejecutor de un derecho ajeno y colectivo, si es ese el caso. Solamente en los artículos 4, 61 y 64 ET el legislador ha utilizado diversas fórmulas para referirse a este o estos sujetos, tales como “los trabajadores” (art. 4 y 61 ET), “el comité de empresa (durante todo el art. 64 ET), “los representantes de los trabajadores (art. 64.6 ET), “el comité” (también en el art. 64.6, que se refiere más adelante al “comité de empresa”), “sus representados” (art. 64.7 e) en referencia a los representados por el comité de empresa, lo cual podría llevar a entender que son los representados los sujetos de derecho mientras que los representantes son los ejecutores de los mismos, receptores de información y emisores de opiniones en las consultas por delegación precisamente de “sus representados”).

Pero la amplitud de los posibles sujetos no acaba ahí, sino que diferentes preceptos del mismo ET atribuyen a otras instancias, cuyo mayor exponente es la representación sindical (art. 41.4 ET), funciones de información, consulta y participación, con lo que este examen deberá intentar abarcar todo el posible espectro de sujetos. En ocasiones el legislador se refiere a “los representantes de los trabajadores” (arts. 39.2 ET, 44.4 ET, 64.6 ET), pero en el art. 82 ET especifica que se trata de los “representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1 ET”. En otras ocasiones el

legislador incluyó la palabra “legales” de forma que en ciertos preceptos dedicados a la información, consulta o participación, el sujeto es “la representación legal de los trabajadores” o “los representantes legales de los trabajadores” (art. 15.4 ET, 40.1 ET, 41.4 ET, 42.4 ET, 51 ET o 68 ET). Además de en el artículo 64 ET, la referencia es al “comité de empresa” en artículos como el 29.4 ET, 41.4 ET, o 68 ET, mientras que en otros preceptos la referencia es al “comité” sin especificar si es “de empresa”, “de centro”, etc. (art. 39.4 ET o 64.6 ET). Tanto al referirse a “comité de empresa” como a “comité” en algunos de los mencionados artículos, se incluye a renglón seguido a los “delegados de personal” (art. 29.4 ET, 41.4 ET, 68 ET), no así en el artículo 64.6 ET.

Finalmente, existen también en el ET varias referencias al trabajador o a los trabajadores como sujetos descritos de diferentes formas, ya he citado la fórmula genérica “los trabajadores” encontrada en los artículo 4 ET, 61 ET, que también existe en el artículo 42.6 ET. También existe una referencia a “el trabajador” en el artículo 40.1 ET y a “sus representados” en el ya comentado artículo 64.7 ET. En esta línea, los artículos 41.4, 51 y 82 ET prevén que los propios trabajadores elijan una comisión en los casos en que carezcan de representación, lo cual parece implicar que son ellos los últimos sujetos de derechos, aunque solamente en estos casos previstos pero no en todos los demás en los que esta previsión es inexistente.

No conforme con ser muy extensa esta lista de nomenclaturas encontrada en un mismo texto legal como es el ET, éstas se entremezclan como ocurre, por ejemplo, en los artículos 41.4 ET o 68 ET, haciendo el estudio de los sujetos de estos derechos todavía más difícil por intrincado. Finalmente, a esta lista habría que añadir el “comité intercentros” (art. 63.3 ET) que podría desarrollar funciones de información, consulta y participación mediante la negociación colectiva, los otros posibles órganos creados por la misma negociación colectiva, o los órganos de índole europea como el comité de empresa europeo o los órganos de representación de las sociedades anónimas o cooperativas europeas.

En primer lugar, se tratará de abarcar el debate acerca de si son los trabajadores en su conjunto los detentores de estos derechos –si es que se trata realmente de derechos-, puesto a simple vista esto es lo que parece por la literalidad de los artículos 4 y 61 ET. Sean ellos o no dichos sujetos de derechos, no cabe duda de que nuestra legislación otorga a los representantes de los trabajadores un papel muy determinante a

este respecto, de forma que el estudio de las diferentes instancias representativas en cuanto a la titularidad de los derechos o, al menos, a la ejecución de los mismos, deberá centrar el debate en segunda instancia.

Además, al debate se une la multiplicidad de órganos de representación de los trabajadores cuyos derechos o competencias se solapan en este sentido, siendo necesario determinar hasta qué punto todos son sujetos y si existen prioridades de los unos sobre los otros a la hora de ejercer las competencias o derechos del artículo 64 ET y de los demás preceptos en los que se encuentran la información, la consulta y la participación obrera. La dualidad de canales de representación –unitaria y sindical– presenta una complejidad característica del sistema español y es origen de múltiples problemas de aplicación a este respecto. La representación unitaria está, a su vez, dividida en diversos posibles órganos o sujetos tales como los delegados de personal, el comité de empresa pero también el comité intercentros o el comité de empresa europeo de origen comunitario. Por su parte, la representación sindical divide sus componentes entre la sección sindical y sus delegados sindicales y se hace necesario determinar sus relaciones y dependencias internas, a la vez que se hace también necesario relacionar a esta representación sindical con la unitaria puesto que ambas, como ya se ha visto en el debate acerca de la libertad sindical, están estrechamente relacionadas y no son independientes como podría parecer a simple vista.

Por otra parte, existen otros órganos de representación de los trabajadores cuyo examen es también obligatorio como puede ser la Comisión de Seguridad e Higiene o los distintos órganos creados por la negociación colectiva y cuya determinación se hace más difícil. Finalmente, conviene detenerme en la comisión mixta paritaria de vigilancia e interpretación del convenio que, pese a tratarse de un órgano mixto –trabajadores y empresarios– que surge de la negociación colectiva, detenta también competencias informativas de interés para este trabajo.

En definitiva, pasar al examen del contenido de la información, consulta y participación sin afrontar previamente el estudio de qué se entiende por “trabajadores” o “representantes de los trabajadores”, sería un error que dejaría incompleto este trabajo. Con todo, no pretendo llevar a cabo una indagación en profundidad de la naturaleza y alcance jurídico de las distintas instancias de representación de los trabajadores o de los niveles de decisión empresarial existentes hoy en día, sino que de

lo que se trata es de relacionar la existencia de los mismos con el ejercicio de la información, consulta y participación como sujetos de derechos, competencias, ejecutores u obligados por los mismos. Consecuentemente, pasaré a detallar los pormenores de este aspecto del trabajo en los casos que pueden darse, y de hecho se dan, en el seno de las empresas que operan en territorio español, aunque no operen solamente bajo los mandamientos de nuestro ordenamiento jurídico.

2.4.1. Los propios trabajadores

El artículo 4.1.g) ET dispone que *los trabajadores* tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de: Información, consulta y participación en la empresa. Por su parte, el Título II del ET tiene por título “De los derechos de representación colectiva y de reunión *de los trabajadores* en la empresa”.

No obstante, según el artículo 61 ET que se encuentra dentro del mismo Título II “*los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación*”. Es decir, que aparentemente los titulares de los mencionados “derechos” son los propios trabajadores, aunque sea mediante los representantes la forma de ejercer dicho derecho. Con todo, antes de concretar los tipos de representantes de los trabajadores y sus implicaciones para con los derechos de información y consulta, es necesario analizar la existencia de mecanismos de participación directa de los que aparentemente se presentan como reales sujetos de derechos: los trabajadores.

Este estudio resulta imprescindible puesto que, por un lado la existencia de representantes no debería separar a los sujetos teóricos de estos derechos de su efectivo control. Precisamente en este sentido el artículo 64.7.e) ET dispone que *el comité de empresa tendrá las competencias de Informar a sus representados en todos los temas y cuestiones señalados en este artículo en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales*. Por otro lado, puesto que en multitud de ocasiones los trabajadores no cuentan con representantes lo que, según el artículo 61 ET podría quebrar con la existencia de los derechos aquí analizados.

2.4.2. La Asamblea⁴¹⁰

La asamblea de trabajadores recogida en los artículos 77 y siguientes del ET es la máxima expresión de la participación obrera directa en la empresa y en el centro de trabajo. Este órgano emana del derecho de reunión reconocido constitucionalmente, no así del derecho de libertad sindical por las razones que aquí se expondrán.

Pese a que en la asamblea participan (o pueden hacerlo) todos los trabajadores de cada empresa o centro, existe una evidente ligazón de este órgano con la representación unitaria de los trabajadores puesto que quién puede convocarla es el comité de empresa o de centro, los delegados de personal que, además habrá de presidir la misma de forma mancomunada durante su desarrollo así como fijar el orden del día a tratar. Por el contrario, la representación sindical no tiene potestad para convocar una asamblea de todos los trabajadores, por lo cual se ha considerado que los ataques a la misma no pueden tratarse como vulneradores de la libertad sindical, sino tan sólo de la libertad de reunión.⁴¹¹

No obstante, también pueden convocar la asamblea un número de trabajadores no inferior al 33 por 100 de la plantilla, con lo que la convocatoria directa es posible más allá de la representación unitaria de los trabajadores que podría tener que aceptar la celebración de la misma ante la petición del mencionado 33 % de la plantilla. En este supuesto asaltan ciertas dudas respecto de la presidencia de la asamblea puesto que el

410 Siendo que en la asamblea los trabajadores ejercen su derecho de reunión pero que dentro de ella fluyen los derechos informativos o incluso consultivos de los trabajadores en la empresa, conviene determinar qué trabajadores pueden participar en ella.

La regulación en cuanto a los participantes en la asamblea es del todo escasa y poco precisa. El artículo 77 ET se refiere a que la asamblea podrá ser convocada (...) por un número de trabajadores no inferior al 33 por 100 de la plantilla. Por su parte, el artículo 80, en cuanto a la adopción de acuerdo, se refiere al conjunto de los trabajadores.

Parece que aquellas categorías de trabajadores que fueron excluidos del derecho a voto en las elecciones sindicales no podrían participar en la asamblea puesto que dicha exclusión se refería a la propia naturaleza de sus relaciones laborales (alta dirección, TRADE, socios cooperativistas), o a que su relación está ya extinguida (prejubilados o despedidos). Así, la principal diferencia en cuanto a las elecciones sindicales estribaría en la inclusión en la asamblea de todos los trabajadores temporales aunque su contrato sea de duración inferior a un año, y también de todos los trabajadores cuyo contrato esté en vigor aunque su antigüedad no alcance el mes necesario para poder participar en las elecciones sindicales.

Precisamente, procede en este punto analizar más en detalle el papel de la asamblea de trabajadores en cuanto a los derechos participativos de los trabajadores ejercidos directamente por estos.

411 Esta diferencia se trata en sentencias como la STSJ de Galicia de 29 de abril de 2005 (EDJ 84492), la STC de 26 de marzo de 2001, la STSJ de Madrid, de 5 de julio de 2004 (EDJ 102271), o la STS de 14 de marzo de 1995.

artículo 77 ET no dispone otra cosa que sean los representantes unitarios los que presidan en todo caso. Así, incluso ante una asamblea convocada ya no sólo sin contar con la representación sino en contra de su voluntad, estos deberían presidirla de todos modos. Desde el punto de vista que aquí incumbe esto puede ser un problema en la medida en que la asamblea haya sido convocada con el fin de recabar información de los representantes a los trabajadores, o con el fin de adoptar acuerdos de base que vayan a influir en las decisiones de los representantes frente al empresario en los supuestos de consultas o participación. En especial, que sean los propios representantes los que presidan incluso cuando se ha convocado contra su voluntad mediante al menos el 33 % de la plantilla, puede suponer un problema cuando lo que se pretenda por parte de los trabajadores convocantes sea acabar con problemas de flujo de información –tanto de arriba abajo como a la inversa-. Aun así, el orden del día es fijado por los convocantes, con lo que aun en la presidencia los representantes deberían pasar por los puntos a tratar en todo caso. La mayor paradoja se produce en los casos en los que en el orden del día se centra en la revocación de los miembros de la representación unitaria puesto que incluso en aquellos casos los mismos presidirán el órgano que puede cesarlos en su cargo.

El problema de la presidencia de la asamblea se circunscribe, pues, a los casos en los que no existen representación unitaria de los trabajadores. En principio, si no existe representación se tratará de empresas pequeñas con menos de 10 trabajadores con lo que la intendencia de una asamblea pudiera no ser ni siquiera necesaria, no obstante existen empresas de mayor tamaño en las cuales no hay representación y en las cuales sería necesario establecer algún mecanismo de votación *ad hoc* para determinar quién presidirá la asamblea.⁴¹²

En cuanto al contenido de las asambleas, los preceptos del ET expresamente dedicados a la misma (art. 77 y ss) no disponen nada al respecto. En la norma, tan sólo se habla de la posibilidad de revocación de los órganos de representación unitaria así como de la promoción de elecciones. Con todo, es obvio que los temas a tratar en una

412 La posibilidad de celebrar una asamblea sin Representantes Legales de los Trabajadores parece aceptada por la STSJ de Cantabria de 26 de abril de 2002 (AS/2002/1547), en la que se confirma la validez de la asamblea realizada sin contar con los RLT –y obviamente, sin contar con ellos para presidir la misma-. Con todo, en este caso y puesto que sí existían RLT, el Tribunal da especial importancia al hecho de que estos hubieran permitido el funcionamiento de la asamblea sin su participación.

asamblea son mucho más extensos que estos dos y que se circunscriben a todo aquello que puede resultar trascendente para los trabajadores o sus intereses.

En lo que aquí incumbe y en referencia al derecho de consulta o de emisión de informe, la asamblea podría tener la posibilidad de aprobar o rechazar el texto que los representantes de los trabajadores presentaran a la empresa en alguno de los supuestos en los que se requiere dicho informe. Podría también aprobarse o no el acuerdo que ponga fin a un periodo de consultas. La cuestión más determinante es si estos supuestos suponen un derecho de los trabajadores, es decir, si los representantes tienen la obligación de someter dichos aspectos a votación. No parece que esta sea la opción por la que optó el legislador, sino que los supuestos en los que es necesario un acuerdo de la asamblea son los expresamente tasados – acuerdo de declaración y desconvocatoria de huelga (art. 3.2 b) Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo), acuerdo de promoción de elecciones (art. 67 ET), acuerdo sobre designación de representantes sindicales legitimados para negociar convenios colectivos que no afecten a la totalidad de los trabajadores (art. 87.1 ET), convocatoria de una reunión del comité de empresa (art. 66.2 ET), revocación del mandato de delegados de personal y de miembros del comité de empresa (art. 67.3 ET).

Por su parte, el artículo 80 ET dispone que *cuando se someta a la asamblea por parte de los convocantes la adopción de acuerdos que afecten al conjunto de los trabajadores, se requerirá para la validez de aquéllos el voto favorable personal, libre, directo y secreto, incluido el voto por correo, de la mitad más uno de los trabajadores de la empresa o centro de trabajo*. Es decir, que para que la asamblea pueda entrar a conocer de algún asunto aparte de los anteriormente mencionados y expresamente previstos por el ET, de requerirán los siguientes requisitos:

1. Que sean los convocantes de la asamblea quienes decidan someter el acuerdo a votación. Lo cual resulta coherente con el hecho de que los convocantes son los que fijan el orden del día y con que tan sólo los asuntos que se encuentren en el orden del día pueden ser tratados en la asamblea.
2. Los acuerdos han de afectar al conjunto de los trabajadores.

3. Para que dichos acuerdos salgan adelante requerirán del voto favorable por mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o centro. Descartando que la mayoría requerida lo sea de entre los presentes en la asamblea.

Habrá que determinar también si en ese caso la votación será vinculante, o si, por el contrario no hay obligación alguna de acatar la decisión de la asamblea sobre una consulta o informe por parte de los representantes unitarios de los trabajadores aunque se hubiera sometido a votación. Tal y como está configurado el derecho de información y consulta en relación con lo previsto en cuanto a la adopción de acuerdos por parte de la asamblea según el artículo 80 ET, cabría concluir que no es preceptivo someter a votación y aprobación de la asamblea cualquier asunto que afecte a los trabajadores como pudiera ser la emisión de informes o acuerdos tras periodos de consultas, sino que tan sólo es una posibilidad de los convocantes de la asamblea. En este punto cabe recordar que la asamblea puede ser convocada por parte de los propios trabajadores, en cuyo caso podrían formar una votación en este sentido sin el beneplácito de los representantes unitarios. Con todo, y si bien no es preceptivo someter todo tipo de acuerdos a votación, una vez se ha decidido someter algún asunto a la voluntad de la asamblea, lo que se determine en ella habrá de entenderse como vinculante en la medida en que el artículo 80 ET se refiere a “adopción de acuerdos” y no a otras formas no vinculantes como pueden ser las consultas –tal y como están previstas cuando son los representantes los consultados por la empresa-.

El Tribunal Supremo en sendas sentencias de 30 de octubre de 2007 y de 21 de febrero de 2012 ha venido a matizar el ámbito de aplicación del artículo 80 ET en el sentido de determinar que el sistema de mayorías en él previsto es tan sólo aplicable a las cuestiones expresamente previstas a tal efecto, mientras que si el objeto de la votación en asamblea es ajeno a estas materias se estará a las mayorías determinadas por quién convoca la mencionada consulta. Así, la Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007 afirma que las rígidas exigencias numéricas y de condiciones de voto que establece el artículo 80 del Estatuto solo están previstas para esos específicos acuerdos vinculantes. Y que fuera de ellos, tales requisitos ya no son exigibles y hay que estar a las condiciones previstas por quienes deciden voluntariamente solicitar que la asamblea se pronuncie sobre la ratificación de lo acordado, salvo, que las partes

hubieran decidido someter la aprobación del acuerdo a los requisitos del artículo 80 del Estatuto de los Trabajadores.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2012 sostiene que al haber optado el legislador por un doble y exclusivo canal de representación, unitaria y sindical, no ha incluido a la asamblea de trabajadores como un tercer canal de representación. Ello se sustrae, según el propio Tribunal, de su propia ubicación legal; pues mientras los primeros, -los representantes unitarios- aparecen regulados en el capítulo Primero del Título II ET, bajo la rúbrica "Del derecho de representación colectiva", la asamblea se disciplina en el Capítulo Segundo del mismo Título como una mera manifestación "Del derecho de reunión". Y lo confirman las innumerables alusiones a "los representantes legales de los trabajadores" que contienen las normas laborales, en expresión referida siempre y exclusivamente a los representantes unitarios y sindicales.

Por otra parte, se añade en la referida sentencia que el artículo 80 ET contiene, en efecto, una norma imperativa en cuanto a los requisitos de participación, mayoría y voto secreto para aprobar los acuerdos que son competencia de la Asamblea. Pero cabe sostener, con la doctrina científica, que los únicos acuerdos de carácter vinculante que le corresponde adoptar a la asamblea con las exigencias del art. 80, son los previstos en los arts. 66.2 (convocatoria de una reunión del comité de empresa) 67.3 (revocación del mandato de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa), 87.1 (designación de la representación sindical para negociar un convenio de franja) del Estatuto de los Trabajadores, y en el art. 2.2 (promoción de elecciones) del Real Decreto 1844/94 de elecciones o órganos de representación de los trabajadores en la empresa; y, en último extremo, aunque es más dudoso, para acordar, con igual carácter, medidas de conflicto colectivo o la conclusión de convenios colectivos extraestatutarios.

De ello se desprende, en palabras del Tribunal, que las rígidas exigencias numéricas y de condiciones de voto que establece el artículo 80 del Estatuto solo están previstas para esos específicos acuerdos vinculantes. Y que fuera de ellos, tales requisitos ya no son exigibles y hay que estar a las condiciones previstas por quienes deciden voluntariamente solicitar que la asamblea se pronuncie sobre la ratificación de lo acordado.

Como vemos, el Tribunal Supremo parece dejar la puerta abierta a que otros asuntos sometidos a la opinión de la asamblea gocen de fuerza vinculante aunque para ser acordados no se sometan a los parámetros del artículo 80 ET.

Por último, sería conveniente determinar si la negociación colectiva puede modificar el régimen jurídico de este derecho y de los sujetos que tienen la última palabra en cada caso. Y en un sentido contrario, la doctrina judicial ha estimado que mediante asambleas no se pueden sustituir otros procedimientos legalmente previstos, habiendo declarado nulo un acuerdo obtenido en asamblea, a propuesta del empresario, sin consentimiento ni negociación previa con el delegado de personal.⁴¹³ Con todo, en el caso mencionado era la voluntad del empresario la que pretendía en un momento determinado saltar a por encima de los representantes unitarios, mientras que si la negociación colectiva mejorara el derecho del conjunto de los trabajadores previsto en el artículo 80 ET mediante la previsión de obligatoriedad de someter a la asamblea algún asunto distinto de los previsto expresamente, se estaría, en mi opinión, respetando la jerarquía normativa y el mínimo de derecho necesario del artículo 80 ET en favor de los intereses del conjunto de los trabajadores.

En cuanto al derecho de información, es este el momento de sacar a relucir lo dispuesto en el artículo 64.7 e) del ET, según el cual: *“Informar a sus representados en todos los temas y cuestiones señalados en este artículo en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales”*. Obviamente, la asamblea es el medio idóneo para llevar a cabo este mandamiento puesto que se trata del momento en que todos los trabajadores se encuentran de cara a sus representantes y dónde puede fluir la información de arriba abajo y de abajo arriba. La información en el seno de la asamblea permite además que se establezca un intercambio de opiniones entre unos y otros llegándose más allá de la mera transmisión informativa unidireccional.

El derecho de los trabajadores a ser informados puede también llevarse a cabo mediante otros métodos, en especial mediante el tablón de anuncios regulado en el artículo 81 ET. Dicho artículo reza de la siguiente manera: *“se pondrá a disposición de los delegados de personal o del comité de empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios*

413 STSJ del País vasco, de 1 de abril de 2008 8(EDJ 70518).

tablones de anuncios”. Por su parte, el artículo 8.2.a) LOLS dispone en referencia a los derechos de los sindicatos que: “Con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al sindicato y a los trabajadores en general, la empresa pondrá a su disposición un tablón de anuncios que deberá situarse en el centro de trabajo y en lugar donde se garantice un adecuado acceso al mismo de los trabajadores”.

No obstante, este tablón es para los representantes de los trabajadores –ya sean sindicales o unitarios- y no de los propios trabajadores y tan sólo permite que los primeros –mediante un uso compartido⁴¹⁴- informen a los segundos sin posible réplica. Además, mientras que la asamblea podría convocarse aunque no existan representantes de los trabajadores o al margen de los mismos⁴¹⁵, cabe la duda de si es posible disponer de un tablón de anuncios si no existen dichos representantes, puesto que el tablón se pone a disposición de los representantes, según la dicción literal del precepto.

De este modo, la asamblea de los trabajadores es un método mucho más eficaz para que los trabajadores se sientan sujetos de unos derechos que, en principio, les son propios, en la medida en que ellos mismos pueden convocarla –aunque no exista representación alguna-, proponer el orden del día, intervenir dando su opinión sobre los distintos asuntos a tratar, etc.

Además, el correo tanto convencional como electrónico, así como distintos soportes informáticos pueden ser utilizados también por los representantes o por los propios trabajadores para hacer fluir la información o incluso un proceso de consulta. Las posibilidades que ofrece hoy por hoy la informática son muy amplias, de modo que baste con hacer mención a su existencia por el momento. En general, y según el Tribunal Constitucional en Sentencia de 94/1995, la empresa debe autorizar otros medios siempre que la fórmula elegida para transmitir información se desarrolle fuera

414 Los tribunales han manifestado que no procede que cada sección disponga en exclusiva de un local pues lo importante es desarrollar en él la actividad sindical (TSJ Cataluña 6-2-95; TSJ Galicia 5-3-99); y ello puede conseguirse aun cuando se comparta su uso, a menos que se pruebe, concluyentemente, que resulta gravoso o imposible llevar a cabo tales actividades (TSJ Castilla y León 18-12-92; TS 29-12-94, EDJ 10065). Este uso compartido puede ser, no sólo con otras secciones, sino también con el comité de empresa (TSJ Cantabria 1-9-95; TS 24-9-96, EDJ 6021).

415 STSJ de Cantabria de 26 de abril de 2002 (AS/2002/1547)

de las horas de trabajo y no perturbe la actividad normal de la empresa, puesto que esta actividad constituye un legítimo ejercicio del derecho fundamental.

2.4.3. Supuestos en los que la ausencia de representantes que requiere la elección de una representación *ad hoc* por parte de los propios trabajadores

El artículo 41 ET referido al procedimiento a seguir en los casos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo recoge en su apartado cuarto una norma excepcional de legitimación negocial en el periodo de consultas para los casos en los que no exista representación de los trabajadores. Dicho epígrafe viene a disponer que en las empresas en las que no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

Este párrafo es de una excepcionalidad e importancia crucial en la configuración de los derechos participativos –y concretamente consultivos- de los trabajadores en la empresa, y lo es por varias razones:

- (i) Es la única previsión respecto a algún tipo de derecho participativo de interacción directa entre empresario y trabajadores que existe en nuestro ordenamiento jurídico en caso de no existir representación de los trabajadores – ya sea por el pequeño tamaño de la empresa o por otra razón-.
- (ii) Si bien no hace participar directamente a los trabajadores en estos casos, sí trata a los mismos como verdadero sujeto de derecho que, ante la falta de representación legal estable, no pierde el derecho de consulta sino que se le ofrecen alternativas para su ejercicio.

- (iii) El legislador ha abierto una puerta mediante la configuración de una representación ad hoc en este caso concreto que fácilmente podría trasladarse a otros ámbitos fuera del de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo mediante el mismo modelo o uno similar.

De hecho, el artículo 44 ET referido a la sucesión de empresa, el artículo 47 ET referido a la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, el artículo 51.2 ET referido a los procedimientos de despido colectivo, y por último el artículo 82.3 ET referido a la negociación colectiva, se remiten expresamente al artículo 41.4 ET para los casos de falta de representación legal y “estable” de los trabajadores.

(iv) Es sorprendente que se haya creado un mecanismo de representación con el fin de poder ejercer un derecho propio de los trabajadores, pero que se haya hecho tan sólo para ciertos aspectos como los mencionados y tan sólo en referencia al derecho de consultas, sin haberlo hecho para el estadio básico de los derechos participativos como es el derecho a la información, que se desvanece en los casos de falta de representantes de los trabajadores, dejando en estado de desinformación permanente a millones de trabajadores de las pequeñas empresas españolas y de algunas de mayor tamaño que carezcan de representación por la razón que fuera.

En cuanto a las reglas de funcionamiento, las comisiones *ad hoc* formadas por tres miembros pueden actuar solas frente al empresario o pueden hacerlo como parte integrante de una comisión representativa de los trabajadores de diversos centros de trabajo. En todo caso, este tipo de comisiones son elegidas para un momento concreto y con un fin concreto y, en este sentido, tanto si sus tres miembros representan a todo el banco social como si forman parte de una comisión más amplia, las decisiones habrán de ser adoptadas por mayoría. Así, con dos votos de los tres la comisión *ad hoc* que actúe sola se podrá adoptar acuerdos. No obstante, y en la medida en que ésta esté subsumida en una comisión más extensa, sus tres miembros podrán votar diferentemente, valiendo sus votos individuales lo que se haya determinado

proporcionalmente al número de trabajadores representados en el momento de la concepción de la comisión representativa correspondiente.

GARRIDO PÉREZ⁴¹⁶ apunta en relación a los expedientes de regulación de empleo, que bajo la situación normativa anterior, los supuestos de empresas o centros sin representación unitaria venían siendo solucionados con la admisión de consultas con los propios trabajadores afectados por el expediente, lo que a su vez daba origen a problemas de determinación de las mayorías decisorias. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremos, de 24 de septiembre de 1986 (RA 4646) declaró contraria a derecho una resolución administrativa un expediente en el que no constó ni la conformidad de los representantes legales de los trabajadores (en el supuestos concreto el delegado de personal había sido revocado) ni la consulta a la totalidad de los trabajadores afectados, al haberse llevado aquella tan sólo con la mayoría de ellos. Igualmente, y de un modo expreso, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 1989 (RA 2876), señalaba que “si no existe representación unitaria se debe obtener el acuerdo o ratificación de todos los afectados”. Quizás, tales problemas procedimentales se hubieran podido obviar de reconocer, en su momento, la presencia de la representación sindical con facultades decisorias reflejadas en un acuerdo o desacuerdo expreso. Así mismo, en el entorno comunitario se prevé, para los casos de ausencia de aquellos representantes, unitarios o sindicales, legitimados para el período de consultas, la posibilidad de llevar a cabo éstas con los trabajadores directamente (Dinamarca) o con representantes elegidos *ad hoc* (Grecia, Portugal y Países Bajos). Excepcionalmente, las regulaciones de Francia y Alemania no exigen las consultas cuando no hay representantes legitimados.

Como decía, la “*comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente*” no son los propios trabajadores, pero su existencia evidencia que en estos casos sí son los trabajadores los verdaderos sujetos de derecho aunque se requiera la creación de una comisión *ad hoc* con el fin de facilitar un procedimiento negociador.

En cuanto a la naturaleza de esta comisión, parece que se trata de un órgano de representación unitaria de los trabajadores puesto que nace de unas elecciones en las que participan todos los trabajadores. En mi opinión, el hecho de que la vida de dicha

416 GARRIDO PÉREZ, E. *La información en... op. Cit.* Pág., 237 y 238.

comisión sea efímera y esté prevista para un momento concreto no desvirtúa su naturaleza de representación legal y unitaria de los trabajadores. Precisamente esta problemática salió a la luz a raíz de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 23 de mayo de 2012⁴¹⁷, en la que se resolvió como adecuada al artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la legitimación activa de la comisión *ad hoc* de un despido colectivo para impugnar el propio despido colectivo. La sala acabó por reconocer que la referencia literal “representantes legales de los trabajadores” no permite inferir, por sí misma, la voluntad excluyente del legislador respecto a la comisión a la que, precisamente, ha querido conferir dicha representación legal –ni que sea *ad hoc*- en el proceso de despido colectivo regulado por el artículo 51 ET.

Resulta evidente que las competencias genéricas otorgadas con carácter de permanencia a los representantes unitarios de los trabajadores –comités y delegados de personal- no serán competencias propias de cada comisión *ad hoc*, en la medida en que este tipo de representación tiene una vocación temporal con un fin concreto, normalmente de una negociación que atañe a determinados derechos de los trabajadores en un momento determinado. Ello se deriva de la propia naturaleza temporal de estas comisiones.

Por el contrario, y precisamente por la naturaleza unitaria de las comisiones *ad hoc*, deberían serles de aplicación las demás previsiones genéricas otorgadas a los representantes unitarios de los trabajadores, como las garantías contenidas en el artículo 68 ET, así como los deberes de sigilo y secreto contenidos en el artículo 65 ET. La finalidad para la cual están previstas tanto las garantías –evitar represalias contra quién ejerce la representación de los intereses obreros frente a la empresa- como los deberes de sigilo y secreto –salvaguardar la no publicidad de ciertos datos o informaciones cuyo conocimiento pudiera dañar a la empresa- hacen que no se entienda la no aplicación de los mismos a los representantes miembros de estas comisiones.

No obstante, las previsiones referidas a los miembros del comité de empresa han sido otorgadas legalmente a los delegados de personal, pero no a los miembros de este

417 STSJ Cataluña, de 23 de mayo de 2012 (AS 2012/1049), comentada por Marín Moral, I. *La legitimación activa de una comisión de trabajadores en la impugnación de un despido colectivo y causas de nulidad*. Aranzadi Social paraf. Num 42/20126/2012. BIB/2012/2900.

tipo de comisiones *ad hoc*⁴¹⁸, con lo que habrá que estar a la interpretación de la jurisprudencia para determinar si garantías y deberes de sigilo y secreto atañen a los miembros de las comisiones *ad hoc*. Y no parece que los tribunales hayan interpretado de un modo extensivo los sujetos provistos de las mencionadas garantías y deberes, puesto que sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 8 de enero de 2013⁴¹⁹ han negado que los miembros de la comisión *ad hoc* puedan acogerse a una de las garantías como es la prioridad de permanencia, argumentando que frente a tal pretensión, el legal representante de la empresa se opuso a la demanda alegando que se habían cumplido los requisitos formales exigidos legalmente, se había notificado a la comisión negociadora y a los trabajadores afectados la decisión de la empresa explicitando las causas, se había negociado en el periodo de consultas de buena fe, sin que pueda admitirse la prioridad de permanencia en la empresa de los miembros de la Comisión *ad hoc* porque no está regulada ninguna garantía específica para los mismos, se ha cumplido la obligación de facilitar información adecuada.

No obstante, siempre podrá alegarse la vulneración de derechos fundamentales si se prueba que el traslado, despido o la medida que corresponda se ha tomado en perjuicio de un miembro de la comisión *ad hoc* precisamente por serlo o haberlo sido. Con todo, hubiera sido preferible que la normativa previera expresamente que los miembros de este tipo de comisiones hubieran sido protegidos por las garantías del artículo 68 ET, así como vinculados por los deberes de sigilo y secreto del artículo 65 ET, para evitar que nuestros tribunales interpretaran del modo restrictivo citado el ámbito personal de dichos preceptos.

Precisamente, el debate acerca de lo que se entiende o no por “representantes legales de los trabajadores” es lo que conviene abordar en este punto, en la medida en que el estudio de los sujetos de los derechos participativos no puede abordarse sin definir ciertos conceptos. Partiendo pues, de que la comisión *ad hoc*⁴²⁰, ha sido

418 El Art. 68 ET comienza por disponer que: “*Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías*”. Por su parte el Art. 65.2 ET dispone que: “*Los miembros del comité de empresa y éste en su conjunto, así como, en su caso, los expertos que les asistan, deberán observar el deber de sigilo con respecto a aquella información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado.*”

419 Sentencia 6/2013 (Rec.73/2012).

aceptada como parte de estos “representantes legales de los trabajadores”, veamos qué otros órganos o sujetos encajan en dicha definición.

2.4.4. Análisis de la expresión representantes “legales” de los trabajadores

Antes de entrar al estudio concreto de las diferentes instancias representativas de los trabajadores, se hace necesario matizar la diferencia –o la ausencia de ella- que conlleva el matiz utilizado unas veces sí y otras no por el legislador, que en unas ocasiones otorga los derechos a “los representantes de los trabajadores” mientras que en otras los otorga a “los representantes *legales* de los trabajadores”. ¿Qué consecuencias prácticas puede conllevar la inclusión de la palabra “legales” dentro de la locución referida? Puesto que parece claro que dentro de “los representantes de los trabajadores” entrarían todos los “representantes *legales* de los trabajadores”, cabe preguntarse si es que en definitiva se trata de dos conceptos que abarcan lo mismo o si existe alguna “representación” que no pueda considerarse “legal” en estos términos y que se vería privada de los derechos participativos en los casos en los que este adjetivo haya sido incluido por el legislador.

En primer lugar, cabría preguntarse si el legislador estaba pensando en que lo que queda fuera de lo “legal” es aquello que es “ilegal”. Estoy pensando en la posible existencia de una representación de los trabajadores surgida de facto o quizá que no hubiera cumplido ciertos requisitos legales. Se trataría del ejemplo de un grupo de trabajadores organizados de hecho pero no de derecho y pretendiendo representar los intereses de sus compañeros trabajadores, o de un sindicato cuyos estatutos no hubieran sido registrados pero que representase el interés de todos o parte de los trabajadores. Pudiera ser el caso de un supuesto comité de empresa surgido de unas elecciones ilegales que no siguieran las normas previstas en el ET, o que hubieran sido declaradas nulas en la instancia que procediera. Obviamente, la seguridad jurídica

420 *Aunque no sin reservas, puesto que la propia autora del artículo aquí mencionado parece admitir como “correcto” el fallo aunque plasma claramente sus dudas en el plano jurídico acerca de la extrapolación del concepto de “representantes legales de los trabajadores” a la comisión ad hoc, incluso afirmando rotundamente lo siguiente: “¿Es la representación elegida para negociar el despido un órgano de representación legal de los trabajadores? Evidentemente no lo es.”*

parece indicar que es evidente que estas instancias representativas, aunque pudieran tener algún peso en otros ámbitos (negociaciones informales para resolver problemas en el seno de una huelga, por ejemplo), no se verían amparadas por los derechos de información, consulta y participación previstos en el ET o otras normas laborales.

En definitiva se trataría de equiparar la palabra “legales” a “ajustadas a derecho”, lo cual resulta innecesario puesto que en un Estado de Derecho lo que queda apartado de éste no puede acogerse a la legalidad vigente. Pero, aun teniendo en cuenta la posible presencia de instancias representativas alejadas de las previsiones normativas como las que he mencionado antes, lo cual podría aconsejar recalcar que las representaciones dotadas de ciertos derechos son las legales y no otras, lo que no se comprendería es que el matiz haya sido incluido unas veces sí y otras no, puesto que éste resultaría necesario –si es que lo fuera- también en los casos regulados en los preceptos en los que los sujetos son “los representantes de los trabajadores”.

Una segunda posibilidad sería la de asimilar el término “legales” a “aquello emanado de una norma con rango de ley”. Esta posibilidad dejaría fuera a las instancias representativas emanadas, por ejemplo, de la negociación colectiva como puede ser el comité intercentros del artículo 63.3 ET. Pese a que esta interpretación podría ser correcta puesto que son dichos representantes –unitarios, sindicales- emanados de normas con rango de ley los que se van a beneficiar de dichos derechos, parece de nuevo innecesario precisar tal apunte. En primer lugar, puesto que un órgano que emana de la negociación colectiva no existe ni tiene competencia alguna antes de que dicha negociación lo cree y le otorgue dichas competencias o derechos. En segundo lugar, puesto que en caso de que la negociación colectiva creara dicho órgano podría perfectamente atribuirle los derechos que el ET reserva a los representantes “legales” de los trabajadores ya que esta previsión no impide que la negociación colectiva lleve a cabo tal atribución. Por último, sigue sin entenderse, en caso de que el legislador pensara en esta posibilidad, cual es la razón de haber incluido el término “legales” en unas ocasiones y en otras no.

Finalmente, cabría plantearse si el término “legales” ha de asimilarse a “aquellos que han conseguido su condición de representantes mediante elección”, es decir a la representación unitaria, dejando fuera por consiguiente a la representación sindical de los trabajadores. Duda, que como es fácil de advertir, representa un “dilema

de mucho cuidado”⁴²¹ En mi opinión ambos tipos de representación deberían estar comprendidas en el términos “legales” puesto que nada indica que la equiparación de esta hipótesis sea la correcta. En cambio, el hecho de que ambas representaciones emanen de normas con rango de Ley (ET y LOLS), es un hecho. Esta afirmación viene reforzada por la previsión expresa del artículo 10.3 LOLS según la cual “Los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán (...) los siguientes derechos a salvo de lo que se pudiera establecer por convenio colectivo: 1. Tener acceso a la misma *información* y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, estando obligados los delegados sindicales a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda. 2. Asistir a las reuniones de los comités de empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, con voz pero sin voto. 3. *Ser oídos* por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos”.

Sin perjuicio de un posterior análisis en profundidad del contenido de este artículo y de su alcance en referencia a los sujetos a los que viene a referirse, puede al menos afirmarse que se han otorgado por Ley, competencias de información y consulta (“ser oídos”) que abundan en la idea de que dentro de los “representantes *legales* de los trabajadores” a los que se otorgan este tipo de derecho en concreto en diferentes artículos el ET, queden comprendidos los representantes sindicales. Esta tesis tiene apoyo en el Acuerdo Marco Interconfederal (AMI) suscrito entre la UGT y la CEOE el 5 de enero de 1980 y en el que las partes firmante *coinciden en que el fortalecimiento de las organizaciones empresariales y sindicales que se deriva de las cláusulas contempladas en este acuerdo es consustancial al objetivo de lograr unas relaciones laborales basadas en las negociación de intereses contrapuestos en un marco de estabilidad y responsabilidad de las partes* (Introducción AMI), se concretan de forma separada cuales son las atribuciones del Comité de Empresa que se promocionan (Apartado XI- “De los sindicatos y de los Comités de Empresa)-, epígrafe B) y que son los que posteriormente pasarán a formar parte del artículo 64 ET, y que son las que se

421 MARTÍN VALVERDE, A. *La ley sobre información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación*. Derecho de los Negocios, 5/1991, Pág. 3.

atribuyen a los Delegados Sindicales (Apartado XI, epígrafe A), afirmándose al respecto que entre tales funciones se incluyen las de tener *acceso a la misma información y documentación que la empresa deba poner a disposición del comité de empresa...* (Apartado XI, epígrafe A, punto 3). Queda así demostrado, no sólo que en tal antecedente de la LOLS ya se equiparaban totalmente las funciones informativas entre ambas representaciones, sino que tal operación se realizaba con tal intensidad y énfasis a favor de los Delegados Sindicales que era necesario apuntar en el propio AMI que no debía entenderse por ello *demérito de las atribuciones conferidas...a los comités de empresa* (Apartado XI epígrafe A, 2º párrafo in fine).⁴²²

Finalmente, y para ahondar en esta tesis, baste recordar lo contenido en el convenio número 135 de la OIT según el cual los representantes sindicales también alcanzan la condición de representantes de los trabajadores de la empresa a todos los efectos, y en consecuencia deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones (art. 3). En definitiva, y en palabras de CASAS “si la fórmula “representantes legales de los trabajadores” compareció en nuestro ordenamiento jurídico laboral con una carga de imprecisión sinónima de indecisión, inquietud e incluso impotencia, en su desarrollo más reciente habría resultado ser perfectamente adecuada, por global y comprensiva, a la expresión del punto de encuentro de unas y otras instituciones de representación”.⁴²³ La propia autora es tajante al afirmar sin más paliativos que “son “representantes legales de los trabajadores” en la empresa o centro de trabajo: los delegados de personal y los Comités de empresa, estos últimos en su triple variedad institucional: comités ordinarios de centro o empresa, conjuntos o intercentros (arts. 62 y 63 ET); y las secciones y los delegados sindicales (arts. 8º y 10 LOLS), tan legales como aquéllos pese a las innovaciones semánticas de la nueva LPL (y al margen ahora el Convenio 135 de la OIT)”.⁴²⁴

Por último, señalar que los sindicatos como tales no forman parte de aquello denominado “representantes de los trabajadores”, y así vino determinado por la

422 Extraído de: PÉREZ AMORÓS, F. *Derechos de información... op. cit.* Pág. 37.

423 CASAS BAAMONDE, M.E. *Los nuevos derechos de información de los representantes de los trabajadores, ¿Qué representantes?* Revista de trabajo nº 100, 1990. Pág. 343.

424 *Ibidem* Pág. 345.

Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 1998⁴²⁵, que resolvió desestimando demanda interpuesta por un sindicato, en la que aducía vulneración de su derecho a la libertad sindical por entender que las empresas codemandadas habían incumplido su obligación de recabar consulta previa al sindicato en el proceso de privatización que había tenido lugar en el seno de dichas entidades. En la medida en que en el convenio aplicable se indica únicamente que la información y consulta de estos casos se dirige a “los representantes de los trabajadores”, la sentencia de instancia había afirmado que los titulares de ese derecho de información y consulta son los representantes unitarios de los trabajadores (artículos 63 y 64 ET) y los delegados sindicales (artículo 10.3.1 LOLS), no extendiéndose a los sindicatos, por lo que, al resultar probado el cumplimiento de la información al comité de empresa y a las secciones sindicales, no se apreció vulneración del derecho de libertad sindical.

2.4.5. La representación unitaria de los trabajadores

Aunque no es este el lugar para realizar un exhaustivo estudio acerca de la representación de los trabajadores en todos sus aspectos, sí es conveniente, al menos, que se expliquen a grandes rasgos su naturaleza, características y funcionamiento, en la medida en que estos tendrán una importancia determinante con respecto a los derechos participativos de los trabajadores.

La representación unitaria de los trabajadores en la empresa es aquella que surge de una elección por parte de todos ellos –con las particularidades anteriormente citadas en este capítulo- y que se erigen en órganos o personas que, con vocación de permanencia, tienen atribuidos ciertos derechos y obligaciones genéricos con la finalidad de defender los derechos de sus representados, con base a la legislación vigente en cada momento.

Esta definición excluye a multitud de figuras representativas de los trabajadores por diversas razones. Así, la representación sindical no surge de una elección de todos los trabajadores, sino que emana de cada sindicato y su finalidad, aunque genérica, se limita en principio a defender a sus afiliados. Tampoco es representación unitaria aquella que no tiene derechos y obligaciones genéricas sino específicas para ciertas

425 TOL46.749

materias, como el Comité de Seguridad y Salud. Por último, dicha comisión, así como otras como la Comisión Mixta paritaria del Convenio Colectivo, es un órgano paritario donde participan tanto representantes de los trabajadores como de los empresarios, con lo que tampoco cumple con el requisito de defender los intereses de los trabajadores exclusivamente, y consecuentemente, de ninguna manera pueden ser consideradas como representaciones unitarias de los trabajadores.

Uno de los rasgos característicos de la representación unitaria es su vocación de defensa de los intereses de todos los trabajadores al margen de su afiliación sindical. En consecuencia, y de la misma forma que ocurre en el ámbito político, el cambio de afiliación sindical no es una de las causas tasadas por las cuales el ET prevé el cese de los representantes unitarios (artículo 67.3 ET). Por consiguiente, tal y como indicó el Tribunal Supremo, el representante tráfuga seguirá, manteniendo su condición aunque abandone el sindicato bajo cuyas siglas fue elegido como tal. Con todo, este cambio no influirá en el porcentaje atribuido a la organización sindical a efectos de fijar su representatividad.⁴²⁶

Así pues, los órganos o personas que conforman la representación unitaria de los trabajadores serían los delegados de personal, los comités de empresa o de centro, el comité intercentros, el comité de empresa europeo y comisiones ad hoc creadas para momentos puntuales en los que no existe una representación unitaria estable.

2.4.4.1. Los delegados de personal

El artículo 62 del ET regula esta figura que podrá existir en un número de entre uno y tres, según el número de trabajadores, en empresas o centros de trabajo de más de 10 y menos de 50 trabajadores, así como en centro de entre 6 y 10 trabajadores si estos así lo deciden por votación mayoritaria. Estos delgados, según el primer párrafo del epígrafe 2 del propio precepto citado, ejercerán mancomunadamente ante el empresario la representación para la que fueron elegidos, y tendrán las mismas competencias establecidas para los comités de empresa.

426 STS, de 1999 (RJ 1999\5788).

En definitiva, en empresas de entre 11 y 49 trabajadores, así como en las de 6 a 10 si estos le deciden por mayoría, la representación unitaria está ejercida por los Delegados de Personal.

El método de elección, como no podía ser de otra manera se lleva a cabo mediante sufragio libre, personal, secreto y directo. En este sentido, serán aplicables las previsiones acerca de las elecciones sindicales contenidas en los artículos 69 y siguientes del propio ET, así como lo previsto en el Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Elecciones de Órganos de Representación de Trabajadores en la Empresa. En este punto, tan sólo resaltaré el hecho de que el procedimiento de elección de los Delegados de Personal y el de los Comités de Empresa es prácticamente idéntico, salvo por algunas especificidades que no desarrollaré en este punto puesto que escapan al objeto de este trabajo.

En cuanto al número de Delegados de Personal, si existen hasta 30 trabajadores habrá un solo Delegado de Personal, mientras que entre 31 y 49 trabajadores habrá 3.

Quizá sea el primer párrafo del epígrafe 2 del artículo 62 ET el que merezca más atención en este punto. Se plantean diversos problemas de funcionamiento cuando existen 3 delegados de personal. El hecho de que los Delegados de personal no formen un órgano, sino que se trate de representantes independientes que ejercen mancomunadamente la representación, supone que el empresario deberá en cada caso informar o consultar a cada uno de ellos, sin perjuicio de que, a la postre, se haya de tener en cuenta la opinión mancomunada de los 3 en los casos en los que se requiera recabar su opinión mediante consultas. Este derecho de información a cada uno de los tres delegados de personal fue así interpretado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla de 5 de julio de 2011⁴²⁷, según la cual se reputó la nulidad de un despido objetivo del cual tan sólo fue informado uno de los tres delegados de personal de la empresa.

Con todo, esta opinión no es unánime y en todo caso dependerá de la forma en la que la información vaya a ser recibida, de modo que si ésta es recibida por escrito, no parece que haya problema en que la entrega se haga a uno de los delegados, pudiendo y debiendo éste derivarla a los otros dos. No obstante, si la información se pone a disposición de los delegados para ser examinada, no parece posible que el empresario

427 AS 2011/2697.

limite este derecho a cualquiera de los delegados alegando que alguno de los otros ya ha accedido a la misma. Lo contrario, vulneraría los principios del derecho a la información del delegado que, únicamente, podría tener un reflejo indirecto e impreciso de ésta, a través de las impresiones de su compañero en la representación.⁴²⁸

Por otro lado, y más referido a las consultas que a la información, cuando se requiera la actuación de los 3 delegados, estos funcionarían por mayorías y no por unanimidad, según dispuso ya el antiguo Tribunal Central del Trabajo, en sentencia de 27 de julio de 1984.⁴²⁹ Esta opinión viene reforzada por el hecho de que la actuación por decisión mayoritaria es la regla fijada para la adopción de acuerdos en materia de negociación colectiva (artículo 87.1 ET), y para el ejercicio de acciones administrativas y judiciales (art. 65.1 ET).

Es decir que en el Estatuto, cuando se indica que la representación se ha de ejercer mancomunadamente, tal vez se ha pretendido significar que los delegados han de concurrir a la realización de las competencias que les son propias. Pero esto no atribuye a esa función colectiva una colegialidad inexistente.⁴³⁰ En este sentido se ha afirmado que el carácter mancomunado atribuido a la representación de los delegados debe llegar a la conclusión de que el empleador no cumple con sus obligaciones legales de informe, consulta, etc., frente a aquellos si no practica su observación respecto de todos, siquiera tenga lugar en momentos cronológicos distintos, siempre, claro está, dentro de lo razonable⁴³¹, o dicho en otras palabras, que el empresario adeudará sus prestaciones frente a todos y cada uno de los delegados, sin que el cumplimiento con

428 PÉREZ CAPITÁN, L. *El derecho a la... op. Cit.* Pág. 2269.

429 Esta doctrina fue corroborada posteriormente por Tribunales como el Superior de justicia de Madrid, de 8 de febrero de 1996 (AS 1996/310), el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, en Sentencia de 26 de enero de 2005 (AS 2005\171), o el tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia de 24 de febrero de 1994 (AS 1994/877), según la cual: *la actuación mancomunadas, que define el art. 62.2) del Estatuto dicho, no significa que para ejercer una pretensión procesal tengan que comparecer todos los delegados de personal a sostenerla, puesto que estos deben actuar conjuntamente y de común acuerdo, pero adaptando la decisión por el sistema de mayorías, ya que, otra solución, conduciría a una posible parálisis de funcionamiento de la representación otorgada, por la oposición de uno solo de los delegados, si se tuviere que seguir la unanimidad en la consecución de acuerdos y decisiones.*

430 CUEVAS LÓPEZ, J. *Estructura y función... op. Cit* pág. 228.

431 VILLA, LE, de la. *La participación de los trabajadores en la empresa.* Instituto de Estudios Económicos. Madrid, 1980. Pág. 162.

uno de ellos le libere frente a los demás.⁴³² Todo ello, sin perjuicio de que uno de ellos pueda ser comisionado por los otros para determinados asuntos.⁴³³

Por último, tan sólo queda añadir que el artículo 62.2 ET dispone que los delegados de personal tendrán las mismas competencias establecidas para los comités de empresa y que observarán las normas que sobre sigilo profesional están establecidas para los miembros de comités de empresa en el artículo 65 de esta Ley. Por lo tanto, en cuanto a competencias y deberes de sigilo y secreto me limitaré a remitirme a lo referente a los comités de empresa.

2.4.4.2. El comité de empresa

El Comité de Empresa es el órgano de representación de los trabajadores por excelencia cuya regulación se encuentra en el artículo 63.1 del Estatuto de los Trabajadores, disponiendo éste que se trata del órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses, constituyéndose en cada centro de trabajo cuyo censo sea de cincuenta o más trabajadores.

La primera apreciación necesaria consiste en el hecho de que, pese a denominarse “de empresa”, este comité es un comité de centro, de modo que las empresas con diversos centros de trabajo contarán con diversos comités “de empresa”, siempre y cuando se cumplan los requisitos en cuanto al número de trabajadores. Así, el comité de empresa será realmente de toda la empresa tan sólo cuando ésta cuente con un único centro de trabajo de 50 o más trabajadores. El ámbito referido al centro de trabajo no ha de limitar los derechos participativos de cada comité a los asuntos que única y exclusivamente afecten al centro al que pertenecen en la medida en que el artículo 64 ET referido a las competencias del comité de empresa se refiere a una información e incluso a unas consultas referidas al ámbito de toda la empresa. Ya el

432 CASAS BAAMONDE, M.E. *Representación unitaria de los trabajadores en la empresa y derechos de comunicación*. Akal, Madrid, 1984, pág. 58.

433 SAN, de 27 de septiembre de 2004 (AS 2004/3161).

primer epígrafe del mencionado precepto viene a establecer que es la empresa el ámbito en el que los derechos de los representantes han de ser ejercidos⁴³⁴.

En este sentido venían pronunciándose nuestros tribunales ya desde los primeros años de vigencia del primer Estatuto de los Trabajadores. Sentencias como la de 31 de enero de 1986 del extinto Tribunal Centros del Trabajo venían a afirmar que existe un evidente interés en el conocimiento e información de la plantilla total a fin de tener una visión global del personal existente en la empresa y no sólo limitada y parcial.

En evidente contradicción entra, no obstante, la mencionada sentencia con la 30 de septiembre de 2008, del propio Tribunal Supremo⁴³⁵, la cual declaró la falta de legitimación activa para la promoción de conflicto colectivo del comité de un centro de trabajo que pretendía recabar información censal, sobre copias básicas de los contratos eventuales, de horas extras y de los TC1 y TC2 también de los demás centros de trabajo de la empresa en los que, además, no existía representación alguna. Evidentemente, negar la posibilidad de emprender acción judicial frente a la negativa empresarial de proporcionar cierta información a un comité de centro es sinónimo de afirmar que dicho comité no tiene derecho a recabar dicha información. De lo contrario se entraría en el absurdo de afirmar formalmente que un derecho existe pero negando su posibilidad de defensa en la práctica una vez éste es negado por la contraparte, en este caso, la empresa.

Excepcionalmente, el artículo 63.2 establece la posibilidad de conformar comités de empresa conjuntos para varios centros, siempre y cuando se den determinadas circunstancias como la existencia de dos o más centros de trabajo en la misma provincia o municipios limítrofes sin alcanzar por separado los mínimos requeridos para la confección de un comité de empresa.

En este sentido, entiende el Tribunal Supremo que “centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores” no incluye a los centros cuyo censo sea de entre 6 y 10 trabajadores, de modo que ha venido a negar la posibilidad de agrupación de centros independientes de entre 6 y 10 trabajadores –consecuentemente

434 *El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo.*

435 RJ 2008/7360

también en los centros de menos de 6 trabajadores- para obtener la elección de un comité de empresa.⁴³⁶ Argumenta el Tribunal que ello supondría un contrasentido con lo dispuesto en el artículo 62.1 ET puesto que según el mismo, aceptar esta posibilidad supondría un absurdo consistente en negar lo menos y admitir lo más.

En mi opinión, ninguna interpretación debería llevar a esta conclusión. La norma es muy clara a este respecto cuando se refiere a centros con menos de 50 trabajadores, además, precisamente obliga a la constitución de un órgano representativo cuando diversos centros pequeños den pie a que más de 50 trabajadores dispersos pero con intereses comunes carezcan de representación. Nada tiene eso que ver con el caso de las microempresas en las que la carencia de representación unitaria o la necesidad de aprobación por mayoría para la existencia de un delegado, viene determinada precisamente por el menor tamaño de cada centro en el que se ha venido a entender que no es necesario que los trabajadores estén representado en todo caso. No es el supuesto de empresas con múltiples microcentros pero que en total emplean a muchos trabajadores, y ello se evidencia en el hecho de que el supuesto enjuiciado en la sentencia citada se refería ni más ni menos que a la empresa El Corte Inglés. En todo caso, este tipo de interpretaciones restrictivas no tendrían ninguna cabida si el sistema no privara o limitara enormemente los derechos colectivos y participativos de los trabajadores en las pequeñas empresas o centros que suponen, además, la gran mayoría de empresas y centros en nuestro país.

En segundo lugar, y a diferencia de lo que ocurre con los delegados de personal, el comité de empresa sí es un órgano a todos los efectos, y como tal habrá de funcionar de forma colegiada y con voz propia. Se trata de un sujeto de derecho que detenta de modo conjunto y colegiado la representación de los trabajadores en el ámbito correspondiente, de manera que el titular de los derechos que a él se concedan es el propio comité y no sus miembros, tal y como se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 1998⁴³⁷. Conviene recordar en este momento lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País vasco, de 6 de septiembre de 2005, que recuerda el carácter colegiado del Comité de Empresa, su personalidad

436 STS, de 7 de febrero de 2012, que reitera doctrina establecida previamente en sentencias de 28 de mayo de 2009 8Rec. 127/2008), o de 20 de febrero de 2008 (Rec. 1/77/2007), entre otras.

437 TOL47.017

jurídica propia y, en consecuencia, concluye que las obligaciones asumidas por el Comité como tal se extienden más allá del mandato de los miembros que lo componen en un momento determinado.

La consecuencia práctica de tratarse de un órgano colegiado es la adopción de acuerdos por mayorías, lo cual se desprende, aunque referido a un asunto muy concreto, del artículo 65.1 ET.

En este sentido se posiciona también la doctrina mayoritaria mediante sentencias como la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 11 de febrero de 2002.⁴³⁸ La formación de la voluntad del propio comité ha de alcanzarse, consecuentemente, en el seno de reuniones en las que todos sus miembros hayan tenido la oportunidad de manifestar su opinión y de votar, en su caso, en el sentido que estimen conveniente, todo ello acreditados mediante las actas de cada reunión. En este sentido, se deberá estar a lo dispuesto en la normativa y las reglas internas de funcionamiento que el propio órgano haya podido aprobar (artículo 66.2 ET), también por decisión mayoritaria y respetando siempre los derechos de sus miembros.

También, destacar que el comité de empresa cuenta con una Presidente y un Secretario (artículo 66.2 ET), de modo que se ha entendido que el Presidente ostenta, en principio, la condición de “órgano de relación externa del comité”, con la finalidad de evitar el tener que tratar con todos los miembros del órgano cada vez, como ocurría con los delegados de personal. Así, se ha mantenido por el propio Tribunal Supremo en sentencias como la de 25 de enero y de 23 de mayo de 1990.⁴³⁹ Además, y siempre que se produzca mediante acuerdo de la mayoría de sus miembros, no existirá impedimento legal alguno para que el propio comité pueda designar a alguno de sus miembros o a varios de ellos como comisionados en determinados asuntos, respetando siempre el principio de proporcionalidad de las opciones sindicales presentes en el Comité⁴⁴⁰, a riesgo de entender lesionada la libertad sindical de alguno de los sindicatos⁴⁴¹. Se ha entendido que el Presidente no tiene por sí mismo capacidad de representación del

438 AS 2002/4014.

439 RJ 1990/213 y RJ 1990/4494.

440 STS, de 6 de abril de 1993 (RJ 1993/2911)

441 STCT, de 20 de mayo de 1985 (RTCT 1985/3627), y de 29 de noviembre de 1985 (RTCT 1985/6677).

comité sin la previa autorización del propio órgano en su conjunto –ni siquiera de una parte de éste- para el caso concreto⁴⁴².

En cuanto al supuesto del examen de la documentación sólo puesta a disposición del comité y no entregada, la doctrina mercantilista se ha pronunciado considerando que el derecho al examen de la documentación no puede ejercerse de modo individual, sino como órgano a través de su presidente. Solución que no puede ser aceptada, debiendo ser el propio comité de empresa el que decida qué miembro o miembros del mismo, sea cuales fuere su número, examinarán la documentación a la cual tiene acceso el comité, sin que se advierta razón alguna para limitar las facultades de autoorganización que posee aquél en esta materia.⁴⁴³

Por último, tan sólo apuntar que el número de miembros del comité de empresa, según el artículo 66.1 ET, oscila entre 5 y 75, según una escala establecido en función del número de trabajadores en el centro.

2.4.4.3. El comité intercentros

El Comité Intercentros es un órgano unitario de representación de los trabajadores que se circunscribe a diferentes centros de trabajo de una misma empresa. Su constitución no es preceptiva, es más, ésta tendrá lugar tan sólo si así se ha dispuesto mediante la negociación colectiva. Este órgano cuya previsión la Ley remite a la autonomía colectiva viene a intentar adecuar la realidad de la dimensión empresarial al interlocutor social de la empresa. No obstante, se ha dejado en manos de la negociación no tan sólo su existencia sino también su funcionamiento y sus competencias, lo cual puede dar pie a numerosos problemas tanto de interpretación como de coordinación con los comités de cada centro.

442 Así se desprende de la STSJ, de Andalucía, Granada, de 27 de enero de 2009 en la cual se declara que: *“No puede otorgarse valor alguno a una decisión adoptada por una parte del comité, reunido en una comisión no creada en forma por decisión de todos sus miembros, ya que de aceptarse implicaría negar a los restantes su derecho a participar en la elaboración de los acuerdos concernientes a las materias que integran su competencia, y como por sí mismo el Presidente no tiene facultades para ejercitar acciones administrativas o judiciales, según anteriormente se ha razonado, se impone la estimación de la excepción procesal de falta de legitimación activa, por falta de representación.”*

443 PÉREZ CAPITÁN, L. *El derecho a la... op. Cit.* Pág. 2269 y 2270.

De esta forma, el artículo 63.3 del Estatuto de los Trabajadores viene a regularlo estableciendo que sólo por convenio colectivo podrá pactarse la constitución y funcionamiento de un Comité Intercentros con un máximo de trece miembros que serán designados de entre los componentes de los distintos comités de centro. Además, es necesario que en la constitución del comité intercentros se guarde la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente. Por último, tales comités intercentros no podrán arrogarse otras funciones que las que expresamente se les conceda en el convenio colectivo en que se acuerde su creación.

De tal redacción se sustraen las siguientes consideraciones:

Sin la preceptiva regulación convencional, no será posible que los trabajadores constituyan un comité intercentros.

Sus miembros serán como máximo 13, siendo nula la cláusula del convenio colectivo que fije un número de miembros superior.⁴⁴⁴

Lo compondrán miembros de los distintos comités de centros, lo cual significa que el comité intercentros no se constituye “en vez de”, sino “además de” los comités de centro existentes. Se trata, pues, de un órgano de representación unitaria derivada o de segundo grado. Así, el simple cambio de afiliación de algún representante resultará intrascendente para la formación del comité intercentros, en el sentido de que ni supone la extinción del mandato, ni afecta a la representación institucional del sindicato al que pertenecía con anterioridad.⁴⁴⁵ A sensu contrario, puede afirmarse que la pérdida de condición de representante unitario en el centro de trabajo correspondiente ha de suponer la pérdida de la condición de miembro del comité intercentros.

Al emanar de los comités de centros, se ha de guardar la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente. Es decir, que la proporcionalidad se prevé desde un punto de vista de siglas sindicales y no tanto de centros de trabajo. Dicha proporcionalidad se ha de guardar con respecto al número de representantes y no al número de votos,⁴⁴⁶ y sin contar aceptar pactos ulteriores

444 STCT, de 9 de abril de 1981 (RTCT 1981/2913).

445 STS, de 7 de mayo de 2007 (2007/5357).

446 Así lo han dispuesto sentencias como la STS de 4 de diciembre de 2000 (8Rec. 4558/1999), de 5 de julio de 2004 (Rec. 79/2003).

modificativos de aquella representatividad inicial⁴⁴⁷. No obstante, al tratarse de un órgano unitario, no es titular del derecho de libertad sindical que ampara sólo la actividad legítima realizada por los sindicatos en representación, defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores.⁴⁴⁸ Además, las reglas de proporcionalidad han de respetarse en la designación de comisiones emanadas del comité intercentros.⁴⁴⁹ Conviene también indicar que pese a referirse a la proporcionalidad con respecto a los sindicatos, también se han de tener en cuenta las listas independientes, pero no se permitirán pactos posteriores entre diferentes listas con el fin de pretender hacer valer una proporcionalidad mayor que no es tal teniendo en cuenta las listas por separado.

Las competencias del comité intercentros serán única y exclusivamente las que el convenio colectivo les haya otorgado, de forma que todo lo que quede excluido de la regulación convencional no corresponderá sino a los comités de centro de los que emana este órgano. Es claro que las competencias atribuidas a los comités de empresa según el artículo 64 del ET son ajenas al comité intercentros, a no ser que se le otorguen convencionalmente.⁴⁵⁰ Con todo, algún pronunciamiento ha permitido una interpretación algo más flexible en este sentido, advirtiendo que en la medida en que el comité intercentros ostenta la legitimación para representar a todos los trabajadores, éste ha de tener la capacidad para negociar un convenio de empresa, aunque no lo disponga expresamente el convenio colectivo del cual emana el propio comité.⁴⁵¹ En este punto, lo más destacable es la posibilidad de que el comité intercentros tenga atribuidas competencias propias de los comités de cada centro. Así, se llegaría a situaciones de duplicidad informativa o en cuanto a consultas que sería difícil evitar en la medida en que es la negociación colectiva la que hubiera otorgado ciertas competencias al comité intercentros y, por tanto, que el empresario alegara una duplicidad de cargas en este sentido no habría de ser tenido en cuenta al haber sido él

447 STS, de 3 de marzo de 2001 (8RJ 2001/8979 y 8980).

448 STS, de 29 de octubre de 2002, Rec. (1244/2001).

449 SAN, de 5 de junio de 1996.

450 STS, de 29 de octubre de 2002 (Rec. 1244/2001) reiterando doctrina ya sentada por las de 2 de enero de 1990, 9 de julio de 1993 (Rec. 1340/1992), 1 de junio de 1996 (Rec. 1568/95) y 25 de octubre de 1999 (Rec. 1385/1999).

451 STS, de 25 de julio de 2000 (RJ 2000/7644), y de 14 de julio de 2000 (RJ /2000/9642).

mismo quién hubiera previamente validado el mencionado sistema de información o consultas. Otra cosa sería que un determinado representante o un determinado comité alegase la falta de conocimiento de cierta información cuando, de hecho, la hubiera tenido como miembro o parte del comité intercentros, lo cual también carecería de sustento. En la práctica sería necesario encontrar fórmulas para agilizar el ejercicio de los derechos participativos en estos casos, pero no podría entenderse conforme a derecho una cláusula convencional según la cual, no tan sólo se otorgasen a los comités intercentros ciertas competencias propias de los comités de centro, sino que además pretendiera transferir dichas competencias, habiéndose vaciado las competencias de los comités de centro y, por lo tanto, habiendo renunciado estos a ciertos derechos irrenunciables. En todo caso, y puesto que la casuística es tan extensa como comités intercentros existen, habrá que estar a cada caso concreto para poder determinar una solución concreta. En la práctica, muchos convenios atribuyen a los comités intercentros mediante una expresión genérica las competencias atribuidas a los comités de empresa o centros y que se circunscriban a todo el ámbito geográfico del comité intercentros. En consecuencia, si por medio del convenio colectivo el comité intercentros aparece configurado como representante de la totalidad de la plantilla de la empresa, no existe medio legal alguno que impida que, como tal, cumpla aquellas funciones que normativamente están atribuidas con carácter general a los representantes de los trabajadores.⁴⁵²

El ámbito de actuación del comité intercentros no viene definido expresamente, aunque de su nombre se constata que ha de aglutinar al menos dos centros de trabajo. Por norma general, dichos centros serán de la misma empresa, con todo, se ha aceptado por Sentencias como la del tribunal Supremos de 27 de abril de 1995 (Rec. 2858/1993), que un comité intercentros se circunscriba a diversas empresas del mismo grupo empresarial en la medida en que el artículo 61 ET prevé la posibilidad de otras formas de participación aparte de las previstas en la ley.

Por último, es preciso determinar cómo se articulan los derechos de información y consulta en el seno del comité intercentros. Pues bien, en la medida en que se trata de

452 Es así como se ha reconocido, por ejemplo, en la STSJ de Madrid, de 11 de noviembre de 1991 (Actualidad Laboral, núm. 17, 1992, ref. 476), recogiendo como hecho probado el acuerdo con el comité intercentros para la modificación de horarios conforme al procedimiento previsto en el artículo 41 ET.

un órgano colegiado, sus decisiones se adoptarán por mayoría, por norma general. No obstante, y en la medida en que se trata de un órgano de creación convencional, es el propio texto del convenio el que deberá definir el funcionamiento (art. 63.3 ET), pudiéndose, en consecuencia, prever la necesidad de mayorías cualificadas en ciertos casos⁴⁵³.

En todo caso, lo habitual es que ante la falta de previsión expresa en algún aspecto del funcionamiento sean aplicables las previsiones propias de un comité de empresa en cuanto a cómo transmitir la información o a cómo articular unas consultas con dicho órgano. Con todo, siempre podrá el convenio colectivo establecer reglas específicas en este sentido con el único límite del respeto a la proporcionalidad de las distintas siglas que componen el comité intercentros.

2.4.4.4. El comité de empresa europeo e implicación de los trabajadores en SAE y SCE

Sin perjuicio de remitirme en este punto a lo mencionado ya en el capítulo relativo a la participación de los trabajadores escala europea, cabe al menos, destacar que la comisión negociadora tendente a la creación de un comité de empresa europeo, adoptará sus acuerdos por mayoría de sus miembros, y podrá elegir un Presidente y establecer un reglamento interno de funcionamiento (art. 11.1 Ley 10/1997). En cuanto al propio comité de empresa europeo, al tratarse de un órgano colegiado, su funcionamiento deberá ser similar al de un comité de empresa o intercentros, es decir, con un tratamiento unitario como órgano y mediante un sistema de mayorías la hora de decidir y adoptar acuerdos. Su composición, en caso de aplicar las normas subsidiarias por falta de acuerdo entre empresa y comisión negociadora será, según el artículo 17 de la Ley 17/1997), establecida por los trabajadores de la empresa o grupo, que además sean representantes en sus respectivos países. Además, los miembros del comité serán elegidos por los representantes de los trabajadores nacionales o en su defecto por el conjunto de los trabajadores de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales.

453 Resulta interesante siquiera mencionar la STS de febrero de 2001 (TOL31.945) en la cual se equipara expresamente un órgano llamado “Coordinadora Sindical Estatal” con un comité intercentros, pese a su distinta denominación.

Por su parte, las Sociedades Anónimas Europeas y Cooperativas Europeas, también prevén la puesta en marcha de un mecanismo negociador previo a la puesta en marcha de mecanismos de implicación de sus trabajadores. Así, sus decisiones se adoptarán por mayoría y tras haber negociado de buena fe y con espíritu colaborador. Sin embargo, cuando la decisión pueda suponer una reducción de los derechos de participación de los trabajadores la decisión deberá ser tomada por mayoría de dos tercios de los miembros de la comisión negociadora, que representen a su vez, al menos, a dos tercios de los trabajadores e incluyan los votos de miembros que representen a trabajadores, al menos, dos Estados miembros (artículo 9.2 Ley 31/2006).

En ese tipo de Sociedades el procedimiento negociador puede acabar, en primer lugar, en un acuerdo que prevea la implantación de un órgano diferenciado que represente a los trabajadores. En este caso, se tratará de un órgano colegiado cuyas normas de funcionamiento habrán de ser similares a las ya enunciadas para otros órganos unitarios. En segundo lugar, se podrá establecer un modelo según el cual los trabajadores estén representados en el órgano de vigilancia o en el de administración de la Sociedad. En este caso, no se trataría de un órgano de representación unitaria de los trabajadores sino de un órgano mixto, con las normas de funcionamiento determinadas en cada caso. Por último, se podrá establecer un sistema que no coincida con ninguno de los dos modelos citados, en cuyo caso, las partes serán las que determinen su funcionamiento.

En caso de no llegar a un acuerdo, se aplicarán las normas subsidiarias de la Directiva 94/45/CE, recogidas en los artículos 14 y siguientes de la Ley 31/2006 española. Según estas normas, se creará un órgano representativo diferenciado al estilo comité de empresa europeo. Dicho órgano estará compuesto por trabajadores de la SE (o SCE) y de sus filiales y establecimientos elegidos o designados por y entre los representantes de los trabajadores o, en su defecto, por el conjunto de los trabajadores, conforme a la legislación o prácticas del Estado en el que la SAE tenga registrada su sede, y siempre respetando la proporcionalidad entre los representantes de cada Estado presentes en el órgano y en el número de empleados que presten servicios en cada territorio. También podrá constituirse un comité restringido de no más de tres miembros.

En definitiva, los órganos de presentación a nivel comunitario presentan más semejanzas con los comités intercentros al tratarse, normalmente, de órganos de segundo grado dónde sus miembros suelen ser representantes en sus respectivos países.

2.4.6. La representación sindical de los trabajadores

En España existe un doble canal de representación de los trabajadores en la empresa en el que se encuentra, junto a la representación unitaria, la representación sindical. En palabras del Tribunal Constitucional⁴⁵⁴ “la acción sindical, entendida en cuanto actividad dirigida a la representación y defensa de los intereses de los trabajadores, puede ser ejercitada, sin entrar ahora en otras posibilidades, tanto por el sindicato, como por el comité de empresa”. Ahora bien, como apunta LUJÁN ALCARAZ⁴⁵⁵, ni ello supone indefinición constitucional, ni implica identidad entre unos sujetos y otros. Primero, apunta el autor, porque sólo el sindicato ha sido constitucionalizado (art. 7 CE); y, segundo, porque el art. 28 CE incorpora como contenido esencial del derecho de libertad sindical la posibilidad de desarrollar la actividad sindical dentro de la empresa. Precisamente por ello, prosigue este autor, el desarrollo legal del modelo de representación ha ido en el sentido de favorecer “la promoción de la representación sindical y, dentro de ella, de las centrales sindicales más representativas”⁴⁵⁶, permitiendo “un notable grado de interacción entre los sindicatos y los órganos de representación unitaria o electiva de los trabajadores” y, como consecuencia, la difuminación de las diferencias relativas a la naturaleza de estos dos tipos de representación y a sus funciones de promoción y defensa de los intereses de los trabajadores⁴⁵⁷. O lo que es lo mismo, la sindicalización del canal unitario.

A diferencia de la representación unitaria, la representación sindical no emana de unas elecciones en las que participe la plantilla de la empresa o centro. Por el contrario, esta representación que estará formada por secciones y delegados sindicales,

454 STC, de 13 de diciembre de 1983 (RTC 1983/118).

455 LUJÁN ALCARAZ, J. *Algunas reflexiones... op. cit.* Pág. 21.

456 SALA FRANCO, T. *La representación de los trabajadores en la empresa.* Relaciones Laborales, 1990-II. Pág. 156-157.

457 STC, de 9 de mayo de 1994 (RTC 1994/134).

emana en cada caso de un sindicato concreto del que depende. Se trata, pues, de la herramienta que tienen los distintos sindicatos de ejercer su derecho a la libertad sindical en el centro de trabajo. Esta representación convive con la representación unitaria, no modo que no son formas alternativas de representación de los trabajadores, sino complementarias. El artículo 5 del Convenio 135 de la OIT prevé que “cuando en una misma empresa existan representantes sindicales y representantes electos, habrán de adoptarse medidas apropiadas, si fuese necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes”. El legislador español, teniendo en cuenta esta redacción, ha regulado los derechos participativos de la representación sindical de un modo secundario mediante remisión a las competencias otorgadas originalmente a la representación unitaria.

Es la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical (LOLS) la que otorga a esta representación sindical, en concreto a los delegados sindicales, ciertos derechos participativos, así, el artículo 10.3 de dicha norma dispone que ⁴⁵⁸los delegados sindicales, en el supuesto de que no formen parte del comité de empresa, tendrán derecho a tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, estando obligados los delegados sindicales a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda. Tendrán también según este precepto a asistir a las reuniones de los comités de empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, con voz pero sin voto. Por último, deberán también ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos.

458 Con carácter general, el TC considera que los derechos reconocidos por los artículo 9 y 10 LOLS en cuanto expresión de tutela legal para otorgar efectividad al derecho fundamental de la libertad sindical, ha de considerarse también como desarrollo del artículo 28.1 CE, por lo que el desconocimiento, la privación o la no tutela de esos derechos por los órganos judiciales puede ser objeto de protección por esta vía de amparo. (Sentencia 61/1989 del Tribunal Constitucional, de 3 de abril, de 1989.

Lo primero que hace la norma es discernir entre los delegados de sindicales que forman parte de la representación unitaria de los que no, de forma que los primeros verán como sus funciones como representantes unitarios absorben las propias de representantes sindicales en lo dispuesto en este precepto⁴⁵⁹. Es respecto a los delegados sindicales que no forman parte de la representación unitaria respecto de los cuales el legislador prevé ciertos derechos de índole participativa.

En cuanto al derecho a la información, el legislador intentó así equiparar hasta cierto punto las competencias en esta materia para los delegados sindicales con respecto a las otorgadas a los representantes unitarios, mediante una remisión expresa a lo que la empresa hubiera puesto a disposición de estos últimos⁴⁶⁰. Cabe indicar que tal y como está redactada la norma, el derecho a recibir información de los delegados sindicales no se limita a lo que ésta expresamente obligue al empresario en este sentido, sino que obliga a éste a informar a los delegados sindicales de todo aquello que haya sido puesto a disposición del comité de empresa. Es decir, que el legislador equiparó a ambos tipos de representantes hasta tal punto de exigir que, en el caso en que el empresario hubiera informado a la representación unitaria de algún aspecto más allá de lo que estrictamente exigiera la ley –o el convenio–, deberá éste poner a disposición de la representación sindical también esa misma información. Interpretarlo de otra manera iría, además, contra lo dispuesto en el anteriormente citado artículo 5 del Convenio 135 OIT. De lo que se trata en definitiva es que no exista ningún agravio comparativo entre ambos tipos de representación, lo cual ha sido corroborado por los Tribunales⁴⁶¹. Además, este derecho se ha considerado como indisponible y, consecuentemente, no restringible mediante la negociación colectiva.⁴⁶² También en sentido contrario, el TSJ de Madrid dispuso en sentencia de 11 de enero de 1994 que “los derechos de información de los

459 Así se expresa en la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 31 de mayo de 2002 (As 2003/1168): “El texto del artículo 10 párrafo 3º de la LOLS es de una claridad meridiana y otorga el referido derecho de información a los delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa pues si ya son miembros de dicho comité les corresponde ese derecho como parte del mismo teniendo ya conocimiento de la información y documentación que solicitan al pertenecer al órgano de representación unitaria.”

460 Se trata de una redacción casi idéntica a la encontrada en la legislación francesa, artículo L-412-17 del Código de Trabajo según el cual “*el delegado sindical, por este carácter es destinatario del las informaciones facilitadas al comité de empresa.*”

461 Entre otras, STSJ de Baleares, de 15 de febrero de 1993 (AS 1993/708), Galicia, 5 de agosto de 1993 (AS 1993/3753), o Andalucía, de 8 de noviembre de 1994 (AS 1994/4503).

462 STSJ de Castilla y León, de 20 de julio de 1993 (AS 1993/3447).

delegados sindicales que no formen parte del comité de empresa no pueden ser superiores a los derechos de información del propio comité”.

Por otra parte, conviene recordar que la información a la que se refiere el artículo 10.3.1º LOLS no se refiere tan sólo a la relativa a los afiliados a la sección sindical en cada caso, sino toda la información recibida por los representantes unitarios sea quien sea a quién venga referida. De lo contrario, el delegado sindical contaría con una información parcial que difícilmente podría servirle para entender todo lo relativo a la empresa en la que sus representados prestan servicios. El argumento es el mismo según el cual los comités de un centro en concreto tienen acceso a información de toda la empresa.

Por otra parte, es obvio que el hecho de que el empresario no pusiera a disposición de la representación unitaria aquello exigido legal o convencionalmente, no obsta a la representación sindical –a los delegados sindicales más bien- a exigir que de ello se les informe, puesto que el derecho del comité, aunque no haya sido respetado, no deja de existir, y con base en el mismo los delegados sindicales pueden siempre exigir el suyo. Es oportuno tener presente que este derecho de información no se sitúa sólo en el cuadro de las fórmulas participativas tradicionales propias de la democracia industrial, sino que va más allá, al configurarse adicionalmente como un derecho instrumental para garantizar la acción sindical en la empresa. Es decir, a los fines de ejercer la función sindical, los Delegados Sindicales se beneficiarán del conocimiento de informaciones y documentos sobre diversas materias concernientes a la actividad de la empresa y de los elementos materiales y personales que la integran.⁴⁶³

Importante es tener en cuenta que los representantes unitarios reciben informaciones derivadas del propio derecho de información, pero también otras veces como información previa necesaria para poder emitir un informe con conocimiento de causa (artículo 64.5 ET). Pues bien, en estos casos resulta interesante ver como ciertos Tribunales, como el TSJ del País Vasco, en sentencia de 16 de enero de 1992⁴⁶⁴, otorgaban a los delegados sindicales la información previa necesaria para la realización del informe pertinente, en una argumentación según la cual pese a no tener derecho a la emisión del propio informe, los delegados sindicales pueden acceder a la

463 MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de... op. cit* Pág. 347.

464 AS 2002/175.

información transmitida con el único fin de emitirlo, todo ello, aunque la facultad de emisión del informe sea, en última instancia tan sólo de los representantes unitarios.

Finalmente, y con respecto a este punto, también se refiere el artículo 10.3.1º LOLS al deber de sigilo de los delegados sindicales, con lo que mediante una interpretación finalista del precepto que comienza por equiparar los derechos de estos con los de los representantes unitarios, no cabe sino determinar que a estos efectos los delegados de personal deberán regirse por lo dispuesto en el artículo 65 ET.

También el artículo 10.3.2º LOLS otorga el derecho a los delegados sindicales a asistir a las reuniones de los comités de empresa y de los órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene o de los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas, con voz pero sin voto. Se trata de un derecho que conjuga la información y la “escucha” en la medida en que permite ser informados de todo lo que se trata en las reuniones de la representación unitaria mediante la simple presentación en las reuniones, y a su vez, permite ser escuchado por ésta mediante la “voz” que da derecho a tomar la palabra en dichas reuniones. La literalidad del precepto ha dado pie a interpretaciones entre las cuales se encuentra la expresada por el TSJ de Cataluña⁴⁶⁵, según el cual no se desprende de este precepto el derecho de los delegados sindicales a asistir a cualquier reunión a celebrar por el comité de empresa u órganos internos de la empresa con independencia de los temas a tratar en las mismas, sino tan sólo y únicamente a aquellas relacionadas con materias de seguridad e higiene en el trabajo. Por el contrario, el propio Tribunal Constitucional ha dejado claro que el derecho de asistencia de los delegados sindicales a ciertas reuniones permite discernir entre 3 tipos de reuniones entre las cuales se encuentran las de los comités de empresa en general por una lado, y las de los órganos específicos en materia de seguridad e higiene, por otro. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de diciembre de 1988 (RTCT1988/632) afirma que el artículo 10.3.2º LOLS está poniendo de manifiesto los representantes de las secciones sindicales están facultados para asistir a las reuniones que celebren esos tres tipos de órganos, a saber: comité de empresa, órganos internos de la empresa en materia de seguridad e higiene y órganos de representación en las Administraciones públicas.

465 STSJ de Cataluña, de 12 de julio de 2000. (LA LEY 143133/2000).

Por el contrario, la misma sentencia declara que no existe un derecho tal en cuanto a la asistencia a las reuniones de los comités intercentros, ni por previsión legal, ni por previsión convencional para el caso enjuiciado. Con todo, la negociación colectiva sí podría haber creado este derecho.

La peculiaridad de este derecho participativo de la representación sindical es que el sujeto pasivo del derecho no es directamente el empresario sino la representación unitaria que deberá permitir el acceso a sus reuniones a personas que no forman parte del órgano y deberá, además, darles la palabra aunque no puedan votar las decisiones en aquel fuero tomadas.

En cuanto a las consultas, el derecho de los delegados sindicales es en este caso distinto, no existiendo una remisión expresa a las competencias de la representación unitaria como ocurre en el caso de los derechos informativos. En este caso, el artículo 10.3 3º tan sólo se limita a otorgar un derecho a ser oídos previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos⁴⁶⁶. No parece que “ser oídos” pueda equipararse a la puesta en marcha de un periodo de consultas tal y como viene determinado en artículos como el 41 o 51 ET. No obstante, en dichos artículos se ha dado una cierta prioridad a las secciones sindicales para formar la comisión representativa, en especial después del Real Decreto Ley, el 11/2013, de 2 de Agosto, “para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social”. Tras dicha reforma, el artículo 41.4 ET (al cual se remiten sucesivamente el artículo 40.2, 57.1, 51.2 y 82.3 ET), establece una clara prioridad hacia la representación sindical⁴⁶⁷.

466 Tal derecho reconocido en el art. 10.3.3 LOLS no supone una discriminación injustificada de los trabajadores no afiliados a un sindicato -o de los que, aun estándolo, no cuentan con Delegado Sindical-, respecto de aquellos que están afiliados y cuentan con Delegado Sindical en la Empresa, ya que el art. 28 de la CE no impide que el legislador atribuya unos derechos a los trabajadores sindicados o que el contenido de los derechos de estos sea diverso al de aquellos que no se sindicquen [STC 68/1982 (RTC 1982\68) y 12/1983 (RTC 1983\12)], y de otro lado, es posible introducir diferencias entre los propios sindicatos para asegurar la efectividad de la propia actividad que a ellos se les encomienda, siempre que las diferencias se introduzcan con arreglo a criterios objetivos [STC 39/1986 (RTC 1986\39)].

467 *“La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados.”*

No obstante, la participación de las secciones sindicales como interlocutoras en los procedimientos colectivos de esta índole queda del todo condicionada a que éstas secciones sean mayoritarias en los comités de empresa, de modo que si no se diera esta circunstancia, el derecho emanado del artículo 10.3.3º LOLS parece quedar un tanto desplazado. No obstante, se había llegado a determinar⁴⁶⁸ anteriormente a la reforma citada, que también existía el derecho de audiencia de los delegados sindicales en relación con las decisiones empresariales a las que se refieren los artículos 40, 41, 47 y 51 ET, siempre que se trate de medidas de afectación general. En este mismo sentido, determinó el Tribunal Supremo⁴⁶⁹ que el derecho de audiencia previa sobre medidas empresariales de carácter colectivo comprende aquellos temas sobre los que el comité debe emitir informe previo recogidos en el antiguo artículo 64.1.3 ET.⁴⁷⁰

Interesante reflexión acerca del quién es el titular del derecho consagrado en este artículo 10.3 LOLS, hace el Tribunal Constitucional⁴⁷¹ determinando que en ningún caso el trabajador beneficiado por el derecho es el titular, sino que lo es el delegado sindical -que puede o no ejercer dicho derecho-, y por ende, el sindicato al que éste pertenece:

En todo caso, se ha argumentado, y no sin razón, que el verdadero sujeto no es siquiera el delegado sino la sección sindical a la cual él pertenece. Cabe siempre

468 STSJ, de 25 de septiembre de 2002 (AS 2002/3201).

469 STS, de 16 de junio de 1988 (RJ 1988/5290).

470 La redacción del antiguo artículo 64.1.3 ET era la siguiente: “*Tres. Emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste sobre las siguientes cuestiones:*

a) Reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquélla.

b) Reducciones de jornada, así como traslado total o parcial de las instalaciones.

c) Planes de formación profesional de la empresa.

d) Implantación o revisión de sistemas de organización y control del trabajo.

e) Estudio de tiempos, establecimientos de sistemas de primas o incentivos y valoración de puestos de trabajo.”

471 STC, de 18 de marzo de 1992, (RTC 1992/30): “*Del análisis del repetido art. 10.3 de la LOLS, en relación con el apartado 3 del mismo, no puede sino concluirse que sólo los delegados sindicales son titulares del derecho consagrado en tal disposición, ya que, a quien le corresponde prestar audiencia es al sindicato -y no al trabajador- quien, además no está obligado a emitir informe alguno, por lo que nos encontramos ante un derecho de la exclusiva titularidad y disponibilidad del sindicato concerniente. De todo lo cual se infiere que únicamente el sindicato, por medio de sus representantes, está legitimado para interponer el recurso de amparo, como consecuencia del presunto incumplimiento del art. 10.3.3 LOLS, en cuanto entidad directamente afectada (art. 46.1 LOTC) por la pretendida vulneración de la libertad sindical y en definitiva, en cuanto titular directo de tal derecho.”*

matizar que será sujeto del derecho en este caso no toda sección sindical, sino tan sólo la que cuente con delegados, sin los cuales el derecho de desvanecerá de la misma forma que lo hacen los derechos participativos de los trabajadores en general cuando estos han de ser ejercidos por la representación unitaria cuando ésta no existe. Existiendo delegado, su sección deberá tener acceso en todo caso al contenido informativo al que, a su vez, haya podido acceder el delegado sindical. No obstante, todo ello como ya se ha dicho, debe venir reglado en los estatutos del propio sindicato sin que quepa en este sentido una injerencia externa que entorpezca la legítima organización sindical su ejercicio cotidiano. En este sentido, cabe citar que dichos estatutos deberán respetar el deber de información activa del sindicato hacia los trabajadores afiliados al mismo, dispuesto en el artículo 8.1.c) LOLS. De este precepto se deriva el deber de transmisión de información del delegado a su sección, es decir, a los trabajadores afiliados al sindicato en el ámbito de la empresa o centro.

2.4.6.1. La sección sindical

Ya en cuanto a la forma que adopta la representación sindical, ésta se presenta bajo la forma de la sección sindical y de los delegados sindicales. Según el artículo 8.1 LOLS “los trabajadores afiliados a un sindicato podrán, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo: a) Constituir secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los Estatus del Sindicato”. En consecuencia, cualquier sindicato que cuente al menos con un trabajador en la empresa o centro podrá constituir, si sus propios estatutos así lo contemplan, una sección sindical. No existe más requisito que ese, de modo que la sección existirá independientemente de la mayor o menor implantación del sindicato en la empresa siempre que haya un trabajador que la sustente.

En cuanto al ámbito físico, la norma deja libertad a los sindicatos de implantar una sección en centro o en empresa, sin obligación de ceñirse al ámbito en que se haya podido constituir la o las distintas representaciones unitarias. Será relevante en este sentido, determinar si cabría solapar secciones en centros y en empresa, puesto que esta circunstancia podría influir en la elección de los delegados sindicales, como se verá más adelante. Parece, no obstante, que el Tribunal Supremo⁴⁷², tras cambio de doctrina,

472 STS de 21 de noviembre de 1994 (RJ 1994/9227), seguida por STS de 10 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9545) y STS de 20 de julio de 2000 (RJ 2000/7190), entre otras.

acabó determinando la necesidad de vincular las exigencias legales para la designación de delegados sindicales establecidas en la LOLS a los criterios y modos de participar de los trabajadores en la empresa, en referencia a las instancias representativas unitarias. De esta forma, la supuesta libertad de ámbito que se desprende de la redacción del artículo 8.1 de la LOLS ha sido encorsetada por el Alto Tribunal, que ha antepuesto un criterio funcional para adecuar una y otra representación, a un criterio más liberal que permitiera al sindicato establecer el ámbito de sus secciones y, por consiguiente, de sus delegados.

Esencial para el funcionamiento de la sección sindical es su derecho de reunión regulado en el artículo 8.1 b) LOLS, que forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical, y que ha sido diferenciado del genérico derecho de reunión reconocido en el artículo 21 de la CE.⁴⁷³ También es necesario diferenciarlo de las asambleas de trabajadores en las que participa toda la plantilla de la empresa en los términos ya citado, puesto que las reuniones sindicales son asunto interno del sindicato y de la sección, participando en ellas tan sólo sus miembros.

2.4.6.2. Los delegados sindicales

Conforme a la doctrina del TC, el derecho que tienen determinadas secciones sindicales de empresa a estar representadas por delegados sindicales, con las competencias y garantías del artículo 10.3 LOLS, aunque “no integra el contenido esencial del derecho de libertad sindical, sí forma parte del aquel contenido adicional, de forma tal que el derecho de libertad sindical consagrado constitucionalmente incluye el reconocimiento de una serie de garantías y facilidades para el eficaz ejercicio de sus funciones por parte de los representantes sindicales en la empresa”.⁴⁷⁴

Los delegados sindicales, emanados de las secciones sindicales en los casos indicados legalmente, son los sujetos a los que realmente se les ha otorgado ciertos derechos participativos más concretos y extensos. Recordemos que el artículo 10.3 LOLS antes mencionado, otorga los derechos participativos citados a los delegados, no a las secciones en todo caso.

473 STC 91/83, de 7 de noviembre de 1983, o STC 168/1996, de 10 de octubre de 1996, entre otras.

474 STC 269/2000, de 13 de noviembre de 2000.

En primer lugar, es destacable que si la figura del delegado sindical es a la que la Ley otorga ciertos derechos, participativos entre otros, ha sido propio Tribunal Constitucional⁴⁷⁵ el que ha admitido la posibilidad de que cualquier sección sindical, aunque no alcance los parámetros necesarios para contar con delegado, pueda nombrar o elegir a sus propios representantes o portavoces permanentes y que estos actúen en representación de sus afiliados. Lo que ocurre es que el empresario no estará obligado a tratarlos como delegados sindicales a los efectos de lo dispuesto en la LOLS, concretamente en su artículo 10.3⁴⁷⁶, aunque el propio TC ha determinado que el hecho de no ser delegado sindical de los regulados en el artículo 10.3 LOLS, no le privaría de la necesaria garantía de indemnidad con ocasión de sus funciones sindicales ordinarias.⁴⁷⁷ Es decir, que en palabras del propio TC “concorre una interdicción de obstaculización y sanción de la actuación del delegado sindical que intervenga en un ejercicio regular de su función representativa de la organización”.

Dispone el artículo 10.1 LOLS en cuanto a los requisitos para la elección de delegados sindicales, que en las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores, cualquiera que sea la clase de su contrato, las Secciones Sindicales que puedan constituirse por los trabajadores afiliados a los sindicatos con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas estarán representadas, a todos los efectos, por delegados sindicales elegidos por y entre sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo.

Es importante destacar que en empresas con varios centros de trabajo en las que exista una representación unitaria por centros, debe estudiarse centro por centro si pueden existir o no delegados sindicales de cada centros, dejando de lado la circunstancia de que la sección sindical representable por dichos delegados pudiera estar constituida globalmente para toda la empresa por encima de los concretos centros de trabajo⁴⁷⁸.

475 STS, de 10 de mayo de 1989 (RTC 1989/84), de 20 de octubre de 1992 (RTC 1992/173), y de 10 de octubre de 1993 (RTC 1993/292).

476 Así ocurre en la STS de 5 de febrero de 2001 (TOL31.945).

477 STC 201/1996, de 8 de noviembre de 1996.

Si para que exista representación unitaria la empresa o centro ha de tener al menos 10 (o 6 por acuerdo) trabajadores –dejando así fuera del ámbito representativo a millones de trabajadores en todo el Estado español-, para la existencia de representación unitaria mediante delegados, dicha empresa o centro ha de contar ni más ni menos que no 250 trabajadores. Además, y por si esto no fuera suficiente, tan sólo tendrán delegados sindicales aquellas secciones que hayan conseguido presencia en el comité de empresa, demostrando una vez más la ligazón entre ambos tipos de representación.⁴⁷⁹ Frente a estos requisitos leoninos, el hecho de que sean los delegados sindicales y no las secciones los que gozan de ciertos derechos participativos conlleva implicaciones del todo gravosas entre los distintos sindicatos. Esto va a significar en última instancia el otorgamiento a determinados sindicatos de medios instrumentales de los que no van a gozar en paridad aquellos otros que no cumplan la exigencia de representatividad en los órganos unitarios, lo que se traduce sin duda en un plus de acción sindical que posibilita la creación y el mantenimiento de una relación externa con el empresario, nutrida básicamente por esos poderes de información que éste debe satisfacer, constituyendo elementos fundamentales de programación y actividad sindical.⁴⁸⁰ Ciertamente no carecería de virtualidad práctica el reconocimiento legal – por lo demás posible y frecuente en la negociación colectiva- de derechos de información a las secciones sindicales, porque la inclusión de las secciones sindicales tendría la ventaja de extender los derechos sindicales de información a las pequeñas empresas, muchas de las cuales no alcanzan a conseguir el umbral necesario para la elección de órganos de representación unitaria y tampoco lógicamente para cumplir los

478 Así lo expresa DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M. *Reuniones de comités de empresa y asistencia de delegados sindicales en empresas de varios centros*. Aranzadi Social, Vol. 22, 2010, a propósito de la STSJ de Galicia, de 22 de octubre de 2009 (AS 2009/2604). Además, dicha sentencia deja claro que aunque las “delegadas sindicales” hubieran venido gozando de un derecho como tales anteriormente, al no existir los requisitos de la LOLS para que dicho derecho existiera realmente, no hay obstáculo alguno para denegarlo posteriormente, no existiendo ninguna consolidación del mismo.

479 En este sentido y ligado al criterio del TS según el cual el ámbito de la representación sindical ha de coincidir con el de la representación unitaria, el Alto Tribunal ha avalado la posibilidad de elección de un delegado sindical en una empresa con diversos centros de trabajo en los cuales se constituyó un comité conjunto al sumar entre todos los centros más de 250 trabajadores. STS, de 24 de noviembre de 2009 (RJ 2009/8018), y STS, de 30 abril 2012 (RJ 2012/6090).

480 GARRIDO PÉREZ, E. *La información en... op. Cit.* Pág. 119.

requisitos requeridos en la LOLS para la elección de Delegados sindicales, pero sí para la constitución de tales representaciones sindicales.⁴⁸¹

En cuanto al número de delegados sindicales a elegir, éste viene determinado en el artículo 10.2 LOLS según una escala que oscila entre uno en empresas o centros de entre 250 y 750 trabajadores, hasta cuatro en empresas de más de 5.000 trabajadores; estableciendo además que las secciones sindicales de aquellos sindicatos que no hayan obtenido el 10 por 100 de los votos estarán representadas por un solo delegado sindical.

Como no podría ser de otra manera, la negociación colectiva podrá ampliar el número de representantes sindicales establecida en esta escala, posibilidad que es admitida por el propio artículo 10.2 LOLS siempre que haya acuerdo o se establezca mediante negociación colectiva.

Se refiere el precepto a ampliar el número dentro de la escala establecida. Parece que el legislador da pie a que se aumente el número de delegados a elegir en cada tramo, pero no parece que de la literalidad del precepto se desprenda el derecho de alterar los tramos pudiendo otorgar un derecho a elección de un delegado sindical en empresas o centros de menos de 250 trabajadores. Con todo, cabe plantearse si la propia negociación colectiva no podría cambiar la propia escala más allá de lo dispuesto en el precepto y simplemente con base en la autonomía colectiva y la legitimación otorgada a las partes negociadoras por el propio ET.

Finalmente, en cuanto al funcionamiento de la transmisión de información a los delegados sindicales, parece que, en principio es necesario informar a todos y cada uno de ellos al no formar entre sí ningún órgano colegiado. Con todo, nada impide, que las propias normas de cada sindicato establezcan el funcionamiento según el cual la información haya de ser transmitida a uno de ellos y que posteriormente remitirá a los demás. Además, y siempre entre delegados del mismo sindicato, se ha afirmado que a diferencia de lo que ocurre con los delegados de personal, al pertenecer a un mismo sindicato se podría abrir una importante y sólida línea argumental que permitiera afirmar que el empresario cumple con su obligación de entregar cierta información haciéndolo a uno de los Delegados Sindicales.⁴⁸²

481 MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de... op. cit* Pág.348.

Se ha determinado por nuestros tribunales⁴⁸³ que la revocación del mandato del delegado sindical corresponde a la sección sindical a la cual el mismo pertenece y la cual lo eligió en su momento, pero no corresponde al propio sindicato ni a sus cargos.

2.4.7. La representación específica en materia de prevención

En materia de prevención de riesgos laborales, los órganos y las competencias de control y participación de los representantes de los trabajadores han sido dotados de una especificidad propia por el legislador. La importancia de esta materia que influirá en la integridad física de los trabajadores, ha dado lugar a unas previsiones específicas que hacen perceptiva la existencia de delegados de prevención y de comités de seguridad y salud en ciertos casos y según las escalas previstas en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Sin ánimo de entrar en este punto en el contenido de las competencias de estas instancias, sí es momento de estudiar su composición y funcionamiento.

2.4.7.1. Delegados de Prevención

Según la literalidad del artículo 35 LPRL, *“los Delegados de Prevención son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo”*. A continuación, el segundo epígrafe del mismo precepto dispone que estos delegados de prevención *“serán designados por y entre los representantes del personal con arreglo a una escala que oscila entre dos miembros cuando haya entre 50 y 100 trabajadores, y 8 miembros cuando haya más de 4.000 trabajadores. Además, establece la norma que en las empresas de hasta treinta trabajadores el Delegado de Prevención será el Delegado de Personal. En las empresas de treinta y uno a cuarenta y nueve trabajadores habrá un Delegado de Prevención que será elegido por y entre los Delegados de Personal.*

Conviene apuntar lo desafortunado de la redacción del último párrafo citado por cuanto se refiere a “las empresas de hasta 30 trabajadores” disponiendo que en las

482 ESCUDERO, R. *La Ley de derechos de información: una Ley a medio camino*. Relaciones Laborales, 7/1991. Pág. 74.

483 STSJ de Extremadura, de 8 de octubre de 2002. (AS 2002/4046).

mismas el delegado de prevención sea el delegado de personal. No obstante, como ya se ha dicho, no todas las empresa de “hasta 30 trabajadores” cuentan con delegado de personal en la medida en que las empresas de menos de 10 trabajadores (o menos de 6 si no hay acuerdo) carecen de representantes unitarios. Consecuentemente, y atendiendo a una interpretación finalista, parece que la intención del legislador era referirse tan sólo a la existencia de delegados de prevención en las empresas de entre 10 (o 6) trabajadores y 30 trabajadores, pero no a todas las empresas de hasta 30 trabajadores. De nuevo, y ahora en materia de prevención de riesgos, garante de la integridad física de las personas, los trabajadores de las microempresas carecen de representación que vele por sus intereses. Si bien el legislador no fue explícito en cuanto a este asunto en el artículo mencionado, sí lo fue en el párrafo segundo del artículo 34 LPRL, según el cual: *“En las empresas o centros de trabajo que cuenten con seis o más trabajadores, la participación de estos se canalizará a través de sus representantes y de la representación especializada que se regula en este capítulo”*.

Especial importancia se ha dado en este punto a la negociación colectiva que puede, según el artículo 35.4 LPRL establecer otros sistemas de designación de los Delegados de Prevención, siempre que se garantice que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal o a los propios trabajadores. También aquí, la literalidad del precepto parece determinar que la facultad consiste en modificar el sistema de designación, pero no la escala que determina cuántos delegados corresponde elegir en cada caso. No obstante, el propio Tribunal Supremo parece aceptar la modificación también del número de representantes afirmando que: *“debe entenderse que se refiere no solo al número de Delegados de Prevención que se establecen en el nº 2 de dicho artículo en relación con el número de trabajadores de cada centro de trabajo, sino también...”*⁴⁸⁴

También se permite a la negociación la creación de órganos específicos que absorban las competencias de los delegados. Así, el artículo 35.4 LPRL, dispone en su segundo párrafo que *“podrá acordarse que las competencias reconocidas en esta Ley a los Delegados de Prevención sean ejercidas por órganos específicos creados en el propio convenio o en los acuerdos citados”*. Estos órganos específicos no se corresponden con la creación de un Comité de Seguridad y Salud que es un órgano

484 Por todas STS 20-02-2008, RJ 2008\1901 y 28-05-2009, ROJ 5325/2009.

mixto, sino que se refieren más bien a la creación un órgano colegiado compuesto tan sólo por la representación específica de los trabajadores en esta materia. Además, la creación de estos órganos es potestativa pero no obligatoria⁴⁸⁵.

Precisamente en este punto conviene entrar a valorar el funcionamiento tanto de los Delegados como de estos órganos de creación convencional. Así, mientras que los Delegados de Prevención son representantes específicos autónomos, la creación de un órgano parece obedecer a la existencia de un conjunto de representantes específicos que hayan de actuar colegiadamente como un solo ente. Las diferencias de funcionamiento serán, en cada caso, las mismas que ya se han detallado en cuanto a Delegados de Personal y Comités de Empresa. De esta forma, mientras que cada uno de los Delegados de Personal deberá ejercitar sus derechos pudiendo obligar al empresario a informarle o consultarle pese a haberlo hecho ya con otro y otros Delegados, en el caso de la existencia de un órgano específico creado convencionalmente, será el órgano quien cree a sus representante y ante el cual, como ente único, deba responder el empresario. Con todo, y en la medida en que este tipo de órganos son de creación convencional, su funcionamiento concreto será el que en cada caso de haya negociado, de la misma forma que ocurre en los comités intercentros.

2.4.7.2. Comité de Seguridad y Salud

Es el artículo 38 LPRL el que regula la formación y composición del Comité de Seguridad y Salud. Según el mismo el Comité de Seguridad y Salud es el órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos. En cuanto a cuándo es necesaria su existencia, dispone la norma que éste e constituirá un en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores. Su composición mixta consiste en los Delegados de Prevención, de una parte, y el empresario y/o sus representantes en número igual al de los Delegados de Prevención, de la otra.

485 *“no puede sostenerse, como afirma la parte recurrente, una aplicación automática en virtud de la cual en donde exista un comité de empresa deberá haber necesariamente un Comité de Seguridad y Salud, pues el régimen establecido en el art. 63 del ET (RCL 1995, 997) para los órganos unitarios de representación no establece una excepción similar en favor de la negociación colectiva como la que se contiene en el art. 35.4 de la LPRL.” [STS 22-12-08 (RJ 2009/1025)].*”

Además, se establece una participación limitada de otros sujetos puesto que en las reuniones de este órgano participarán, con voz pero sin voto, los Delegados Sindicales y los responsables técnicos de la prevención en la empresa que no estén incluidos en la composición a la que se refiere el párrafo anterior. En las mismas condiciones podrán participar trabajadores de la empresa que cuenten con una especial cualificación o información respecto de concretas cuestiones que se debatan en este órgano y técnicos en prevención ajenos a la empresa, siempre que así lo solicite alguna de las representaciones en el Comité. La periodicidad de sus reuniones será trimestral, siempre que lo solicite alguna de las representaciones en el mismo. Además, el Comité adoptará sus propias normas de funcionamiento. Por último, cabe la existencia de un Comité de Seguridad y Salud Intercentros en las empresas que cuenten con varios centros de trabajo dotados de Comité de Seguridad y Salud.

Se trata, pues, de un órgano paritario y que tan sólo deberá constituirse en empresas o centros de más de 50 trabajadores, es decir, que no está compuesto tan sólo por miembros de la representación de los trabajadores sino también por la propia empresa. El legislador trató en este caso, a diferencia de lo que ocurre con la representación genérica de los trabajadores, dotar a empresas y trabajadores de un órgano mixto donde los intereses de ambas partes se vieran forzados a convivir en pro de dar mejores soluciones a los asuntos relativos a la prevención de riesgos laborales. Ello no quiere decir que fuera de este órgano no exista una actividad autónoma de los representantes de los trabajadores en esta materia, puesto que los Delegados de Prevención –miembros de éste Comité- seguirán disfrutando de sus competencias propias paralelamente a su participación en el órgano aquí citado.

En segundo lugar, se trata de un órgano colegiado, de modo que las competencias a éste atribuidas en el artículo 39 LPRL lo serán al órgano en su conjunto y no cada uno de sus miembros de forma individual. En este punto surge un problema añadido que no encuentran los órganos de formación únicamente social, y es que al existir dos bancos dentro del mismo órgano, las funciones de representación del mismo no serán por lo general delegadas en una persona que forzosamente pertenecerá a uno u otro banco. Aquí, el legislador consciente de la complejidad de delimitar unas normas de funcionamiento para un órgano mixto, determinó que “el Comité adoptará sus propias normas de funcionamiento”. Cabe también destacar que ha dispuesto el

Tribunal Supremo⁴⁸⁶ que su composición no está sujeta a las reglas de proporcionalidad que afectan a otros órganos de representación.

En la práctica, el órgano no será sino la forma de forzar a sentarse en la misma mesa a dos partes –que no órganos- con intereses contrapuestos en muchas ocasiones, como son los trabajadores y la empresa. Se establece así una manera de forzar una reunión –en este caso trimestral- con la otra parte sin que sea necesario que haya ocurrido ninguna eventualidad, como ocurre en las consultas en diferentes casos como despidos colectivos, modificaciones sustanciales, etc. En definitiva, una de las partes podrá así forzar a la otra a sentarse, escucharla y debatir los temas propuestos, lo cual no es sino un derecho participativo de la parte social frente al empresario con una forma específica diferente a las consultas ya mencionadas.

Por último, mencionar que las empresas que cuenten con varios centros de trabajo dotados de Comité de Seguridad y Salud podrán acordar con sus trabajadores la creación de un Comité Intercentros, con las funciones que el acuerdo le atribuya. En este caso, y a diferencia de lo que ocurre con el comité intercentros genérico, no queda del todo nítido si la constitución de este comité intercentros de seguridad y salud haya de formarse además o en vez de los comités de seguridad y salud de cada centro. Ha sido el Tribunal Supremo el que ha determinado que se trata de un “en vez de” puesto que el Alto Tribunal, con base en lo dispuesto en el artículo 35.4 LPRL, es de la opinión de que la sustitución de los comités de seguridad y salud en centros de trabajo de 50 o más trabajadores, previstos en la LPRL, por un comité de salud único, sólo es posible si dicha alternativa vienen contemplada en un convenio colectivo estatutario.⁴⁸⁷ En cuanto al hecho de que tan sólo sea la negociación estatutaria la que sea capaz de llevar a cabo esta sustitución, la razón esgrimida por el TS es que existen determinadas

486 STS, de 30 de abril de 2001 en Unificación de Doctrina (RJ 2001/4618): “*«no hay que olvidar que el artículo 35.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales autoriza que por la vía del Convenio Colectivo puedan establecerse otros sistemas de designación de los delegados de prevención. Y a su vez, el artículo 38 siguiente mantiene el carácter paritario y abierto del Comité de Seguridad y Salud, dando entrada en sus reuniones bien que con voz pero sin voto, a los Delegados Sindicales, a los responsables técnicos de la prevención de la empresa, a los trabajadores que cuenten con especial modificación en las cuestiones tratadas e, incluso, a técnicos de prevención ajenos a la empresa si lo solicita alguna de las representaciones en el comité».* Carecen los Comités referidos de capacidad negociadora, siendo sus funciones técnicas y de asesoramiento y consulta, como se desprende de los argumentos expuestos. Por ello la exclusión de un sindicato de su seno no atenta contra la libertad sindical.”

487 STS de 25 de julio de 2013 (RJ\2013\7230).

materias que por su naturaleza tienen un alcance general y requieren un efecto normativo que rebasa la capacidad de la negociación extraestatutaria⁴⁸⁸ porque en estas materias la regulación pretendida no se va a limitar a disciplinar las condiciones de trabajo de unos trabajadores individualmente considerados, sino que a través de la organización de la acción preventiva en la empresa afectan a todos y requieren una regulación uniforme, y " en ese sentido ha de entenderse la referencia al convenio colectivo y a los acuerdos de la empresa con los representantes de los trabajadores, pues en ambos supuestos quienes pactan lo hacen en su calidad de empresarios, de una parte, y de representantes legales o sindicales de los trabajadores, de otra, con la finalidad de que los acuerdos que alcancen afecten a todos los representados en el ámbito correspondiente y a quienes en el futuro accedan al mismo.

2.4.8. La comisión mixta paritaria de vigilancia e interpretación del convenio

Procede también hacer mención a la Comisión Mixta Paritaria del Convenio Colectivo. Se trata de un órgano cuya regulación legal viene determinada en los artículos 85.3 e) y 91.1 del Estatuto de los Trabajadores, estableciendo el primero de ellos que su existencia forma parte del contenido mínimo de los convenios colectivos. Sus funciones serán las entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el

488 Dispone el fundamento de Derecho sexto de la STS de 25 de julio de 2013 (RJ\2013\7230) que: *"La razón estriba, como dijo la sentencia de 1 de junio de 2007, en que existen determinadas materias que por su naturaleza tienen un alcance general y requieren un efecto normativo que rebasa la capacidad de la negociación extraestatutaria, porque en estas materias la regulación pretendida no se va a limitar a disciplinar las condiciones de trabajo de unos trabajadores individualmente considerados, sino que a través de la organización de la acción preventiva en la empresa afectan a todos y requieren una regulación uniforme, y " en ese sentido ha de entenderse la referencia al convenio colectivo y a los acuerdos de la empresa con los representantes de los trabajadores, pues en ambos supuestos quienes pactan lo hacen en su calidad de empresarios, de una parte, y de representantes legales o sindicales de los trabajadores, de otra, con la finalidad de que los acuerdos que alcancen afecten a todos los representados en el ámbito correspondiente y a quienes en el futuro accedan al mismo".*

artículo 83 ET. Otra de sus funciones será, tal y como expresa el artículo 91.1 ET, la de aplicar e interpretar el convenio colectivo en cuestión.

De esta forma, las comisiones paritarias son órganos de composición mixta que pueden abordar la solución de discrepancias y conflictos durante la vigencia del convenio como manifestación específica del principio de autonomía colectiva⁴⁸⁹.

En cuanto a composición y funcionamiento de este tipo de comisiones, la regulación legal es escueta y se remite directamente a lo regulado en cada convenio colectivo determinando que funcionamiento y plazos de actuación han de formar parte del contenido esencial de los mismos. El convenio habrá de incluir, bajo tacha de ilegalidad si no lo hace, la designación de una Comisión Paritaria de la representación de las partes negociadoras, que habrá de entender “de cuantas cuestiones le sean atribuidas”. La Comisión se configura así como un órgano permanente y estable durante la vigencia del convenio, con las atribuciones que libremente le asignen las partes negociadoras⁴⁹⁰. De este modo, más allá de una composición paritaria entre trabajadores y empresa, será la negociación colectiva la que tenga en su mano determinar el día a día de este órgano.

En cuanto a las partes que la conforman, se ha dicho que si la Comisión Paritaria es el órgano encargado de la administración ordinaria del convenio, parece lógico que sólo puedan acceder a ella las representaciones que han aceptado el convenio, firmándolo. Por lo tanto, quien ha rechazado formar parte de la comisión negociadora o quien, habiendo participado en el proceso negociador, rehúsa libre y voluntariamente en el último momento firmar el convenio, carece del derecho a formar parte de la comisión mixta o paritaria de dicho convenio, pues no parece razonable admitir que un tercero intervenga en la interpretación, aplicación y puesta en práctica de un pacto expresamente rechazado por él; otra solución implicaría el absurdo de admitir a decidir sobre la aplicación del convenio a quien lo ha rechazado⁴⁹¹. El límite que imponen tanto la jurisprudencia constitucional como la

489 STC 213/1991, 11-11-1991 (RTC 1991, 213).

490 CAVAS MARTÍNEZ, F. *Las Comisiones Paritarias y la solución de los conflictos laborales derivados de la interpretación y aplicación del convenio colectivo*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 68, pág. 115.

491 *Ibidem*. pág. 120.

ordinaria respecto de la composición de las comisiones paritarias de los convenios colectivos es de contenido mínimo: sólo en el caso de que éstas tengan atribuidas facultades negociadoras o de desarrollo normativo, deberá abrirse la composición de las mismas a todos los sujetos que acrediten representación y legitimación suficiente para ello, esto es, a los que reúnan los requisitos que para negociar convenios colectivos exigen los artículos 87 y 88 ET. Obviamente, de esto se deduce que si se carece de la legitimación exigida por la Ley para negociar en un determinado ámbito no se puede pretender formar parte de las comisiones instauradas por el convenio que rige en él.⁴⁹²

Sin embargo, con el fin de dar la máxima agilidad e inmediatez a los procedimientos de solución de conflictos, el V Acuerdo Sobre Solución Autónoma de Conflictos laborales (Sistema Extrajudicial), de 10 de febrero de 2012⁴⁹³ incluye un anexo de recomendaciones sobre el funcionamiento de las comisiones paritarias⁴⁹⁴.

492 STS de 9 y 24 mayo 2001 (RJ 5201 y 5443); 27 marzo 2002 (RJ 5999); 24 noviembre 2004 (RJ 2005, 1591). Concretamente, el Tribunal Supremo ha admitido que la doctrina del Tribunal Constitucional «por la cual se considera la negociación colectiva como elemento de la libertad sindical, y estima que la exclusión de los sindicatos que no firmaron el convenio de las comisiones creadas por los mismos con alcance negociador, atenta al derecho a negociar y en consecuencia a la libertad sindical, se constriñe siempre, como es obvio, a aquellos sindicatos que aunque no firmaron el Convenio, tienen legitimación para negociarlos» (STS 9 y 24 mayo 2001, cits.).

493 ASAC (RCL 2012, 217).

494 “Algunas recomendaciones para el funcionamiento «rápido y efectivo» de las comisiones paritarias:

a) A efectos de agilizar su funcionamiento, la composición numérica de las comisiones paritarias debe ser lo más reducida posible, siempre respetando los niveles de legitimación de la comisión negociadora cuando tenga atribuidas funciones de adaptación y modificación de los convenios colectivos.

b) Deben programarse reuniones periódicas frecuentes, de forma que se tengan en cuenta con antelación en la agenda de los miembros y que pudiendo ser aplazadas en caso de no tener asuntos que tratar. En todo caso ha de preverse, junto a las reuniones ordinarias, las extraordinarias cuando haya asuntos urgentes a decidir.

c) Ha de facilitarse la aplicación de medios telemáticos y audiovisuales a las reuniones, deliberaciones y adopción de decisiones, de forma que los miembros no tengan que estar físicamente reunidos para el funcionamiento válido de la comisión.

d) Los miembros han de tener siempre suplentes para evitar cancelaciones por falta de quórum.

e) Los plazos para la adopción de decisiones deben contar a partir del sometimiento del conflicto a la comisión paritaria.

f) El sometimiento del conflicto a la comisión ha de hacerse mediante los menores trámites formales posibles, así como con la mínima exigencia documental.

g) El trámite de intervención de la comisión paritaria ha de considerarse como evacuado en el caso de que no se adopte decisión alguna por la comisión en los plazos establecidos.

h) Tales plazos han de ser lo más breves posibles. En determinados casos, ya están establecidos legalmente (artículo 41.6 ET). Plazos menores a 10 días deben ser la regla general y debe preverse plazos menores para asuntos de urgencia (48-72 horas).

Con todo, no se trata más que de unas meras recomendaciones que de ningún modo gozan de valor normativo ni podrían obligar a los negociadores de un convenio colectivo a pasar por lo descrito en las mismas. No obstante, es práctica habitual que ciertos Convenio Colectivos, pese a la obligación de regulación de sus propias comisiones paritarias, de su funcionamiento y plazos de actuación, no regulen sino su mera existencia sin entrar a detallar dicho funcionamiento y plazos. En estos casos, las recomendaciones del citado anexo sí son una herramienta útil para complementar lo que el convenio no ha descrito, pese a estar obligado a ello.

Por su parte, la mayoría de los Acuerdos autonómicos que han instituido sistemas de Solución Extrajudicial de Conflictos laborales establecen también que es obligatorio acudir previamente a la Comisión Paritaria en los conflictos colectivos de interpretación y aplicación, pero sólo si dicho trámite está establecido como preceptivo en los convenios, acuerdos o pactos⁴⁹⁵. Con respecto a los plazos, en muchas ocasiones los acuerdos autonómicos de solución extrajudicial de conflictos laborales han venido a detallar ciertos plazos en este sentido. Así, el trámite ante la Comisión Paritaria se considera agotado si la misma no se pronuncia dentro de un plazo, que los Acuerdos vienen fijando entre 10 y 30 días (Aragón, Cantabria, Comunidad Valenciana, Galicia, Islas Baleares, Islas Canarias, Castilla y León, Murcia, Navarra). En tres Acuerdos se prevé que la Comisión Paritaria pueda acordar directamente la remisión del conflicto al correspondiente Servicio de mediación y arbitraje (Aragón, Cataluña⁷¹, La Rioja⁷²).

i) La adopción de los acuerdos debe ser en la mayoría de los supuestos por mayoría simple de cada una de las representaciones -o incluso mayoría simple de los votantes- y sólo en determinados casos debe optarse por mayorías más cualificadas.

j) En los convenios colectivos sectoriales, especialmente los estatales, o en los de grandes empresas, la regla general debe ser la existencia de comisiones paritarias descentralizadas.

k) También en esos convenios colectivos, la regla general ha de ser la existencia de especialización por materias de distintas comisiones paritarias a efectos de evitar acumulaciones de trabajo que limite su eficacia.

Los criterios de consolidación son susceptibles de interpretación, por lo que este texto está destinado a su uso como instrumento documental. La validez jurídica de esta información es la de una compilación privada.”

495 Cabe que el convenio colectivo exija como trámite preprocesal el sometimiento de la cuestión litigiosa a la comisión paritaria (STC 217/1991, 17-12-1991 [RTC 1991, 217]; STS 14-3-1994 [RJ 1994, 2347]), que también puede actuar como trámite previo al uso de otros medios voluntarios de solución de conflictos derivados de la interpretación o aplicación del convenio colectivo se configura, con mayores cautelas en caso de conflictos individuales (STS 12-5-1997 [RJ 1997, 4087]; STS 28-10-1997 [RJ 1997, 7682]). En cualquier caso para que el trámite ante la comisión paritaria sea obligatorio debe preverse así expresamente en el convenio colectivo (STSJ Madrid, de 3-6-2013 [JUR 2013, 293740]).

2.5. El contenido de los derechos participativos de los trabajadores regulados en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores

2.5.1. Cuestiones generales

Los derechos participativos de los trabajadores –de sus representantes más bien– abarcan una diversidad de temas sobre los cuales estos pueden ser informados, ser consultados, emitir informe o bien “participar” en el sentido más amplio, aunque en nuestro ordenamiento jurídico esta última forma participativa es del todo testimonial, si es que puede llegar a adquirir la categoría de derecho emanado de una norma con rango legal.

Pese a que existe una regulación específica sobre este tipo de derechos en multitud de normas distintas, es el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 64 el que regula “los derechos de información y consulta y competencias” de un modo genérico. De este artículo emanan los derechos participativos de los cuales disponen los representantes de los trabajadores, así como también ciertos deberes de estos. Las regulaciones ajenas a este precepto o bien se refieren a derechos participativos muy específicos, como por ejemplo ocurre con el artículo 64 de la Ley Concursal, o bien desarrollan también sobre algún tema específico lo dispuesto en el propio artículo 64 ET. Así viene reflejado expresamente por el artículo 64.8 ET, según el cual “lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones específicas previstas en otros artículos de esta Ley o en otras normas legales o reglamentarias”.

Además, y como no podía ser de otra manera, el contenido de los derechos participativos, así como las modalidades del ejercicio de los mismos y el nivel de representación adecuado, puede ser mejorado mediante convenio colectivo. Y digo mejorado puesto que el epígrafe 9 de artículo 64 ET que regula esta previsión explicita que la misma podrá tener lugar “respetando lo establecido legal o reglamentariamente”. Se trata de una previsión inocua desde el punto de vista legal puesto que los derechos participativos suponen, sin necesidad de que la norma lo explicita, un mínimo de derecho que la negociación no hubiera podido aminorar, y que por otra parte, siempre

hubiera podido mejorar precisamente por tratarse de un mínimo y no de derecho absoluto. Con todo, y pese a lo inocuo desde el punto de vista jurídico, supone un recordatorio que bien puede alentar a mejorar este tipo de derechos mediante la negociación colectiva, con lo que, mientras nunca hagan entender que es necesaria este tipo de previsión para determinar la naturaleza de un mínimo de derecho necesario, me parece que su redacción es positiva. Por el contrario, supondría un error entender que sin esta previsión la negociación colectiva hubiera podido aminorar los derechos del artículo 64 ET y, por consiguiente, entender que allá donde no existe una cláusula legal como ésta no existe un mínimo de derecho indisponible por la negociación colectiva o por la propias partes del contrato de trabajo.

Por otra parte, en ocasiones lo que parece ser un derecho participativo otorgado por el artículo 64 ET no es más que una simple previsión de lo que, en un momento dado, puede regular la negociación colectiva. Así ocurre, por ejemplo con el “derecho” de participación en la gestión de obras sociales (artículo 65.7.b ET), que no es tal, sino un simple recordatorio de que la negociación colectiva podría regular esta materia. Lo que ocurre es que, la negociación colectiva hubiera podido hacerlo sin necesidad de que el ET lo explicitara, con lo que se ha creado la apariencia de la existencia de un derecho participativo cuando lo que en realidad se ha creado no es más que un incentivo para que las partes creen un derecho en este sentido en el ámbito convencional. No obstante, nada impide no llegar a acuerdos en este sentido con lo que sin pacto colectivo que lo regule no hay derecho ninguno.

Comienza el precepto por establecer que “el comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y de la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo”. Es decir, que en un primer momento parece que los derechos de información y consulta abarcan todo lo relativo a aquello que pueda afectar a los trabajadores, desglosado entre (i) situación de la empresa y (ii) evolución del empleo en la misma. No obstante, estos dos grandes bloques enmarcan el contenido de los derechos de participación tan sólo en los términos previstos en el artículo 64 ET. De modo que, si aun afectando a los trabajadores (¿y qué

no les afectará en mayor o en menor medida?) la materia en cuestión no viene regulada en el artículo 64 ET no existirá un derecho, al menos emanando de este precepto⁴⁹⁶.

Así pues, el contenido de estos derechos puede dividirse en primer lugar en dos grandes bloques, donde por un lado estarían las materias relativas al propio empleo, al trabajo en la empresa, y de introducción más reciente, a la igualdad entre mujeres y hombres, lo cual es de un evidente interés directo para los trabajadores. Estas materias suponen la mayor parte del contenido del artículo 64 ET encontrándose en sus epígrafes 2, 3, 4, 5 y 7. Se trata, no obstante, de materias dispares que iré desglosando a lo largo de este capítulo.

Por otra parte, existen otros derechos sobre materias de índole más bien económica –y también medioambiental- y que, pese a ser también de interés de los trabajadores, lo son de una forma indirecta a los ojos del legislador. Evidentemente, el trabajador está interesado en la buena marcha de la empresa –siempre que el mismo siga en ella prestando sus servicios- en la medida en que de ésta obtiene su salario, con todo, el estudio del conjunto del sistema de “participación” español evidencia que si los representantes de los trabajadores tienen competencias y derechos participativos sobre estas materias, es con el fin de poder evaluar la situación real de la empresa a la hora defenderse de medidas que pretenden modificar el trabajo mediante modificaciones que vayan a suponer un agravio para los intereses obreros.

Lo que es el interés de los trabajadores ha venido a definirse de modo que “estando constituida la empresa por tres elementos, una actividad, un patrimonio y una dirección en nuestro sistema económico, la condición de trabajadores, es decir, “lo que les afecta”, dependerá de estos tres elementos, entre los cuales sin duda el último, va a configurar a los otros y por tanto se puede mantener que si uno de ellos se ve afectado por su incidencia, la condición de aquellos también se verá afectada o corre el riesgo de

496 La limitación de estos derechos a lo expresamente dispuesto en el precepto se evidencia en la SAN del 28 de junio de 2013 (JUR 2013\243575), que dispone que: “Como puede observarse, la información que solicita el comité de empresa no figura expresamente entre la recogida en este precepto, debiendo dilucidar si podría considerarse incluida en las referencias más genéricas contenidas en el apartado 1 (que indica que el comité tiene derecho a ser informado sobre las cuestiones que puedan afectar a los trabajadores), en el apartado 6 (que señala que el contenido de la información a suministrar debe ser apropiado para permitir a los representantes de los trabajadores proceder a su examen), y en el apartado 7 (que confiere al comité la competencia para ejercer una labor de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes, pactos, condiciones y usos de empresa en materia laboral, de Seguridad Social y de empleo). Consideramos que esta posibilidad debe ser descartada, teniendo en cuenta el carácter limitado que la jurisprudencia viene reconociendo a lo dispuesto en el art. 64 ET”.

serlo”, con lo que en definitiva cualquier falta de información sobre algunos de aquellos factores, dificultará la participación y reducirá o evitará la consecución de soluciones pactadas, dialogadas y no unilateralmente establecidas.⁴⁹⁷

Soy de la opinión de que los derechos participativos referidos a asuntos de la economía empresarial deberían existir no tan sólo de un modo instrumental y preventivo- que también- sino por el “simple” hecho de que es gracias a los trabajadores que una empresa funciona y, por lo tanto, estos –y no solamente sus representados en los casos en los que estos existen- deberían tener plena información, mayor parcela de consulta e incluso mayor poder de decisión en los asuntos económicos de la empresa. Por supuesto, esta premisa pasa por reelaborar la naturaleza de las relaciones laborales y del esquema de propiedad en nuestro país poniendo en el centro de la empresa a aquellos que con su trabajo la hacen funcionar. Evidentemente, estamos muy lejos de estos postulados, lo cual no es razón en absoluto para dejar de creer en ellos.

En definitiva, pese a que no todos los derechos participativos se encuentran regulados en el artículo 64 ET, sí se encuentra en el mismo el núcleo de los estos a partir del cual se desarrollarán otros más específicos. De esta forma, este precepto recoge, en la mayoría de su contenido, las materias sobre las cuales los representantes de los trabajadores podrán ejercer ciertos derechos participativos de índole general y, con la periodicidad marcada en cada caso, en relación a determinados asuntos de contenido variado y sin que se dé una situación excepcional como puede ser un procedimiento de despido colectivo, fusiones, concurso de acreedores, etc., es decir, durante el día a día habitual de la empresa.

Es necesario tener en cuenta, además, que según el artículo 7.7 LISOS, será considerada como infracción grave la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos. Dicho incumplimientos pueden suponer la imposición de sanciones que van desde los 626 a los 6.250 €, según el artículo 40 de la propia LISOS. Así, todos los derechos

497 VÁZQUEZ MATEO, F. *La información a los representantes de los trabajadores: fines y claroscuros en su aplicación*. Relaciones laborales, nº 18, quincena del 23/9 al 8/10 de 2010, Tomo 2. La Ley. Pág. 22. Citando a LYON-CAEN, A. *Le comité d'entreprise et les restructurations de l'entreprise*, Dr Social, abril 1979, nº especial, pág. 23 y ss.

informativos y consultivos regulados en el artículo 64 ET (y en los demás preceptos del ET o incluso en otras normas) tratan de ser garantizados por la LISOS. Con todo, cabe plantearse que en artículo 64 ET contiene derechos de índole diferente a las informaciones, audiencia y consultas, con lo que quedarían fuera de la literalidad de la norma definitoria de la infracción.

Si bien, dentro del apartado dedicado a la vigilancia y control del respeto a la normativa laboral y de seguridad social, se prevé que sean los representantes de los trabajadores desarrollare dichas competencias, “formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o Tribunales competentes” (artículo 64.7 a) 1º ET). Ocurre, no obstante, que los derechos participativos contenido en el artículo 64 ET son normativa laboral sobre la cual se otorga a los representantes la capacidad de control y, consecuentemente, de legitimación procesal mediante el procedimiento judicial de conflictos colectivos (154 LRJS). Téngase en cuenta ahora también lo dicho en referencia a la vulneración del derecho a la libertad sindical, cuya vulneración dará también pie al ejercicio de acciones mediante el procedimiento de tutela derechos fundamentales por parte de los sindicatos o secciones sindicales (artículo 177 LRJS).

2.5.2. Los derechos participativos sobre asuntos de índole económica

En dos bloques se separan las competencias participativas de los representantes al respecto de los asuntos económicos. En ambos, el derecho participativo que asiste a los representantes es la mera información, al haber entendido el legislador que las decisiones en este sentido son cosa del empresario y no de los trabajadores, que tan sólo cuentan con un interés indirecto en este tipo de asuntos y en la medida en que puede afectar al empleo.

Así, por un lado, los representantes de los trabajadores han de ser informados “trimestralmente” “sobre la evolución general del sector económico la que pertenece la empresa” (64.2.a); y “sobre la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, (...) así como sobre la producción y ventas, incluido el programa de producción” (64.2.b).

Por otro lado, el epígrafe 4.b del artículo 64 otorga al comité de empresa, “con la periodicidad que proceda en cada caso (...) conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa, prevista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a estos⁴⁹⁸”.

2.5.2.1. Periodicidad y forma de los derechos participativos sobre asuntos de índole económica

Señalaron PEDRAJAS y SALA con respecto a la Ley 38/2007 que modificó el artículo 64 ET que sin duda, la preocupación de la nueva ley en este punto, como sucede con la Directiva que transpone, es la de que, en la realidad, los derechos de información y consulta no sean un mero trámite formal, de modo que su cumplimiento empresarial sea tan sólo un “cubrir las formas”. Por eso se preocupa de establecer pautas respecto al momento, forma y contenidos de las informaciones a facilitar, que sólo se van a entender cumplidas cuando sirvan eficazmente a los fines pretendidos en cada caso, que no son otros que conseguir una participación real de los representantes. En este sentido, es de resaltar que aunque la norma utiliza conceptos jurídicos indeterminados (“contenido apropiado”, “examen adecuado”, “respuesta justificada”, etc.), lo cierto es que sí que establece pautas claras sobre los fines perseguidos, de modo tal que, en caso de controversia, la Autoridad Administrativa o la decisión judicial tendrán mayores elementos de fundamentación de sus decisiones⁴⁹⁹.

498 Sobre éste último matiz referido a que los documentos sean facilitados “en las mismas condiciones” que a los socios, MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de... op. cit* Pág. 407, ha escrito que “como se sabe esta matización fue introducida en el texto definitivo de la LET, porque el texto del proyecto (art. 63) no hacía mención alguna al respecto. Lo cierto es que la intención originaria –cuestión distinta es la de indagar la comprensión del sentido de la misma *intentio legis*- de la nueva redacción era bien modesta- Como expresó el Sr. Moreno – quien propuso la modificación- en la tramitación parlamentaria de la Ley, esta expresión se proponía, fundamentalmente, por referir las condiciones al plazo de tiempo porque, “obviamente, creo que todos sabemos que hay una serie de meses al año, en los cuales están sin hacer estos documentos y, una vez confeccionados, es el momento de darlos a conocer a los socios y, lógicamente, por imperativo de este artículo, a los trabajadores.”

499 PEDRAJAS MORENO, A y SALA FRANCO, T. *Comentario de urgencia a la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el estatuto de los trabajadores, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario – BOE de 17 de noviembre*. Publicado en TIRANT ON LINE el 10 de diciembre de 2007.Pág. 3.

Dos bloques, pues, diferenciados tanto en su periodicidad como en su contenido. Precisamente la periodicidad en el suministro de la información supone ya un asunto conflictivo en la medida en que el suministro trimestral del que habla el 64.2 ET puede ser entendido como la obligación de suministro de dicha información sin necesidad de petición por parte de los representantes, o por el contrario, como un derecho a pedir dicha información cada tres meses pero obligando a que dicha petición se produzca de facto. En definitiva, mientras los representantes hagan uso de su derecho trimestralmente deberán tener esa información, pero cabría entender que aun sin esa petición el empresario debiera informar, de la misma manera que se pagan los salarios sin que haya una reclamación formal mensual del ingreso de los mismos por parte de los trabajadores. La diferencia estriba en que la propia petición de información supone una carga y, fundamentalmente, en que si existiera algún dato relevante pero desconocido por parte de los trabajadores éste no habría sido pedido expresamente. Soy de la opinión de que es el empresario quién tiene el deber de informar de motu proprio a los representantes de todo aquello que abarque la norma, a salvo de determinar qué interpretación extensiva o restrictiva hay que dar a la misma.

Además, nuestra jurisprudencia ha dicho tajante que “el derecho de información a favor de los trabajadores, sólo puede considerarse satisfecho, cuando se presta de forma eficaz para cumplir los fines que se pretenden con esta medida”, considerando “que dar la información sobre ventas y evolución del empleo a través de anuncios cargados en el tablón de que disponía el centro de trabajo, sin soporte de papel y proyectando en breve espacio de tiempo unas filminas, no es información eficaz, pues impiden la necesaria reflexión y condiciones que requiere una información de esta complejidad”.⁵⁰⁰ De esta forma, además de cumplir el empresario con el deber establecido sin petición expresa, este cumplimiento ha de ser eficaz.

Por su parte, el artículo 64.4.a ET se refiere a informar –poner a disposición– con la periodicidad que proceda ciertos documentos contables. Se trata de una definición muy vaga en la medida en que, si bien parece claro, que los representantes han de conocer todos los documentos que se citan, no queda claro si los han de conocer en el momento de su creación, de su aprobación, de su registro, etc. Sí se ha definido, aunque mediante una referencia a otras normas, que en el caso de tratarse de sociedades

500 STSJ País Vasco, de 13 de julio de 2004. AS 2004\3722.

por acciones o participaciones, el momento y alcance del conocimiento ha de hacer del mismo modo que atañe a los socios de dicha sociedad. Como en el caso del epígrafe 2 del artículo 64, soy de la opinión de que es conveniente hacer una interpretación extensiva del precepto. Se trataría, pues, de determinar que el momento del conocimiento sea “lo antes posible⁵⁰¹” en la medida en que dicho conocimiento sea determinante o influyente en la actuación de los representantes de los trabajadores. No puede entenderse que exista un balance de la empresa y que no haya sido puesto a disposición de los representantes si entre ese momento y el de su aprobación o registro los datos en él contenidos pueden servir como referencia o argumento para determinar una actuación de representación en el ámbito que fuera. De lo contrario, “la periodicidad que proceda” estaría siendo utilizada por el empresario como “la periodicidad que proceda para ocultar datos a los representantes el tiempo necesario”, lo cual, a mi entender, iría contra el espíritu de todo el precepto.

En el mismo sentido, si cualquiera de los documentos contables citados sufriera alguna modificación o corrección, la misma debería ser puesta en conocimiento de la representación de los trabajadores a la mayor brevedad, puesto que de lo contrario ésta no habría sido informada en los términos establecidos en el precepto.

En esta línea, sacaba a relucir GARRIDO PÉREZ que todo el Título II del ET tiene una naturaleza de disposición mínima, susceptible no sólo de mejora desde la negociación colectiva sino también desde posiciones interpretativas, de ahí que hayan de identificarse las indicaciones legales sobre el ejercicio de las potestades informativas como mínimos garantes de obligado cumplimiento, pero no de exigencias que se agotan en su misma expresión⁵⁰². Prosigue la autora afirmando que es necesario, en consecuencia, admitir la plena iniciativa de los propios representantes para determinar el momento y el objeto de su intervención en materia económica cuanto aquélla sea precisa y necesaria para el ejercicio de concretas y específicas actividades de representación.

También parecería bastante evidente que la forma de proporcionar estas informaciones ha de ser la entrega –no solamente puesta a disposición para consulta- y

501 Y “una vez confeccionados”, tal y como expresó el Sr. Moreno citado por MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de... op. cit.* Cívitas. Pág. 407.

502 GARRIDO PÉREZ, E. *La información en... op. Cit.* pág. 179.

la forma escrita en la medida en que los datos económicos presentan cierta dificultad técnica que requiere de un estudio pausado y con perspectiva. En oposición a “conocer” encontrado en el artículo 64.4.a ET, se encontraría el término “facilitar” que se encontraba en el texto original del artículo 64.1.1 ET –ahora correspondiente al artículo 64.2 ET- en cuanto a la información trimestral y que ha desaparecido ya del precepto. Éste se ha de entender en el sentido de que deberá de realizarse por escrito. Con todo y pese a la desaparición del término “facilitar”, la transmisión por escrito sigue pareciendo la más idónea en el caso de la información económica referida en el segundo epígrafe del artículo 64 ET. La distinción entre información escrita referida a las materias contenida en el artículo 64.2 ET y la simple puesta a disposición de las materias contenida en el artículo 64.4 ET ha sido resumida por los tribunales en sentencias como la del TSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 19 de diciembre de 2002 (AS/2002/1605). Dicha sentencia viene a afirmar que la norma no obliga a facilitar por escrito todos los datos económicos, sino solamente los referentes a la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa la situación de producción y ventas de la entidad su programa de producción y evolución probable del empleo en la empresa. Insiste también el Tribunal en que no tiene competencia el Comité de Empresa para conocer por escrito el balance y la cuenta de resultados.

No obstante ello, el artículo 33 del C.Com viene a definir la forma en la que la documentación contable ha de ser transmitida, entre otros, a los representantes de los trabajadores. Así, y tras determinar en el artículo 32 C.Com que la contabilidad es secreta pero que ésta puede ser conocida en ciertos casos, el artículo 33 C.Com dispone que el reconocimiento de la documentación mencionada en el artículo 32 C.Com, ya sea general, o particular, se hará en el establecimiento del empresario, en su presencia o en la de la persona que comisione, debiendo adoptarse las medidas oportunas para la debida conservación y custodia de los libros y documentos.

Parece pues, que se trata más bien de un derecho que se limita a la puesta a disposición para una consulta determinada pero sin posibilidad de retirar copia con el fin de poder realizar un análisis más detallado. De esta manera se ha dado prioridad al interés empresarial de limitación del derecho de información que al interés obrero de análisis exhaustivo de la contabilidad de la empresa que los trabajadores sacan adelante con su trabajo. Recuérdese siempre que el artículo 65 ET establece unas normas de secreto y

sigilo que permitirían salvaguardar cierta información aunque ésta estuviera en poder de los representantes de los trabajadores.

Cabría plantearse también si la legislación mercantil puede limitar de esta forma lo dispuesto en el artículo 64 ET, es decir, en la legislación laboral de origen tuitivo para los trabajadores. No sería posible que ambas legislaciones fueran contradictorias y que con base en la mayor especificidad de la mercantil se acabara por determinar que tan sólo es posible el examen de la documentación contable en los términos descritos en el artículo 33 C.Com. No obstante, y pese a que quien escribe prefiriera que la redacción legal fuera diferente, entiendo que la redacción mercantil no es contradictoria con la laboral en este caso. Recuérdese que el artículo 64.4.a ET dispone que el comité de empresa tiene derecho a “conocer”, no a “retirar” o a “tener en su poder”. De esta manera, lo regulado en el artículo 33 C.Com no se contradice sino que detalla dentro del alcance del término “conocer” lo estipulado en la norma laboral. Con todo, vaya por delante que estas limitaciones obedecen a los intereses empresariales de opacidad y secretismo y que deberían, según mi criterio ser subordinados a los intereses de los trabajadores que son mucho más legítimos y no buscan sino una mejor mayor y más veraz información.

En todo caso, y según una interpretación finalista, podría concluirse que la legislación mercantil puede resultar de aplicación y quedaría dentro de la legalidad limitar la entrega de copias de los documentos contables, siempre y cuando con el mero análisis de los mismos en los términos del artículo 33 C.Com permitiera cumplir de facto con la finalidad representativa del comité⁵⁰³. Existiría pues una presunción *iuris tantum* según la cual con la puesta a disposición se estaría cumpliendo con el derecho informativo, pero que podría ser cuestionada en el caso concreto si la buena labor representativa pasara por la entrega de copias de alguno o varios documentos contables. Como siempre, y para evitar tener que llegar a este tipo de ingenierías interpretativas,

503 La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 15 de noviembre de 2012 (JUR 2013/126038), determinó la inexistencia de vulneración del derecho de información con la puesta a disposición del Comité la documentación contable que le solicitan para que pueda ser analizada, aunque en la sede de la empresa sin facilitarles copias. También la STSJ de Andalucía, de 18 de octubre de 2012 determinó la falta de vulneración del derecho mediante la puesta a disposición de las cuentas por la empresa, posibilitando que el Comité pudiera tomar notas sin que venga obligada a la entrega de copia.

resultaría conveniente contar con una legislación más clara y más garantista de los derechos participativos de los trabajadores.⁵⁰⁴

Por último, cabe recalcar que, pese a que el artículo 64 detalla ciertos documentos a entregar a los representantes de los trabajadores, una interpretación extensiva de los derechos participativos permitiría que estos exigieran la entrega de documentos más allá de los explícitamente detallado en el articulado solamente del artículo 64 ET sino de cualquier norma que contenga un derecho participativo. No se trataría de una interpretación extensiva arbitraria o por capricho, sino que esta conclusión se basa en la necesaria capacidad de conocer información –en este caso económica- si ello es necesario para ejercer la labor de representación de los intereses de los trabajadores en un momento concreto. Así, más allá de la literalidad del texto legal, y siempre con una justificación cabría entrar a valorar la casuística de cada caso antes de negarse a entregar alguna documentación o información con base en la limitada literalidad del artículo 64 ET.

Lo mismo ha de ocurrir en cuanto al lapso temporal en el que se proporciona la información y que la norma ha determinado trimestralmente en el artículo 64.2 ET y con la periodicidad que procesa en el artículo 64.4 ET. Es necesario entender de ello que máximo cada trimestre hay que proporcionar la información, pero que si ésta existe y es útil para los intereses de representación habría de proporcionarse antes dentro de dicho trimestre. Lo contrario supondría un mero obstáculo arbitrario para que un ente cuyo fin es defender unos intereses determinados no tuviera acceso a una información a la que tiene derecho. Apoyar un riguroso y obligado sometimiento en todo caso a tales indicaciones tendría como único resultado sustraer a la información económica de su papel de instrumento necesario e idóneo al servicio de una concreta y puntual actividad representativa. Piénsese por ejemplo en la imposibilidad para los representantes de tratar eficazmente con el empresario sobre sistemas de primas o incentivos si el

504 Defensora de esta línea interpretativa es GARRIDO PÉREZ, E. *La información en... op. Cit.* Concretamente en la pág. 195 de dicha obra viene a concluir a este respecto que: “*en definitiva, se trata de admitir que la obligación del empresario que se deduce de la potestad informativa contemplada en el primer inciso del artículo 64.1.3 ET, no se limita en modo alguno a comunicar a los representantes la formación de unos determinados documentos contables y a tolerar su conocimiento por aquellos, sino que dicha obligación abarca igualmente la exigencia para el empresario de atender a los requerimientos de los representantes en solicitud tanto de mayores explicaciones o precisiones de documentos ya conocidos, como de obtener otras informaciones adicionales documentadas que se solicitan como elementos instrumentales necesarios para el ejercicio de funciones representativas.*”

momento en el que se debe llevar a cabo no coincide con aquel en el que está previsto suministrar los datos económicos en cumplimiento del artículo 64 ET.⁵⁰⁵

Por último, advertir que el ámbito de la información es la empresa independientemente que el órgano de representación al que vaya dirigido se circunscriba a un solo centro de trabajo o a cualquier otro ámbito geográfico. La razón no es otra, además de la literalidad de la norma, que el hecho de que una empresa cuenta con caja y dirección única por mucho que pueda estar subdividida en centros, o departamentos. Con todo, el TSJ de Asturias en sentencia de 20 de diciembre de 2013 (AS/2014/115)⁵⁰⁶, ha determinado que la empresa no tiene deber de facilitar información trimestral de todos los departamentos de la empresa. El razonamiento jurídico expuesto por la sentencia no es otro que el hecho de que los derechos informativos, al limitar el derecho de dirección del empresario, no pueden ser interpretados de forma extensiva. El Tribunal toma así una decisión a mi entender desacertada tanto jurídica como socialmente. Si la información es sobre la “empresa” y ésta está organizada por departamentos, la información a prestar versará sobre los mismos, sin que esta interpretación vaya en contra del precepto sino todo lo contrario. De esta forma, y además de que el sistema establecido por nuestro ordenamiento ponga a la libertad de empresa en el centro y a los

505 GARRIDO PÉREZ, E. *La información en... op. Cit.* pág. 183.

506 Dispone la sentencia que: *“La primera de ellas es que los derechos de información de los representantes de los trabajadores implican una evidente limitación del derecho de dirección del empresario (que, como afirma el Tribunal Supremo, también consagra la propia Constitución en su artículo 38 y recoge el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 20), de ahí que deban ser tratados como derechos que no son susceptibles de interpretación extensiva. Y a este respecto, es indudable que en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, no aparece configurado el derecho del comité de empresa a recibir la información solicitada. La segunda de esas dos conclusiones es que, siempre según el Tribunal Supremo, el Estatuto de los Trabajadores no contiene un catálogo cerrado o numerus clausus de derechos de información, lo que viene a significar que por el cauce normativo de los convenios colectivos los sujetos legitimados para ello pueden ampliar el número limitado de derechos que recoge la normativa estatutaria. Ahora que, a la vista de los preceptos convencionales invocados en el pleito, resulta evidente, conforme se alega en la impugnación del motivo, "...que los negociadores del Convenio colectivo de aplicación no han considerado oportuno ir más allá de lo dispuesto en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, ampliando el catálogo legal de competencias del comité de empresa. De ahí que, teniendo en cuenta, de un lado, que el derecho de información no debe interferir más de lo necesario en lo que es competencia del empresario, ni puede superar, por ende, los límites fijados por la Ley o por el convenio colectivo (que puede ampliarlos); y teniendo en cuenta, del otro, que ni legal ni convencionalmente se ha establecido un concreto derecho del comité a ser informado trimestralmente acerca de la información económica de cada departamento de la empresa en Asturias, habrá que estar, por respeto a la autonomía colectiva, al contenido específico y a los límites que las partes negociadoras han querido asignarle.”*

derechos laborales como subordinados al primero, los Tribunales ahondan en esta circunstancia todavía más allá de la legalidad que la sustenta.

2.5.2.2. La información trimestral económica

La primera información que está obligado a suministrar el empresario es aquella que se refiere a la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa.⁵⁰⁷ Sorprende esta previsión en la medida en que se trata de una información que va más allá de los límites de la propia empresa y que obliga al empresario a informarse de aspectos de los que quizá hubiera prescindido. Evidentemente, a toda empresa conviene estar informada de lo que ocurre a su alrededor, lo cual no es óbice para que alguna de ellas no cuente con ciertos datos sectoriales por falta de interés, incapacidad de obtención de dichos datos o por la razón que fuera. En todo caso, esta previsión viene a obligar a la empresa a hacerse con ciertos datos sectoriales y suministrarlos a la representación de los trabajadores. El problema llega a la hora de determinar qué es “el sector económico” puesto que se trata de un concepto indeterminado y que siempre podrá ser dividido en subsectores o englobado en un sector más amplio. En todo caso, parece ser un buen criterio para determinar si el empresario ha cumplido su obligación, el de la razonabilidad, es decir, ejercer un juicio sobre el esfuerzo que supone la recopilación de la información y el interés de los representantes en conocer ciertos datos sectoriales. Con todo, sigue tratándose de un concepto muy relativo con lo que deberá estarse, a mi entender, a la casuística.

Por otra parte, cabe preguntarse a qué ámbito geográfico se refiere dicho sector puesto que éste podría ser local, regional, nacional, continental o mundial. Parece que un buen criterio sería entender que la empresa cumpliría con la obligación informativa en la medida que informara de lo que ocurre en el sector en el ámbito de actuación en el que opera la empresa.

Sorprende que el precepto pase de la información sectorial a la información empresarial sin haber contemplado el grupo de empresas al que pueda pertenecer la empresa. Cabría pensar que al haber informado del sector, el grupo ya ha quedado

507 Se rechazó la Enmienda nº 160 al Proyecto de Estatuto de los Trabajadores, presentada por el Grupo Mixto, defendida por el Señor Bandrés, que proponía añadir un apartado f) que dijera, “*planes y proyectos de inversiones que afecten al volumen de empleo*”.

englobado pero no es así en multitud de casos en los que otras empresas grupales pertenecen a sectores distintos a los de la empresa en cuestión. En la medida en que la información económica se da con un fin muchas veces instrumental, entiendo que debería haberse incluido la información del grupo de empresas en este epígrafe, puesto que desde luego la solvencia del grupo puede determinar el futuro de una empresa. Me refiero, por supuesto, al grupo de empresas mercantil, puesto que el grupo patológico ha de ser tratado como la empresa misma y la información al respecto del mismo habría de entregarse en la misma medida que la de la empresa a riesgo de incumplimiento del precepto.⁵⁰⁸

Por su parte, el artículo 64.2.b ET ya viene a centrarse en lo que ocurre en la propia empresa. En primer lugar, se cita la “situación económica de la empresa”, lo cual es un término de lo más ambiguo que hace preguntarse a qué se refiere exactamente. Existen documentos contables que se refieren a la situación económica de la empresa tales como balance, cuenta de pérdidas y ganancias y otros, pero estos ya están recogidos en el 64.3 ET y deberán ser dado a los representantes “con la periodicidad que proceda”. Parece pues, que si bien la situación económica de la empresa se extrae de los datos que aparecen en este tipo de documentos, lo que hace el artículo 64.2.b ET en este punto es establecer el derecho de los representantes de los trabajadores a conocer datos de igual naturaleza pero al menos trimestralmente con el fin de poder tener a su alcance información económica precisa más reciente⁵⁰⁹. Cabe concluir también que, cuando estemos en el momento de suministrar los documentos contables se estaría cumpliendo a la vez con el mandato del 64.2 y 64.4 ET.

Pero este epígrafe 64.2.b ET exige también información acerca de “la evolución reciente y probable de sus actividades (...) así como sobre la producción y ventas,

508 Destaca MONEREO PÉREZ, J. L. en *Los derechos de información... op. Cit.* Pág. 400 y 401 que “la norma, que contempla a la “empresa” como ámbito funcional sobre el que incide el deber de información- debe consentir el suministro y requerimiento de información sobre el entero *complejo empresarial*, por encima de su descentralización en unidades técnicas diferenciadas o en empresas agrupadas jurídicamente autónomas. La unidad de dirección (que se hace acompañar del “control”, reflejo del dominio conseguido por vía orgánica o contractual) autoriza y permite a los efectos del Derecho del Trabajo ex artículo 1.2 *in fine* LET la configuración jurídica de una noción *funcional* e instrumental de la empresa proyectable sobre el ámbito de constitución y ejercicio de las instituciones colectivas.”

509 En lo concreto, la SAN de 9 de abril de 2014 (AS/2014/897), viene a determinar que el derecho no se concreta en poder exigir el número de clientes, desglosado por comunidades autónomas y provincias.

incluido el programa de producción”. Lo primero que salta a la vista es que esta previsión se refiere tanto a datos pasados como presentes y futuros. Se requiere, pues, información sobre lo que se ha hecho en un pasado reciente en cuanto a producción y ventas (o prestación de servicios si se trata de una empresa del sector terciario), sobre lo que ocurre a este respecto en cada momento (es decir, en el trimestre actual o inmediato), y también sobre lo que se prevé para un futuro inmediato, lo cual ha sido definido en particular como el programa de producción. Nótese que la información sobre el programa de producción es un tipo de información vinculada tanto a la vertiente económica de la empresa como a la dimensión técnica de la organización productiva, como es el caso, por ejemplo, de las prácticas de subcontratación y de la labor de concepción y de introducción de nuevas tecnologías⁵¹⁰.

En este sentido, y de la misma forma que ocurriera con la información acerca de los datos del sector, puede pensarse que no todas las empresas cuentan con un plan de producción específico que puedan dar a los representantes de los trabajadores, lo cual pudiera implicar un esfuerzo adicional para confeccionarlo tan sólo con el fin de cumplir con el mandato de este precepto.

Sin embargo, más allá del juicio de razonabilidad que he mencionado anteriormente, hay que pensar que precisamente nuestro sistema de participación de los trabajadores está diseñado tan sólo para los representantes y que las microempresas no cuentan con representantes según nuestro sistema sindical. Me refiero a que el sobreesfuerzo consistente en diseñar un programa de producción o un análisis del sector al que pertenezca la empresa queda diluido en la medida en que se parte de la premisa de que las empresas afectadas por este mandato cuentan con un determinado tamaño que, o bien significa que ya cuentan con estos datos con lo que no sería esfuerzo ninguno tan sólo darlos a los representantes, o bien cuentan con una estructura que permite obtener dichos datos sin un sobreesfuerzo que haga razonable la obligación de información en sí. En todo caso, que se haya establecido esta obligación por imperativo legal y con el fin de otorgar un derecho de información a los representantes de los trabajadores es razón más que suficiente para exigir su cumplimiento.

510 MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de... op. cit.* Pág. 399.

2.5.2.3. La información contable

Es la contabilidad la que ha de reflejar el estado económico de una empresa y es mediante la existencia de diversos documentos contables tipificados cómo esta realidad ha de quedar registrada para poder ser cotejada, entre otros, por los representantes de los trabajadores, según establece el artículo 64.4.a) ET.

El artículo 25 del Código de Comercio dispone la obligación de todo empresario de llevar una contabilidad que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, encontrándose entre otros documentos, unas cuentas anuales, que comprenderán, según el artículo 34 C.Com, el balance⁵¹¹, la cuenta de pérdidas y ganancias⁵¹², un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la memoria⁵¹³.

Resulta que la contabilidad de una empresa es de interés directa para diversos colectivos, entre los cuales se ha determinado con el paso del tiempo que se encuentran los trabajadores. La ordenada y adecuada contabilidad no traduce más que la necesidad de una transparencia en la gestión económica y financiera en interés del Estado, de los acreedores, y de los propios trabajadores en tanto que sobre la misma se determina esencialmente la fuente de sus rentas salariales.⁵¹⁴ Siendo la contabilidad el lugar donde se traducen monetariamente todas las operaciones de naturaleza contable y financiera que interesan a la empresa, constituye para los trabajadores un punto de paso obligado en el conocimiento de la estructura del patrimonio de su empresa y de sus resultados.⁵¹⁵

En referencia a la citada legislación mercantil, y con la periodicidad que proceda en cada caso, los representantes de los trabajadores han de conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa, revista la forma de sociedad

511 Artículo 35.1 C.Com: “En el balance figurarán de forma separada el activo, el pasivo y el patrimonio neto”.

512 Artículo 35.2 C.Com: “La cuenta de pérdidas y ganancias recogerá el resultado del ejercicio, separando debidamente los ingresos y los gastos imputables al mismo, y distinguiendo los resultados de explotación, de los que no lo sean”.

513 Artículo 35.5 C.Com: “La memoria completará, ampliará y comentará la información contenida en los otros documentos que integran las cuentas anuales.”

514 GARRIDO PÉREZ, E. *La información en... op. Cit.* pág. 190.

515 CAUVIN, C. *L'information comptable et financiere des salariés.* Masson, Paris, 1981, pág. 65.

por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a estos.

De esta forma, se ha tratado de concretar la información de índole económica en ciertos documentos estipulados en la legislación mercantil y de obligada aprobación y registro público, concretamente, en la figura del balance, cuenta de resultados y memoria. Además de estos tres, mediante una referencia a la legislación de sociedades se equipara a los representantes de los trabajadores con los socios en las sociedades de acciones o participaciones. Esta remisión integradora en la legislación mercantil aporta cierta inseguridad pero también una flexibilidad que permite exigir cierta información al mismo nivel que un socio en cada caso concreto.

Resulta interesante que el artículo 64.4.a ET olvide en este punto la obligación de poner a disposición de los representantes de los trabajadores otros documentos explicitados en la norma mercantil como el libro de Inventario y el Diario, citados, junto a las cuentas anuales en el propio artículo 25 C.Com. También existe obligación de llevar a cabo cuentas consolidadas en casos de grupos de empresas. Además, las propias cuentas anuales cuentan con “un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio y un estado de flujos de efectivo”, además del balance cuenta de resultados y la memoria. Todos estos documentos han sido “olvidados” por el artículo 64.4.a ET y se plantea la duda de si existe o no un derecho de los representantes de los trabajadores de conocer su contenido y en qué casos.

Hasta dónde ha de llegar el alcance del derecho informativo es, pues, cuestión interpretativa. Una interpretación literal dirá que los documentos contables explicitados en la norma laboral forman parte del derecho mientras que los demás no. Por su parte, una interpretación extensiva y finalista ampliará el derecho a otros documentos contables siempre que exista una justificación para su conocimiento, de modo que los documentos explicitados no son más que un mínimo cuyo conocimiento corresponde en todo caso. Se trataría de una especie de presunción *iuris et de iure* consistente en que siempre hay un interés obrero en conocer balance, cuenta de resultados y memoria, mientras que para los demás documentos la presunción sería *iuris tantum*, o quizá existiría una presunción *iuris tantum* según la cual no hay dicho interés obrero pero que podría ser refutada debidamente. La inversión de esta presunción en favor del derecho

requeriría, a mi entender, de un cambio normativo que explicitara que el comité de empresa tendrá el derecho a conocer estos otros documentos concretos.

Considero que es preciso aplicar la segunda de las interpretaciones, pero a la vez creo necesaria una reforma del texto legal que aclare este aspecto en la medida en que la redacción vigente da pie a la aplicación de la interpretación restrictiva que, además, ha sido seguida por ciertos Tribunales en detrimento de un legítimo interés obrero a conocer el estado de la empresa en la cual venden su fuerza de trabajo. La jurisprudencia viene interpretando que el derecho de información, reconocido en el art. 64 ET, está limitado a las informaciones recogidas en dicho precepto. Así, en la STS de 20-6-12 (RC 176/2011 (RJ 2012, 9966) se precisa que "Como acertadamente indica el Ministerio Fiscal en su informe, con cita de las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1620) (REC. 6/2008 y de primero de junio de 2010 (RJ 2010, 5933) (Rec. 60/2008), la jurisprudencia recaída hasta la fecha no permite llevar el alcance de las materias acogidas al derecho de información más allá de los términos empleados por los preceptos en los que el mismo se regula"⁵¹⁶.

De influencia en este análisis es lo dispuesto en el artículo 32.1 C.Com, al disponer que *la contabilidad de los empresarios es secreta, sin perjuicio de lo que se derive de lo dispuesto en las Leyes*. Con base en este precepto es posible deducir que lo dispuesto expresamente en el artículo 64.4.a ET es precisamente "lo que se deriva en las Leyes" en cuanto a los límites del secreto contable haciendo a los representantes de los trabajadores uno de los sujetos capaces de conocer ciertos documentos. Precisamente en este sentido se ha regulado el segundo epígrafe del mencionado precepto estableciendo que la comunicación o reconocimiento general de los libros, correspondencia y demás documentos de los empresarios, sólo podrá decretarse, de

516 Literalmente extraído de la SAN, de 9 de abril de 2014, (2014/897). En el mismo sentido, cabe recordar el pasaje ya citado de la SAN del 28 de junio de 2013 (JUR 2013\243575), que dispone que: "*Como puede observarse, la información que solicita el comité de empresa no figura expresamente entre la recogida en este precepto, debiendo dilucidar si podría considerarse incluida en las referencias más genéricas contenidas en el apartado 1 (que indica que el comité tiene derecho a ser informado sobre las cuestiones que puedan afectar a los trabajadores), en el apartado 6 (que señala que el contenido de la información a suministrar debe ser apropiado para permitir a los representantes de los trabajadores proceder a su examen), y en el apartado 7 (que confiere al comité la competencia para ejercer una labor de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes, pactos, condiciones y usos de empresa en materia laboral, de Seguridad Social y de empleo). Consideramos que esta posibilidad debe ser descartada, teniendo en cuenta el carácter limitado que la jurisprudencia viene reconociendo a lo dispuesto en el art. 64 ET*".

oficio o a instancia de parte, cuando los socios o los representantes legales de los trabajadores tengan derecho a su examen directo.

El secreto viene además articulado junto al denominado sigilo en el artículo 65 ET en el cual se regula el uso de la información contable que manejan los representantes. No obstante, la existencia de esta previsión de secreto del artículo 32.1 C.Com otorga peor cabida legal e interpretativa a la idea de un reconocimiento de derecho informativo amplio. Con todo, y pese a dar más fuerza a la interpretación restrictiva, no supone a mi entender un argumento definitivo en pro de aquella, puesto que la interpretación finalista sigue encontrándose en el centro de los derechos participativos.

Precisamente para acabar con dudas interpretativas de este estilo, es necesario, extender la obligación informativa a todos los documentos contables existentes mediante su explicitación, así como introducir un matiz genérico según el cual cualquier documentación o información contable relativa a la empresa o al grupo hubiera de ser proporcionada a los representantes de los trabajadores.

Tras el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria, el precepto se refiere a los demás documentos que se den a conocer a los socios, en las mismas condiciones que a estos (en el caso de que la empresa prevista la forma de sociedad por acciones o participaciones). Este último punto es, sin duda, el más conflictivo del epígrafe por cuanto supone de nuevo una remisión directa a la legislación mercantil en el caso de sociedades por acciones o participaciones. Lo primero que salta a la vista es que, de la misma manera que los representantes sindicales veían equiparados sus derechos a los representantes unitarios. Aquí los representantes unitarios –y, por extensión los sindicales- ven equiparados sus derechos a los de los socios de determinadas sociedades.

Pero la redacción concreta de la remisión establece el derecho a conocer “los demás documentos que se den a conocer a los socios”, es decir, no tan sólo los documentos que los socios tengan derecho a conocer por imperativo legal, sino que en el caso en el que estos hayan conocido alguna documentación de índole contable por voluntad de algún órgano societario o de algún cargo, esta ampliación informativa voluntaria para los socios habrá de convertirse en derecho para los representantes de los trabajadores. La idea del legislador es, pues que unos y otros, socios y representantes de

los trabajadores, se encuentren en igualdad de condiciones informativas en lo que se refiere a la contabilidad.

Queda así clara la naturaleza de nuestro ordenamiento jurídico y sus prioridades. Los socios tienen ciertos derechos derivados de la propiedad de acciones o participaciones, y tan sólo en ciertos casos y siempre a rebufo de estos, los representantes de los trabajadores acceden a cierta información. Así, el trabajo queda ciertamente subordinado a la propiedad del capital. No es, desde luego, ningún secreto que nuestro sistema legal, económico y social es de naturaleza capitalista, pero sí es necesario sacar a relucir los aspectos prácticos en los que esta circunstancia se hace realidad práctica y determina la realidad social y laboral en nuestro país. Decía el TSJ de Cataluña, recordando de qué lado está la balanza inclinada en el eterno conflicto capital/trabajo que es evidente que el derecho de información no deberá interferir más de lo necesario en lo que es competencia del empresario, ni podrá superar por ende los límites fijados por la ley o por el Convenio Colectivo.⁵¹⁷

La remisión genérica a “los documentos que se den a conocer a los socios” da pie a plantearse si todos los socios con acciones o participaciones tienen los mismos derechos en este sentido. Y esto es así en la medida en que existen diversos tipos de acciones o participaciones en las que los derechos de quienes las ostentan varían ostensiblemente. Precisamente, el artículo 94 LSC da pie a que estas desigualdades entre socios ocurran, puesto que establece que las participaciones sociales y las acciones pueden otorgar derechos diferentes.

Otra circunstancia que hace variar el alcance de un derecho de los socios consiste en el porcentaje de acciones o participaciones que ostenten, puesto que según éste los derechos de los mismos cambian en el seno de cada sociedad. Parece pues que la remisión a la legislación mercantil se ha hecho de forma muy laxa, pero esta laxitud no puede interpretarse en detrimento de la información dada a los representantes de los trabajadores. Es decir, que con base a la redacción del artículo 64.4.a ET, no podría ser que un socio, fuera cual fuera su porcentaje de participación o el tipo de acciones o participaciones que ostentara, conociera cierta documentación mercantil y que ésta no se pusiera a disposición de los representantes de los trabajadores, puesto que de contrario se estaría contraviniendo el artículo 64.4.a ET.

517 STSJ de 18 de octubre de 2002, AS 2003\478.

Un ejemplo de la necesidad de representar a cierto porcentaje del capital social es la capacidad que tienen los socios, siempre que representen al menos el 5% del accionariado, de forzar la auditoría de cuentas en los casos en los que ésta no es obligatoria, según el artículo 265.2 LSC. Cabe plantearse pues, si al tener este derecho “los socios”, los representantes de los trabajadores lo tienen también, o si tan sólo en caso de que los primeros fueren la auditoría los segundos tendrán derecho a hacerse con la documentación referente a la auditoría. De la redacción del artículo 64 ET parece desprenderse más bien lo segundo, lo cual no es óbice para recordar en este momento que sería conveniente que los que representan a los trabajadores pudieran gozar del derecho a pedir una auditoría de cuentas.

Puede darse el caso en que en un momento determinado la legislación mercantil no de pie a dudas en cuanto a qué documentación proporcionar a los socios, pero al tratarse de un remisión genérica a un ordenamiento distinto del laboral, un cambio legislativo mercantil podría dar pie a que existieran precisamente este tipo de dudas. Es por ello que cuando se realizan remisiones de este tipo, conviene tratar de detallar el alcance del derecho y no hacerlas de modo tan laxo como el presente. No obstante, como decía, la laxitud no puede limitar un derecho establecido, puesto que una cosa es interpretar restrictivamente y otra cosa sería no respetar el contenido de la norma y hacerlo en detrimento de los trabajadores.

Otro matiz importante, es el hecho de que la documentación que conozcan los socios en este tipo de sociedades ha de conocerse en su calidad de socio. Es decir, puede ser habitual que el/la directora/a financiero/a de una compañía tenga acciones de la misma, pero su conocimiento en cuanto a algunos documentos contables puede venir determinado por su puesto como directivo/a pero no como socio/a en sí. Este caso no alcanzaría, pues, el derecho de los representantes de los trabajadores. Otra cosa es pensar que debería establecerse un derecho de conocimiento amplio o incluso total por parte de estos. Yo soy de esta opinión, pero la redacción legal no ampara este escenario.

Una vez aclarados estos matices, es necesario determinar a qué tipo de sociedad se aplica esta norma, puesto que nuestra legislación mercantil presenta una amplia variedad de tipos societarios. Son pues, las sociedades por acciones o participaciones a las cuales se les aplica esta obligación extra informativa. Existen tres tipos de sociedades que encajan en esta definición, y son, las Sociedades Comanditarias por

Acciones, las Sociedades de Responsabilidad Limitada, y las Sociedades Anónimas⁵¹⁸. Todas ellas vienen definidas como sociedades de capital, según el artículo 1 de la Ley de Sociedades de Capital.

Es el artículo 93.d de este texto refundido el que otorga genéricamente a los socios de estas sociedades el “derecho de información”, de la misma forma que lo hace el artículo 4.1.g ET para los trabajadores. Se trata de una referencia genérica que para su aplicación necesita de la concreción hecha más adelante por la propia norma.

Pues bien, el derecho a conocer ciertos documentos contables extraordinarios por tratarse de sociedades por acciones o participaciones se concreta en primer lugar en lo dispuesto en el artículo 272 LSC⁵¹⁹, según el cual a partir de la convocatoria de la junta general, en la que habrán de ser aprobadas las cuentas, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas.

Así, a partir de la convocatoria de la junta, pero no antes, puesto que el derecho de los representantes se concreta “en las mismas condiciones estos –los socios-”, los representantes podrán obtener todos los documentos sometidos a aprobación, es decir todos los que formen las cuentas, así como informe de gestión y el informe del auditor de cuentas. Es decir, que al balance, cuentas de resultado y memoria habría que añadir un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo –que forman parte de las cuentas-, así como informe de gestión y del auditor de cuentas, en su caso.

En cuanto a la forma en la que se materializa el derecho, en este caso se utiliza la fórmula “obtener” lo cual indica el derecho a hacerse con una copia y no tan sólo el derecho a consultar en las dependencias empresariales.

Por otra parte, es necesario tener en cuenta lo establecido en el artículo 197 LSC para las sociedades anónimas, en la medida en que este precepto dispone que los

518 A ellas, habría que añadir las Sociedades Anónimas Europeas.

519 No obstante, para RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. *Derechos de información... op. Cit* Pág. 58, “La remisión que el artículo 64.1.2 LET (ahora 64.4.a) hace a los documentos que se den a conocer a los socios parece estar pensando no en el derecho que a los accionistas reconoce el artículo 112 LSA (correspondiente al actual 196 y 197 LSC), sino sólo el derecho que le reconoce el artículo 212.2 LSA (correspondiente al actual 272 LSC).”

accionistas podrán solicitar de los administradores, acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día, las informaciones o aclaraciones que estimen precisas, o formular por escrito las preguntas que estimen pertinentes hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la junta. Ante esta petición, los administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la junta general. Además, durante la celebración de la junta general, los accionistas de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día y, en caso de no ser posible satisfacer el derecho del accionista en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar esa información por escrito dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta. Pese a que esta información habrá de ser normalmente proporcionada, el presidente podrá determinar que la publicidad de la información podría perjudicar el interés social, eliminando así el derecho informativo establecido previamente. Existe además un límite al propio límite citado, puesto que no procederá la denegación de información cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social. Dicho porcentaje podrá ser menor si así lo establecen los estatutos, aunque éste nunca podrá disminuir más allá del cinco por ciento del capital social.

De este precepto se extraen las siguientes conclusiones⁵²⁰:

1. Quien tiene el derecho a solicitar cierta información son los accionistas. Es decir, que parece que tan sólo en el caso en que sean estos quienes la soliciten, los representantes podrán tener derecho a ello también. Ahora bien, si es posible decir que los representantes de los trabajadores no tienen atribuido legalmente un derecho de solicitud o de petición adicional de información (...) también lo es que cuando sea contestada por escrito antes de la reunión de la Junta (...) dichas informaciones documentadas deber ser conocidas por los órganos de representación de los trabajadores, puesto que a tener del artículo 64.4.a ET, estos tienen la facultad de conocer de todos “los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que estos”. De lo que en

520 No obstante, para RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. *Derechos de información... op. Cit.* Pág. 58, “La remisión que el artículo 64.1.2 LET (ahora 64.4.a) hace a los documentos que se den a conocer a los socios parece estar pensando no en el derecho que a los accionistas reconoce el artículo 112 LSA (correspondiente al actual 196 y 197 LSC), sino sólo el derecho que le reconoce el artículo 212.2 LSA (correspondiente al actual 272 LSC).

suma, únicamente carecen los representantes de los trabajadores, es de un derecho de requerimiento de información, entendido aquí como derecho de iniciativa⁵²¹. Parece incoherente que estos instrumentos informativos no se pongan, en sus propios términos, a disposición del personal. Es ésta sin duda una de las mayores carencias de nuestro sistema de derechos de información en materia económica que la ley ferenda debe llevar a su pronta introducción legislativa. Tanto más cuanto que la extensión del derecho de información laboral a este tipo de informaciones parece fundamental como presupuestos para la efectividad del complejo de competencias atribuidas a los órganos de representación de los trabajadores en la empresa, realzando aquí su carácter instrumental para garantizar una real participación en la dirección y control de la empresa de titularidad social⁵²². Como decía más adelante, queda claro como el trabajo es subordinado al capital en su histórica contradicción entre ambos. En este caso concreto el accionista es el único que puede forzar el derecho. Sin embargo, cabría pensar que el derecho no es exactamente el de conocer “los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a estos”, sino que se concretara más bien en “el derecho a conocer todos los documentos cuyo conocimiento pudieran exigir los socios”. De esta interpretación se deduciría que los representantes podrían por ellos mismos solicitar las informaciones o aclaraciones sobre puntos del orden del día de la junta, de la misma forma que podrían forzar la auditoría de cuentas cuando ésta no fuera obligatoria, como he referido anteriormente.⁵²³

2. Este derecho de los accionistas tan sólo se puede llevar a cabo para solicitar información o aclaración de asuntos que formen parte del orden del día de la junta y hasta el séptimo día anterior a la celebración de la misma.
3. La respuesta de los administradores ha de darse en forma escrita.

521 MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de...* op cit. Pág. 408.

522 *Ibidem*. Pág. 405.

523 Así lo ha defendido GARRIDO PÉREZ, E. *La información en...* op. Cit. pág. 205, de la siguiente manera: “la posibilidad de que aquellos –los representantes- también puedan aducir, al igual que los socios, los intereses específicos y particulares que deber ser atendidos para el ejercicio de sus funciones, para solicitar de los administradores una determinada información o aclaración al margen y con independencia del examen de documentos societarios”.

4. Durante la propia junta los accionistas pueden de nuevo ejercitar un derecho parecido, que podrá ser respondido de palabra o por escrito en siete días. En este punto se plantea el problema de la transferencia de la información a los representantes, sobre todo, si se responde de palabra en el momento puesto que no parece haberse establecido una obligación de transcripción escrita para cumplir con el mandato del artículo 64 ET.

Además, este precepto laboral establece un derecho de información sobre los “documentos”, de modo que una aclaración verbal no parece encajar en la definición de lo que es un documento. Si se tratara de un escrito, en cambio, sí parece que debiera informarse a los representantes. Con todo, una interpretación finalista de la norma hace pensar que en todo caso, si la información es contable y ha llegado a los socios, que sea dada de palabra o por escrito no parece que sea suficiente para otorgar o denegar el derecho informativo de los representantes de los trabajadores.

5. Si existe un supuesto perjuicio al interés de la sociedad, el presidente de modo unilateral y arbitrario, puede denegar dicha información, salvo que quién lo pida ostente al menos el 25% del accionariado- o entre el 5% y el 25% si así lo disponen los estatutos.

En definitiva, el derecho a conocer los documentos a los que pueden acceder los socios se concreta consecuentemente en aquello tratado en el orden del día de una junta general. Por consiguiente, todo aquello que ha de ser tratado obligatoriamente en junta y los documentos referentes a ello, se extendería al derecho de los representantes de los trabajadores al llegar a los socios –recordemos que la norma no exige que sean determinados socios con determinados tipo de acciones o participaciones, ni que se trate de socios que representen a ciertos porcentajes del accionariado total-. El artículo 160 LSC⁵²⁴ es el que detalla las competencias de la junta general, de modo que sin

524 “Artículo 160 Competencia de la junta:

Es competencia de la junta general deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos:

- a) La aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social.
- b) El nombramiento y separación de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos.
- c) La modificación de los estatutos sociales.

perjuicio de que en una junta puedan tratarse más asuntos, al menos los citados en el mismo habrán de pasar por su orden del día.

Este sería el régimen jurídico de la información contable a la que tiene derecho de acceso la representación de los trabajadores. Sin embargo, la realidad social se aventura mucho menos garantista que lo que se extrae de la norma y en la práctica existen múltiples cortapisas a la hora de facilitar todos los documentos citados a los representantes de los trabajadores. Esta circunstancia no es más que un síntoma de la contradicción capital/trabajo y del hecho que sea el primero quién tenga en su poder toda la documentación contable o de cualquier materia referente a la empresa⁵²⁵. El derecho requiere de su ejercicio con el más que probable inconveniente de encontrar una oposición a veces explícita a veces sucinta por parte de la empresa. Ante una negativa la representación se ve obligada o bien a claudicar en su derecho o bien a ejercer acción judicial con el consiguiente ambiente beligerante que ello supone⁵²⁶. Y

-
- d) El aumento y la reducción del capital social.
 - e) La supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente.
 - f) La transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero.
 - g) La disolución de la sociedad.
 - h) La aprobación del balance final de liquidación.
 - i) Cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos.”

525 Sobre el respecto a los derechos del capital sobre los del trabajo o de la libertad de empresa sobre el derecho de información/participación de los trabajadores, escribe MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de... op. cit.* Cívitas. Pág. 413 y 414, la siguiente reflexión que demuestra que el sistema legal existente no osa sobrepasar ciertos límites que inviertan la dominación de uno sobre el otro: *“No constituye un obstáculo insalvable al reforzamiento de las competencias informativas de carácter económico-financiero la libertad de empresa (art. 38 CE), la cual aparece constitucionalmente a la satisfacción de exigencias socioeconómicas, en cuanto quede respetado el contenido esencial del principio de libertad de empresa, a saber: el conjunto integrado formado fundamentalmente por la libertad de acceso al mercado por parte de los agentes económicos, la libertad de ejercicio de la dirección o permanencia en el mercado y la libertad de cesación o salida del mercado. La iniciativa privada tiene que cumplir la función social, y es esta función la que marca los contornos que limitan la esfera de libertad del empresario titular de la empresa, la cual a su vez es el precipitado de la iniciativa económica. En esta línea deber de ser incardinado el derecho de participación de los trabajadores en la vida económica (art. 9.2 y 129.2 CE). Ninguna de las dimensiones integrantes del contenido esencial de la libertad de empresa es negada por el ejercicio de los derechos de información y consulta, los cuales dejan intacto el poder decisorio final del empresario.”*

526 Ejemplo de las negativas de la empresa a facilitar los documentos contables dilatando el proceso de su entrega o puesta a disposición durante meses es el encontrado en la Sentencia del TJS de País Vasco, de 13 de julio de 2004 (AS/2004/3722), según la cual: *“Desde esta perspectiva comprobamos los datos reseñados en los hechos declarados probados y llegamos a la siguiente conclusión: las cuentas y balances de la sociedad fueron reclamados por el comité de empresa el 29.4.03 (hecho sexto) y reiterados el 21.7.03 (hecho décimo), en esta ocasión a la dirección de «Carbureibar, SA», sita en Pierburg, a lo que la empresa contestó por fax el 19.9.03. Desconocemos el contenido concreto de esta última comunicación, pero lo cierto es que se da*

crear un ambiente de estas características contra quién tiene la información en su mano tiene altos riesgos de acabar por conllevar resultados diferentes de los esperados o de los que formalmente la ley otorga. Los derechos participativos del artículo 64 ET y en concreto los del epígrafe 4.a del mismo son unos derechos a ejercer en el día a día de la empresa sin necesidad de que exista un conflicto evidente o concreto, de modo que tratar de ejercerlos ante una negativa crea el problema referido. Normalmente, la vida empresarial de una empresa sindicalizada presenta uno o varios frentes abiertos en cuanto a discusiones patronal/representantes del personal, con lo que la lucha suele estar centrada en estos problemas y muchas veces tratar de ejercer además lo dispuesto en el artículo 64.4.a ET no es sino abrir una brecha más en un conflicto.

Con ello no pretendo decir que estos derechos no deberían ejercerse sino todo lo contrario. La crítica viene precisamente en la dificultad práctica de su ejercicio y en la necesidad de agilizar el acceso a la información y los mecanismos de acceso a la misma ante una negativa empresarial. Clarificar la documentación a la que se tiene acceso y en qué forma, crear algún tipo de mecanismo ágil de control sobre la efectividad de este derecho o admitir la participación de los trabajadores en la creación de los citados documentos serían algunas de las posibles soluciones a este problema. Otras serían, por ejemplo, la participación de los trabajadores en los órganos de dirección de las sociedades o, al menos, otras fórmulas reforzadas de intervención de los trabajadores en la gestión de las empresas de titularidad social. Lo cual permitiría no sólo garantizar una relativa influencia permanente en las decisiones de gestión, sino también el acceso más completo a la información concerniente a la sociedad y a la empresa que constituye su objeto.⁵²⁷

por acreditado que la empresa cumplió ese requerimiento en la citada fecha, de modo que no resulta del todo coherente el que en el hecho declarado probado undécimo se reseñe que «la Entidad demandada no facilita al Comité de empresa la información sobre las cuentas sociales». La explicación de esta contradicción quizá pueda estar en que la afirmación sobre la negativa a informar por parte de la empresa se refiere a la situación existente antes de la interposición de demanda; pero con posterioridad a la misma (el 11.6.03) el comité hizo un requerimiento a la empresa que sí fue atendido. Por tanto, deducimos que la vulneración del derecho de libertad sindical por incumplimiento en materia de información sobre cuentas y balances que el juzgador de instancia considera producido se refiere a la situación existente antes de la demanda, la cual no queda subsanada de modo retroactivo por su satisfacción durante el proceso. Confirmamos, en consecuencia, la indicada infracción legal.”

527 MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de... op. cit.* Pág. 398.

Recordemos que el derecho informativo de este precepto consiste en conocer cierta documentación realizada por la empresa, es decir, que los representantes no participan en la elaboración de las cuentas, sino que reciben las cuentas hechas por otros, con lo que al no ser parte activa ya se está limitando el derecho en cuestión.

A colación de ello, se advierte el riesgo de falsificación, manipulación o “retoque” de las citadas cuentas anuales. Ciertamente, la contabilidad no es una ciencia exacta y con ella los expertos tienen cierto margen de maniobra para hacer reflejar un estado u otro según pueda convenir a ciertos intereses. Por supuesto, estos intereses son los de aquellos que las confeccionan y que no son los trabajadores ni sus representantes. El margen de acción dentro de los límites indicados propicia la adopción de políticas de balance, ejercitables dentro del margen de apreciación de los administradores, que darán lugar a formación de reservas ocultas en el balance. No está claro el cuánto del margen de valoración que dé lugar a reservas ocultas. La doctrina pide que se base en razones objetivas y explicitadas y la jurisprudencia que no implique “transformación sustancial del resultado económica” (STS 3.7.1973) lo que en todo caso ofrece un margen cómodo de decisión a los administradores que deban afrontar la impugnación basada en la inobservancia de tales cautelas.⁵²⁸ Es decir, exigir que las cuentas, como instrumento directamente informativo, sean veraces o reales o exactas o que ofrezcan imagen fiel pueden ser manifestaciones expresas de las aspiraciones del legislador pero no preceptos de derecho positivo observables como tales. El carácter discreto del proceso dejará ver, más bien, las posibles deficiencias de cada apunte contable, permitiendo su detección individual y su eventual enmienda. Desde el punto de vista de la utilidad de su control, las cuentas no serían impugnables por no ofrecer imagen fiel en conjunto sino por cuestiones de incumplimiento concreto, de carácter técnico jurídico en el proceso de su formación.⁵²⁹ Es interesante constatar que esta es la idea que sustenta la afirmación tradicional de la doctrina de que no se puede alcanzar la exactitud en materia contable. La imposibilidad no reside en el propio apunte contable en el que, aunque sea por la vía relativa (coincidencia entre apunte y su soporte), es perfectamente predicable, sino en lo relativo a su significado económico en las partidas

528 DE TORRES ZAPATERA, M. *Valores ocultos en las cuentas anuales*. CIVITAS, Madrid, 2002. Pág. 54.

529 *Ibidem*. Pág. 63 y 64.

del balance, puesto que los “elementos se elaboran aisladamente y no como piezas inseparables de un mecanismo en funcionamiento”.⁵³⁰

Precisamente, la existencia de estos márgenes de maniobra en el momento de la elaboración de las cuentas es la que hace necesario que los representantes de los trabajadores puedan controlar no tan sólo las cuentas ya realizadas, sino el proceso de elaboración de las mismas, en la medida en que estos son vistos como un tercero frente a los administradores que las formulan, cuando en realidad son los principales “culpables” del funcionamiento de la empresa y las cuentas no son más que el reflejo del trabajo de los representados por el comité de empresa.

Dentro del margen de maniobra existen figuras claramente delictivas⁵³¹, otras de dudosa legalidad y otras menos agresivas que entran en el margen legal de confección contable, pero que también pueden llevar a reflejar aquello que más interese al empresario frente a intereses diversos como pueden los trabajadores, pero también el Estado, por ejemplo.

En este sentido, no todas las empresas tienen obligación de auditar las cuentas⁵³², pero es que aun en el caso de cuentas auditadas hay que tener en cuenta que los auditores no dejan de ser empresas privadas para las cuales la empresa en cuestión es un cliente. Cualquier clase de junta (ordinaria, extraordinaria y universal) tiene

530 GARRIGUES, *La revalorización de los balances actuales mercantiles*, en “RDM”, núm. 32, 1949, pág. 172.

531 El art. 290 del Código Penal castiga con pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, los administradores, de derecho o de hecho, de una sociedad constituida o en formación que falseen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a ella, a alguno de sus socios, o a un tercero.

532 “*Las cuentas anuales (balance, cuenta de pérdidas y ganancias, estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, estado de flujos y memoria) y, en su caso, el informe de gestión deberán ser revisados por el auditor de cuentas. Se exceptúa de esta obligación a las sociedades que puedan presentar balance abreviado (art. 263 LSC). Las sociedades que formulen balance y estado de cambio en el patrimonio neto abreviados no están obligadas a elaborar el informe de gestión (art. 263.3 LSC, dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Sociedades de Capital 24.06.2010). Si puede redactar balance abreviado, la sociedad queda excluida de la obligación de someter sus cuentas a verificación, haya hecho o no uso del privilegio de redacción de dicho balance. La Ley 16/2007, de 43 de julio, ha actualizado los umbrales para situar a las sociedades españolas en condiciones de igualdad con respecto a las de los Estados miembros de la Unión Europea y, así, más sociedades de capital pueden beneficiarse de una contabilidad simplificada.*” En VELASCO FABRA, G. *Régimen Jurídico de la Verificación de las Cuentas Anuales. Propuestas de Reforma*. THOMSON REUTERS, Navarra, 2011. Pág. 13.

competencia para nombrar al auditor.⁵³³ Además, y pese al obligatorio registro de las cuentas de las sociedades, el Registro no entra a valorar el contenido de las mismas.

Ya en cuanto a las carencias existentes en las previsiones legales de deberes participativos en cuestiones de índole económica, cabe hacer diversas consideraciones. En primer lugar, y como bien apunta MONEREO⁵³⁴, una de las lagunas más importantes de nuestro sistema legal en materia de deberes de información, a saber: no existe una obligación general e incondicionada a su afectación laboral inmediata de información sobre la forma jurídica y las modificaciones de la organización económica y jurídica de las empresas y de los empresarios, con (...) las salvedades de los supuestos de transmisión de empresa, de las medidas de reorganización del sistema productivo y subcontratación de funciones, servicios y actividades.

Advierte también el autor⁵³⁵ que se habrá de reconocer, en definitiva, que, a pesar de todo, nuestro sistema de participación en la situación económica de la empresa es imperfecto y poco desarrollado en relación a otros países de nuestro entorno. Es de destacar, como se acaba de decir, que los órganos de representación de los trabajadores no tienen reconocida y garantizada explícitamente la facultas de nombrar censores, ni de designar a expertos contables por parte de los órganos de representación de los trabajadores, que garanticen la efectividad del conocimiento de la información y su efectiva comprensión en un tema de gran complejidad técnica difícilmente entendible para representantes de los trabajadores no especializados en cuestiones económico-financieras.

533 Por supuesto, existen ciertas cautelas y formalidades que sociedades y auditores deben respetar para que la evidencia de que se trata de cliente y proveedor quede disimulada. De esta forma, *“el auditor debe ser un profesional que reúna los requisitos establecidos en la Ley de Auditoría de Cuentas y estar inscrito en el Registro Oficial de Auditorías de Cuentas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Una verificación realizada por un auditor no inscrito no tendrá la consideración legal de auditoría ni de verificación de las cuentas anuales.”* (En BERCOTITZ, A. *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, CIZUR Menor (Aranzadi), 2006, pág., 521.) *“Además, sólo el auditor inscrito como ejerciente podrá desarrollar la actividad de auditoría de cuentas (SAP Madrid 5.2.2008). El auditor debe ser independiente en el ejercicio de sus funciones y debe abstenerse sui su independencia puede verse comprometida. (En VELASCO FABRA, G. Régimen Jurídico de la... op. Cit. Pág. 19.) “La aprobación de las cuentas puede ser declarada nula si el auditor pierde la condición de independiente por prestar servicios a la sociedad. Existe incompatibilidad del auditor si desempeña el cargo de secretario no consejero y de letrado asesor de la sociedad auditada, por la vinculación constante, directa y remunerada con dicha sociedad” (STS 18.09.2003, 22.3 y 4.10 de 2005, y consulta núm. 1 BOICAC NÚM 2).*

534 MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de... op. cit.* Pág. 397.

535 *Ibidem.* Pág. 410.

2.5.3. Los derechos participativos sobre asuntos de índole medioambiental⁵³⁶

De reciente redacción, el artículo 64 ET cuenta con dos previsiones informativas en cuenta a datos de carácter medioambiental. En primer lugar, el Comité de empresa, según el epígrafe 2.b del precepto, tiene derecho a ser informado trimestralmente, entre otras cosas, de las *actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo*⁵³⁷.

No se trata, pues, de un derecho a conocer todas las actuaciones con alguna repercusión medioambiental que lleve a cabo la empresa, sino tan sólo sobre aquéllas que tengas una repercusión directa sobre el empleo. Recordemos que el artículo 64.1 ET comienza por atribuir en abstracto un derecho informativo sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores. La diferencia entre ambas previsiones estriba en que –además de que el 64.1 ET no es directamente aplicable sino encorsetado por lo que disponga expresamente todo el precepto– mientras que el 64.1 ET habla de materias que “puedan” afectar, el artículo 64.2.b ET, en cuanto a la información medioambiental se ciñe a aquellas actuaciones que “tengan” una repercusión “directa” en el empleo. En definitiva, no caben especulaciones, la repercusión ha de existir y ha de ser directa en el empleo. Con todo, siempre queda la duda de qué es una repercusión directa en el empleo, y parece que ésta puede tanto cuantitativa –despidos o contrataciones–, como cualitativa –modificación de las condiciones de trabajo.

Pero si los representantes de los trabajadores ya tenían otorgadas competencias informativas en cuanto a cantidad (información en despidos individuales y colectivos e información acerca de nuevos contratos) y calidad (modificación sustancial de las condiciones de trabajo) del empleo independientemente de qué tipo de actuación –medioambiental o no– fuera la que causara tal afectación, ¿qué nuevo derecho introduce este precepto? Ciertamente, parece que lo que se está introduciendo es un derecho a

536 Interesante aproximación a este asunto es la encontrada en GUTIÉRREZ PÉREZ, M. *La protección del medio ambiente como factor condicionante de las relaciones laborales*. Aranzadi Social Vol.3 nº3, año 2010. Pág. 95 a 124.

537 Inspirado no en la Directiva que se transpone con la Ley 38/2007, sino seguramente en el Acuerdo Interconfederal para la negociación Colectiva de 2007, en el que específicamente se contempla “la información a los representantes de los trabajadores sobre actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo”.

conocer las implicaciones medioambientales de las medidas que afectan al empleo, y no solamente las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas de las mismas, con el fin de comprender desde la perspectiva ecológica la modificación en el ámbito laboral.

Lo que queda por resolver es quizá lo más importante de este inciso y no es sino qué es una actuación medioambiental. Como respuesta simple podría afirmarse que se trata de una actuación que influya en el medioambiente. Pero, ¿qué no influye en el medio ambiente? Desde una prospección petrolífera hasta la compra de papel para la impresora tienen una implicación medioambiental.

Concretando ya el derecho en cuestión, opino que lo que se está creando es el derecho a conocer las implicaciones medioambientales de las actuaciones que afecten al empleo, de modo que ante uno o varios despidos o contrataciones o ante uno o varias modificaciones –sustanciales o no- de las condiciones de trabajo, la empresa deberá informar sobre las implicaciones medioambientales de las razones que han llevado a tales cambios en el empleo. En la práctica, se trata de un derecho demasiado indeterminado como para que se haga efectivo con la debida frecuencia. Si, además, a dicha indeterminación se le suma la restrictiva interpretación que hacen los tribunales del contenido de los derechos del artículo 64 ET, cabe llegar a la conclusión de que este inciso no es sino un simple brindis al sol para aparentar una preocupación por el medioambiente en días en los que éste es constantemente maltratado por el sistema productivo a nivel mundial.

La segunda previsión relativa al ámbito medioambiental contenida en el artículo 64 ET se encuentra en su epígrafe 7.c al disponer éste que el comité de empresa tendrá la competencia de *colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren (...) la sostenibilidad ambiental de la empresa, si así está pactado en los convenios colectivos*⁵³⁸.

Se trata de una previsión sin efecto alguno puesto que sin el desarrollo convencional ninguna competencia tiene la representación de los trabajadores a este respecto. Por otra parte, y de concretarse, se trataría más bien de una obligación en la

538 Inspirado en los Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva desde 2005, y en la Declaración para el Diálogo Social de 2004, firmada también por el Gobierno autor del Proyecto que da lugar a la Ley 38/2007.

medida en que se trata de colaborar en una materia que no es de interés directo para los trabajadores como tales en la empresa. No obstante, y desde una perspectiva que va más allá de lo estrictamente laboral, la colaboración medioambiental podría suponer no una obligación como tal sino tal vez una carga en la medida en que todos, trabajadores incluidos somos receptores de los distintos tipos de contaminación o ataques diversos al medioambiente. Todavía más, si la contaminación del tipo de que sea se concentra en el centro de trabajo sí puede tener un efecto directo y perjudicial sobre los trabajadores con lo que la colaboración de la que habla el precepto podría ser en determinados casos una forma de implicar a la representación en asunto que influye directamente en la salud de sus representados. Piénsese en las competencias en cuanto a vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa, otorgadas por el propio artículo 64.7.b ET, que conjugadas con un desarrollo convencional podrían además suponer que la RLT, además de vigilar y controlar al empresario, colaborara con él en este tipo de asunto.

En todo caso y de nuevo, sin desarrollo convencional no hay derecho/obligación y sin esta previsión los convenios podrían haber creado tales competencias, de modo que de nuevo, se trata de una frase inocua desde el punto de vista legal que tan sólo supone un recordatorio de buena voluntad para las partes. Haría bien el legislador, cuando cree que algún tema es positivo, en regularlo convenientemente convirtiéndolo en un derecho/deber para que se materializara convenientemente, sobre todo cuando se trata de una creencia acertada. Parece que se quiera potenciar el respeto y protección del medio ambiente *ma non troppo*, o parece que se quiera hacer parecer que se potencia, sin hacerlo.

En la práctica, es muy inusual encontrar un desarrollo convencional de estos preceptos y cuando lo hay son de una timidez que no permite siquiera clasificarlos como derechos de origen convencional., Así, por ejemplo, el artículo 50.3 del Convenio Colectivo de ASEPEYO⁵³⁹, dispone lo siguiente en cuanto al Plan de Movilidad: “Aspectos como la progresiva reducción de desplazamientos, la potenciación de nuevas tecnologías, la conciliación de la vida personal y profesional, *la sostenibilidad ambiental*, la reducción de costes para empresa y trabajador, la mejora de la forma física y la salud del trabajador, se desarrollarán en el tiempo, tratando de hacerlas

539 Resolución de 1 de agosto 2013. LEG 2013\96823.

extensibles a todos los empleados e integrándolas en su trabajo diario”. Como se observa, se mezcla el tema ambiental con otros asuntos de diferente índole y enmarcado en un mandato abstracto según el cual “se desarrollarán en el tiempo, tratando de hacerlas extensibles”. Nada que ver con un derecho creado.

De hecho, los convenio que siquiera citan el asunto ambiental se limitan en su mayoría a transcribir lo dispuesto en el artículo 64 ET o lo dispuesto en el artículo 16.g de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales según el cual: “*Planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo*”.

En este sentido, los convenios que transcriben el apartado c del artículo 64.7 ET están, en cierto modo, pactando en el convenio colectivo que se colabore *con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren (...) la sostenibilidad ambiental de la empresa*. Suele ocurrir que las partes firmantes ni siquiera se molestan en eliminar la coletilla “*si así está pactado en los convenios colectivos*”, lo cual demuestra que se ha pasado por encima de este punto copiando y pegando lo que la ley transcribe. Así transcrito, además, el derecho/deber de colaboración no está concretado de modo que seguiría siendo necesario establecer algún tipo de protocolo de actuación en este sentido. En mi opinión, el establecimiento del mismo es lo que la ley pensaba cuando se estableció que se pactaran estas materias en convenio colectivo, pero está visto que a día de hoy es una materia que pasan por alto aquellos que negocian los Convenios.

Uno de los pocos que hace más hincapié en el asunto medioambiental es el Acuerdo en materia de formación, cualificación, empleo, negociación colectiva y prevención de riesgos laborales en el sector agroalimentario⁵⁴⁰. Su artículo 5.6 sí entra más en materia determinando que las partes se comprometen a promover la mejora del comportamiento ambiental de la empresa, participar en la identificación y evaluación de riesgos ambientales, participar en la elaboración, desarrollo y evaluación de políticas y planes de acción en materia de medio ambiente, participar en la implantación y funcionamiento de las medidas adoptadas para la sostenibilidad ambiental de las

540 Resolución de 26 de octubre 2011. RCL 2011\2025.

empresas, y participar en la implantación y funcionamiento ordinario de los sistemas de gestión ambiental.

Por su parte, el Convenio Colectivo para la regulación de las relaciones laborales de los Estibadores Portuarios en el Puerto de la Bahía de Cádiz 2014, en su artículo 40.7, dispone acerca de la prevención de riesgos que se habrá de planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo.

Poco más puede encontrarse entre nuestros convenios a este respecto.

2.5.4. Los derechos participativos sobre asuntos de índole laboral

Como no podía ser de otra manera, los derechos participativos sobre asuntos de índole laboral son los que ocupan la mayor parte del texto del artículo 64 ET en la medida en que el empleo tanto en cantidad como en calidad es lo que influye directamente a los trabajadores. Recordando de nuevo el contenido del primer párrafo del precepto, éste dispone que el comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la evolución del empleo en la misma, aunque siempre en los términos previstos en el propio artículo 64 ET.

Que los asuntos laborales “pueden afectar” a los trabajadores no es siquiera discutible, y por consiguiente, la evolución del empleo en la empresa será la gran parte de lo desarrollado por este precepto, en los términos previstos en el mismo, claro está. No fuera que se interpretara extensivamente este artículo otorgando algún derecho participativo que afectara al empleo pero que no estuviera previsto en el artículo 64 ET, o no lo estuviera de forma expresa y literal. Como se verá de seguido, la afectación al empleo será tanto cuantitativa como cualitativamente, contando con derechos los RLT tanto en momentos en los que el empleo aumenta o disminuye, como cuando éste varía su forma de prestarse, o simplemente en la vigilancia y control de los términos en los que el trabajo es prestado en la empresa.

Así como en los asuntos de índole económica el derecho concreto de los representantes era el de información, en cuanto a los asuntos laborales los derechos

otorgados por la norma son más variados, empezando también por el más laxo como es la información. Además de la información, existen competencias en cuanto a emisión de informes –nunca vinculantes en ambos casos, por supuesto-, consultas, así como competencias de vigilancia y control de la actividad empresarial. De ningún modo existen competencias referidas a la participación en asuntos laborales, desde luego el departamento de recursos humanos es el que ejecuta las órdenes de la dirección, sin que desde el banco social se participe activamente en ningún asunto. De hecho, la participación no existe en nuestro sistema, puesto que las ínfimas previsiones de sobre la misma no son siquiera un derecho sino una simple expectativa del mismo.

2.5.4.1. La información en materia laboral

Los derechos de información sobre materias relacionadas con el empleo se encuentran en diversos epígrafes del artículo 64 ET y abarcan diversos temas. Procedo, pues, a revisar el contenido de cada uno de ellos por separado, siendo que la periodicidad con la que haya de transmitirse cada uno ya ha ido estudiada en cuanto a los derechos de índole económica.

2.5.4.1.1. Previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, con indicación del número de estos, y de las modalidades y tipos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial (64.2.c)

De nuevo, y como ocurriera en cuanto a cierta información económica, se ha establecido una obligación para el empresario consistente en informar acerca de sus futuras intenciones o planes y no acerca de hechos consumados. Se trata de poner en conocimiento de los RLT las previsiones de realizar contratos de trabajo en un futuro, entiéndase que cercano. Las previsiones, como he dicho, no son hechos en sí mismos, de modo que la buena fe juega en este caso un importantísimo papel en la medida en que de lo que se trata es de que si existen planes de contratación hayan de ser puestos en conocimiento sin que quepa llevarlos de forma opaca para el banco social.

Desde luego, a posteriori cualquier plan trazado puede verse frustrado o modificado, de modo que tampoco podrá exigirse que las previsiones trasladadas a los RLT se cumplan íntegramente. Como decía, se trata de que si el empresario cree en un

momento dado que en un futuro indeterminado va a llevar a cabo contratos de trabajo⁵⁴¹, informe de ello convenientemente y dentro de la buena fe. Lo que se aventura casi imposible es determinar hasta qué punto el empresario puede dar información sesgada de lo que pretende hacer con el fin de reforzar su posición con el contrapoder que pretende ser la RLT en la empresa. Es decir, hasta qué punto pueden controlarse actuaciones empresariales tendentes a esconder las previsiones alegando en el momento de la contratación que ésta se ha decidido en el momento ante una eventualidad, o tendentes a informar de unas contrataciones más altas de las que realmente se pretenden llevar a cabo con el fin de apaciguar al banco social. O al contrario, tendentes a informar sobre menos contrataciones de las que se pretenden o necesitan con el fin de dar impresión de ceder en una ulterior negociación. Demasiados son los problemas derivados de un derecho/deber indeterminado y futurible. En este sentido, parte de la Doctrina conviene que sólo una probada ocultación de los planes empresariales podría considerarse como incumplimiento del precepto, no la simple discordancia entre lo anunciado (o silenciado) a la representación de los trabajadores y lo realizado.⁵⁴²

Con todo, el hecho de que se trate de informaciones que han de facilitarse trimestralmente, fuerza al empresario a pasar periódicamente una especie de plan o informe con dicha periodicidad, puesto que si la obligación se hubiera indeterminado en el tiempo ésta se diluiría todavía más de lo que por sí lo hace por su naturaleza incierta. La manera de dar fuerza a este derecho pasaría, a mi entender, por exigir una forma más concreta de traslado de la información así como por otorgar a los representantes un derecho de consultas o al menos de emitir informe escrito sobre las futuras contrataciones, de modo que estos pudieran dar su opinión sobre las necesidades futuras de mano de obra, tanto en cantidad como en calidad, que hay en la empresa o centro.

En cuanto a la concreción de esta obligación, es necesario informar del número de contratos, de la modalidades y de los tipos, con indicación expresa de que también entran en la previsión los contratos a tiempo parcial, lo cual a mi entender hubiera sido

541 El precepto habla tan sólo de contratos sin referirse a que estos hayan de ser de trabajo, no obstante, del contexto del epígrafe no puede sacarse conclusión diferente puesto que se refiere a modalidades, tipos y contratos a tiempo parcial.

542 SEMPERE NAVARRO, A.V. *La Preparación del Contrato*. Documentación Laboral, 34/1991, 19. Opinión apoyada y citada por PÉREZ AMORÓS, F. *Derechos de información... op. cit.* Pág. 53 y 54.

de la misma forma sin la previsión expresa. Los contratos de los que hay que informar son todos los laborales sin excepción alguna, de modo que no tan sólo hay que tener en cuenta los que sean a tiempo parcial sino también, los indefinidos, temporales, referidos a relaciones laborales especial, etc., hayan de constar por escrito o no. Esto resulta evidente por la literalidad del precepto que se refiere a expresar modalidades y tipos de los contratos previstos. Estas tres exigencias (“número, “modalidad” y “tipo”) constituyen la aportación de la Ley 2/1991 para que los representantes tengan conocimiento real de la “evolución del empleo” a la que ya se refiere el precepto 64.1.1 ET.⁵⁴³ Cabe destacar que esta obligación está diferenciada de la que posteriormente se estudiará consistente en la entrega de las copias básicas de los contratos.

En cuanto a la concreción del contenido de este derecho, se ha suscitado en sede judicial si la misma pasa por que los representantes de los trabajadores deban conocer el listado de vacantes en la empresa en su totalidad, con indicación de plaza, categoría profesional, ubicación y destino. Pues bien, el Tribunal Supremo⁵⁴⁴ ha desechado esta idea, indicando que el artículo 64.2.c ET no puede interpretarse tan extensivamente. Si bien, la concreción demandada por los sindicatos consistente en conocer también plaza, categoría, ubicación y destino, no tiene mucho encaje legal, el hecho de informar sobre la vacante sí lo tiene en mi opinión en la medida en que dicha vacante pretenda ser cubierta por la empresa. Entiendo también que existe una presunción de que una vacante ha de ser cubierta en la medida en que de lo contrario ésta no sería tal (independientemente de que ésta se cubra en un plazo mayor o menor).

Como en todos los casos, este derecho puede ser aumentado o detallado por la negociación colectiva que, en algunos casos ha otorgado un papel bastante activo a la RLT en los procesos de selección destinados a cubrir vacantes⁵⁴⁵.

No parece que el derecho emanado de este epígrafe se extienda también a conocer las previsiones de destrucción de empleo, sino solamente a las de creación del mismo. Considero que es necesaria una previsión en este sentido puesto que el empleo en la empresa supone un flujo no solamente de entrada sino también de salida, con lo que conocer tan sólo una de las dos caras dicha moneda supone obtener una

543 PÉREZ AMORÓS, F. *Derechos de información... op. cit.* Pág. 53.

544 En Sentencias como la de 1º de junio de 2010 (Rec. 60/08) EDJ 2010/196299).

545 Convenio de la empresa CLH, artículo 20. BOE 13-09-2006.

información sesgada que no permite conocer la realidad empresarial ni desarrollar la labor representativa como corresponde. En todo caso, y como el derecho a conocer “la evolución del empleo” en la empresa –lo cual sí contemplaría la destrucción del mismo– se lleva cabo “en los términos previstos en este artículo”, me parece aventurado determinar que del epígrafe c del apartado 2 del artículo 64 ET se sustrae el derecho a conocer las previsiones en cuanto a despidos.⁵⁴⁶ PÉREZ AMORÓS, sí defendía esta opinión con base a la antigua redacción del precepto⁵⁴⁷ que a día de hoy ha sido modificado en los términos que a continuación se expondrán.

Pero que no esté regulado en el mismo epígrafe no significa que los RLT no tengan derecho a conocer la destrucción del empleo futura. De esta forma, y acudiendo al artículo 64.5 ET, encontramos una previsión acerca de ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del empleo, incluyendo consulta cuando se prevean cambios al respecto. Es decir, que aunque en epígrafe distinto, el derecho que quedaba incompleto según la redacción del artículo 64.2.c ET, se completa. La razón de haber separado ambas caras de la moneda es que lo concerniente a la destrucción probable del empleo puede incluso dar lugar a unas consultas, de manera que, lejos de haber olvidado esta parte, se ha tratado incluso de reforzarla a raíz de la entrada en vigor de la Ley 38/2007.

En este sentido, el conocimiento de la destrucción de empleo en la empresa y que es parte fundamental de la evolución del mismo, es también instrumentalizado en nuestro ordenamiento mediante otros cauces como el periodo de consultas en los procedimientos de despido colectivo o el conocimiento de los documentos relativos a la terminación de la relación laboral por parte de los representantes de los trabajadores.

Distintos son los supuestos de previsión de prórrogas en los contratos temporales ya existentes, puesto que si bien el trabajador en concreto ya forma parte de la empresa, la prórroga sí es un aumento del empleo futuro en la misma. Pese a que el

546 PÉREZ AMORÓS, F. *Derechos de información... op. cit.* Pág. 53.

547 Su opinión se basaba en la siguiente redacción del artículo 64.1.1º: “Recibir información, que le será facilitada trimestralmente, al menos, sobre la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, sobre la situación de la producción y ventas de la entidad, sobre su programa de producción y *evolución probable del empleo en la empresa*, así como acerca de las previsiones del empresario sobre la celebración de nuevos contratos, con indicación del número de estos y de las modalidades y tipos de contratos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, de la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial y de los supuestos de subcontratación.”

precepto hable de “nuevos contratos”, veo mucho más defendible que haya que informar de la previsión de prórrogas en la medida en que la naturaleza de la misma no es sino alargar la vida de un contrato suponiendo lo más parecido a realizar uno nuevo.

En cuanto a la forma en la que se han de transmitir las informaciones citadas, y de la misma manera que se argumentó para las previstas en el artículo 64.2.a y b, éstas habrán de darse por escrito.

2.5.4.1.2. La realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial (64.2.c)

También han de facilitarse informaciones sobre las horas complementarias realizadas por los trabajadores contratados a tiempo parcial. Según el artículo 12.5 ET se consideran horas complementarias las realizadas como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial. Existe una especial previsión de control sobre la realización de estas horas en la medida en que al tratarse de contratos a tiempo parcial para los cuales se considera que no hay trabajo efectivo a realizar más allá de las horas contratadas, las horas complementarias tienen una consideración especialmente inusual.

No parece que se trate ya de previsiones acerca de, sino de realización efectiva de la misma. En parecido sentido se expresa el apartado b) de la DA 31 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, al disponer que los representantes de los trabajadores tendrán derecho ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 ET.

Y refiriéndose a dicho precepto, el TS⁵⁴⁸ ha señalado que “no existe garantía de un conocimiento anticipado de las horas extraordinarias programadas, cuya realización práctica puede incluso ser desconocida por la empresa hasta su puesta en práctica”.

Con todo, cabe discutir si se trata de un derecho sobre previsiones o sobre horas complementarias efectivamente realizadas, para lo cual será de ayuda el estudio del derecho informativo sobre subcontrataciones que se verá a continuación.

548 STS, de 1 de marzo de 1999.

En cuanto al contenido del derecho, parece que éste se limita a conocer el número de estas horas realizadas o previstas, pero es más discutible que alcanzara el derecho a conocer otros pormenores como, por ejemplo, las causas –organizativas- que hayan podido dar lugar a la necesidad de su realización. Creo que este inciso debería aparecer explícitamente en el precepto, puesto que de lo que trata el mismo es de evitar un uso abusivo de este tipo de horas en trabajadores a tiempo parcial que pudieran ir en detrimento del trabajo a tiempo completo, con lo que la realización de estas horas complementarias debería, en todo caso, tener un carácter extraordinario, lo cual tan sólo puede controlarse fehacientemente conociendo las causas que han dado lugar a la realización de las mismas.

2.5.4.1.3. Supuestos de subcontratación. (64.2.c)

El artículo 64.2.c ET termina por incluir “los supuestos de subcontratación” entre las materias sobre las cuales el comité de empresa tiene derecho a ser informado trimestralmente. Nada dice la Ley acerca del contenido de dicha información ni cómo ésta debe concretarse, cabría pues, comenzar por tratar de definir la subcontratación y podría hacerse de la siguiente manera: “toda relación que se establece entre dos empresa cuando una de ellas (auxiliar) trabaja por cuenta de otra (principal) en la realización de productos o procesos particulares bajo las instrucciones concretas de ésta”⁵⁴⁹

Resulta, no obstante, muy difícil diferenciar una relación empresa principal/empresa auxiliar con otra relación meramente de proveedor/cliente. Y ello es así en la medida en que las contrataciones no se refieren tan sólo a las actividades que son consideradas propia actividad de la empresa, sino que van más allá. De hecho, y del precepto estudiado se deduce que son objeto del derecho de información referido todas las contrataciones y no tan sólo las que sean de propia actividad de la empresa principal⁵⁵⁰. Si el legislador hubiera querido limitar la información a las primeras debería haberlo hecho expresamente. En este sentido, puede concluirse que son objeto de este derecho, las subcontrataciones tanto en aquellos casos de carácter coyuntural o temporal que se

549 PÉREZ AMORÓS, F. *Derechos de información... op. cit.* Pág. 58.

550 Sobre la definición de subcontratación como concepto económico más amplio y como concepto jurídico más limitado a la propia actividad: PÉREZ CAPITÁN, L. *El derecho a la... op. Cit.* Pág. 2274.

dan ante casos de acumulación de trabajo como en los de orden estructural, funcional o de ejecución cuando por razones, principalmente, de especialidad técnica, la empresa subcontratista participa parcialmente en la elaboración del producto final⁵⁵¹.

Esta referencia a la subcontratación fue incluida a posteriori y a raíz de la Ley 2/1991, ante el aumento de la descentralización productiva en el tejido empresarial español y mundial, con todo, antes de dicha inclusión cabría haberse preguntado si dicha información sobre subcontratación no podría haber tenido ya cabida dentro del “programa de producción” sí mencionado originalmente. En todo caso, siempre es positivo definir mejor y más detalladamente el contenido de todo derecho.

En cuanto al contenido del derecho, parece que el precepto se refiere a informar sobre las contrataciones que ya han tenido lugar, y así lo defiende MARTÍN VALDEVERDE⁵⁵² señalando que “la ley 2/1991, a diferencia de lo que sucede con la celebración de nuevos contratos, no habla de información previa o de información sobre previsiones. Debe entenderse, por tanto, que el empresario sólo está obligado a dar cuenta de tales supuestos de subcontratación, una vez celebrados los contratos de ejecución de obras y servicios correspondientes. De todas maneras, una información cabal sobre planes de producción y sobre previsiones de empleo no podrá prescindir normalmente del espacio que en unos y otras se reserva a las operaciones o actividades que, en su caso, vayan a ser objeto de subcontratación”.

Sin embargo, y discrepando de su opinión, a día de hoy es necesario acudir al artículo 42.4 ET para concluir que no es así exactamente, y que lo que determina el artículo 64 ET es un derecho a ser informado de las previsiones acerca de las futuras contrataciones, de la misma manera que lo hiciera en cuanto a previsiones de celebración de nuevos contratos.

De la literalidad del precepto se extrae que el artículo 64 ET implica un derecho a conocer las previsiones sobre subcontratación, mientras que éste artículo 42.4 ET es el que otorga derechos concretos de información sobre las subcontrataciones que son ya una realidad.

551 PÉREZ AMORÓS, F. *Derechos de información... op. cit.* Pág. 58.

552 MARTÍN VALVERDE, A. *La ley sobre información... op. Cit.* pág. 7.

Además, el propio artículo 42, en su epígrafe 5 viene a exponer que la empresa contratista o subcontratista deberá informar igualmente a los representantes legales de sus trabajadores, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos extremos a que se refieren el apartado 3 del propio artículo 42 ET y las letras b) a e) del apartado 4 del mismo.

Es decir, que de parte de la empresa contratista o subcontratista, existe un derecho informativo en los mismos términos que para la empresa principal.

Cabe en este momento, al menos, mencionar que el TS⁵⁵³ ha venido interpretando restrictivamente el contenido del artículo 42.4 y 5 limitando el contenido del derecho de información de los trabajadores a lo estrictamente literal del precepto, denegando el derecho a recibir información más amplia y declarando que la jurisprudencia recaída hasta la fecha no permite llevar el alcance de las materias acogidas al derecho de información más allá de los términos empleados por los preceptos en los que el mismo se regula.

Si ha sido necesario acudir a otro precepto para determinar que lo que el artículo 64.4.c ET otorga son derechos sobre previsiones también en cuanto a subcontratación, entendiendo que “las previsiones del empresario” atañen a todo lo dispuesto en dicha letra del artículo, y no tan sólo en cuanto a la celebración de nuevos contratos, cabe llegar a la conclusión de que la información sobre horas complementarias llevadas a cabo por los trabajadores a tiempo parcial también se refiere a la previsión sobre las mismas, pero no sobre las horas efectivamente realizadas. En todo caso, parece ilógico que existan previsiones trimestrales sobre un aspecto que debería ser extraordinario como son las horas complementarias de los trabajadores a tiempo parcial.

Volviendo a la subcontratación, el contenido del derecho sobre previsiones no es definido por el artículo 64 ET, pero existiendo un listado en cuanto a la información a facilitar sobre subcontrataciones ya realizadas, cabría análogamente deducir que, siempre que la empresa cuente con ellos, esos son los datos a facilitar, siempre dentro de la buena fe y entendiendo que los datos sobre previsiones no pueden ser tan exactos como los datos sobre hechos consumados.

553 STS de 20 de junio de 2012 (RJ/2012/9966).

En todo caso, conviene destacar que la jurisprudencia⁵⁵⁴ ha determinado que el derecho a recibir información en materia de subcontratación comprende la referente al número de trabajadores ocupados en la empresa en relación a las empresas contratistas y subcontratistas, así como a las asistencias técnicas y encomiendas de gestión concertadas, pero no la concerniente a la identidad de los trabajadores, puesto de trabajo que ocupan, tipo de contrato y categoría profesional.

2.5.4.1.4. Estadísticas sobre el índice de absentismo y las causas (64.2.d)

También existe un deber de informar sobre el índice de absentismo y las causas del mismo en la empresa. Esto ha de implicar necesariamente la aportación de datos estadísticos sobre cuántos trabajadores con respecto al total de la plantilla –sin excluir a ningún trabajador ya sea a tiempo parcial, temporal o de otro tipo- incurren en causas de absentismo, y por cuánto tiempo.

También ha de informarse sobre las causas del absentismo, es decir, que no queda cumplida la obligación empresarial informando de cuánto absentismo, hay sino que es necesario especificar de qué tipo es éste. Esta especificación es fundamental en la medida en que el absentismo puede responder a causas muy diversas que van desde las incapacidades temporales –con indicación si son de origen profesional o común-, hasta los permisos –retribuidos o no-, pasando por situaciones de huelga de los trabajadores.

Es determinante el conocimiento específico de las causas del absentismo, además de por el hecho de que los representantes de los trabajadores deben velar por el respeto a la legislación laboral en general, en concreto, puesto que el artículo 52.d ET especifica que el absentismo puede dar lugar a la imposición de un despido objetivo si se superan determinados umbrales, incluso cuando éste está justificado.

Este precepto supone un claro atentado contra los derechos de los trabajadores que pueden ver su relación laboral extinguida con base en unas ausencias justificadas y que suelen ser derivadas de procesos de enfermedad. Es por ello que los representantes de los trabajadores deben conocer al detalle las estadísticas de absentismo –el 52.d) se aplica a partir de un 5% anual y un 20% o 25% en 2 o 4 meses respectivamente- y de sus

554 STS, de 20 de junio de 2012 (RJ 2012/9966).

causas, puesto que ciertos supuestos de absentismo no pueden ser tenidos en cuenta para el cálculo de los porcentajes que tiene en cuenta el precepto.

2.5.4.1.4.1 Referencia al derecho a la intimidad de los trabajadores

Resulta muy importante en el estudio de todo el epígrafe d) del artículo 64.2 ET, el tratamiento que ha venido dando la jurisprudencia a los límites entre los derechos de información de los representantes de los trabajadores y el derecho de intimidad de los trabajadores. De este tratamiento surgirá la respuesta a si la información sobre ciertos temas laborales se ha de limitar a datos estadísticos o si estos datos han de concretarse además informando sobre a qué trabajadores concretos se refieren.

Han dispuesto nuestros tribunales⁵⁵⁵ que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuales puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. También han advertido nuestros Tribunales que estos poderes, de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos.

Con todo, y a continuación de facilitar esta definición del contenido esencial del derecho a la protección de datos, el Tribunal viene a recordar el derecho de los RLT a recabar cierta información, mencionando expresamente el derecho a conocer las estadísticas sobre el índice de absentismo y sus causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los

555 STSJ de Murcia, de 24 de abril de 2004, en la que se cita numerosa jurisprudencia constitucional.

estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen, del artículo 64.2.d ET. Como conclusión, expone el tribunal que no es necesario recabar el consentimiento previo de los interesados para ceder los mencionados datos, puesto que se trata de una información que, en realidad, es fácilmente accesible, y que no se puede con ellos, en modo alguno, confeccionar un perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.

Parece, pues que no es necesaria autorización de los trabajadores para transmitir datos personales a los RLT en la medida en que estos vayan a ser tratados por ellos con una finalidad regulada y consistente en la defensa de los intereses obreros mediante el uso de sus competencias de información. No queda claro, no obstante, qué ocurriría si existiera una expresa negativa de algún trabajador a ceder sus datos personales para estos fines. Esta coyuntura se ha dado especialmente con respecto a los datos contenidos en los boletines de cotización TC1 y TC2, siendo que la conclusión de los tribunales⁵⁵⁶ es que si algún trabajador expresamente se niega a que la empresa ceda ciertos datos personales a la RLT, la empresa puede tacharlos de los mencionados documentos. En definitiva, parece existir una presunción de consentimiento de cesión de datos personales a los RLT dentro de los derechos otorgados a estos, pero que puede ser limitada expresamente por mandatos de los interesados.

Sentadas estas bases, la cuestión reside pues en determinar qué datos son susceptibles de ser arrebatados a los representantes de los trabajadores por parte de los propios representados y qué otros datos no lo son por entenderse que su transmisión en nada conculca la intimidad de los trabajadores a la vez que su negación sí conculcaría los derechos de los representantes limitando o evitando su labor. Esclarecedora es la Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de febrero de 2009⁵⁵⁷, que al respecto de la transmisión de datos de carácter económico dictamina que ésta puede y ha de producirse en todo caso por los motivos expuestos. En concreto, dispone esta sentencia que las retribuciones que el trabajador obtiene de su trabajo no pueden en principio desgajarse de la esfera de las relaciones sociales y profesionales que el trabajador

556 STSJ del País Vasco, de 20 de noviembre de 2007 (REC 2306/07), con referencia a STS de 11 de marzo de 1999 (REC. 3301/1998).

557 RJ 2009/1620.

desarrolla fuera de su ámbito personal e íntimo, para introducirse en este último, y hay que descartar que el conocimiento de la retribución percibida permita reconstruir la vida íntima de los trabajadores. Además, por sí solo, el dato de la cuantía retributiva, aparte de indicar la potencialidad de gasto del trabajador, nada permite deducir respecto a las actividades que, sólo o en compañía de su familia, pueda desarrollar en su tiempo libre. Por último, recuerda el Tribunal que aún antes de la Ley 2/1991 los salarios percibidos eran ya accesibles al conocimiento de los representantes de los trabajadores, en cuanto tales salarios sirven de base de cotización a la Seguridad Social, y dichos representantes pueden conocer y comprobar los correspondientes documentos de cotización. Otro factor que recalca la Sala consiste en que el principio de autonomía de la voluntad aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad, y que por ello es constitucionalmente justificable el virtual sacrificio de la esfera de lo individual en función de los intereses colectivos tutelados por la representación del personal, lo cual, no sólo no es incompatible con ámbitos de libertad personal, sino que los asegura actuando como garantía básica de situaciones jurídicas individualizadas y contribuyendo decisivamente tanto a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores como al bienestar social general. Por otro lado, la autonomía privada está sometida en el Derecho del Trabajo a límites estrictos, también de relevancia constitucional, como, por ejemplo, la prohibición de no discriminación que permite justificar un acceso a cláusulas contractuales, especialmente las de carácter retributivo, dada además la prohibición específica que establece el art. 35.1 CE, in fine.

2.5.4.1.5. Los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, y los índices de siniestralidad (64.2.d)

El mismo epígrafe d) del artículo 64.2 ET prosigue otorgando un derecho de información a los RLT sobre los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias. Si se ha debido informar sobre el absentismo y sus causas, siendo que éstas pueden ser AT o EP, cuando estos ocurren el deber de información se extiende. Y lo hace ya que es necesario discernir entre unos y otras y ya que es necesario informar sobre las consecuencias de los mismos, pudiendo ser estas diversas ya que de ellas pueden derivar Incapacidades Temporales, pero también la muerte del

trabajador o quizá lesiones no invalidantes, o incluso ninguna consecuencia valorable para la salud de los trabajadores.

Cabría plantearse si las consecuencias de un accidente de trabajo o enfermedad profesional se limitan a las de este tipo, es decir, a las que se refieren a la salud de los trabajadores, o si por el contrario los RLT tienen derecho a conocer también otro tipo de consecuencias tales como los daños materiales surgidos a raíz de un accidente, las implicaciones a nivel de seguros del mismo, la imposición de multas o recargo de prestaciones a la empresa, o quizá la reordenación de medios técnicos pero también humanos derivados de la baja de un trabajador accidentado o enfermo. Desde luego, el precepto no entra a detallar qué tipo de consecuencias son las que han de darse a conocer, con lo que cabría sacar que del contexto de la norma en la que se han regulado, se refiere más bien a las consecuencias que tengan implicación en el trabajo. Así, habría un derecho a conocer las consecuencias sobre la salud del trabajador en cuestión y también sobre la implicación sobre el trabajo de aquellos que hayan de cubrir los huecos a raíz de las bajas –reorganización de los trabajadores que ya prestan servicios, contratación de interinos, nueva contratación para cubrir baja de un trabajador fallecido, etc.- Con todo, y siendo que los tribunales vienen interpretando restrictivamente el contenido de los derechos contenido en el artículo 64 ET, no sería de extrañar que negaran incluso el derecho a conocer las consecuencias citadas de reorganización limitando el derecho a las consecuencias sobre la salud de los trabajadores con enfermedad o accidentados.

En cuanto a los propios AT, será necesario informar sobre el número de los mismos y sobre cómo estos han ocurrido, debiendo permitir el acceso al expediente derivado de los mismos a los representantes. En lo que a EP se refiere, será necesario informar de cuáles son las que se han dado y en qué número. Si tan sólo hubiera un derecho a conocer cuántos accidentes o enfermedades hay bastaría con la previsión acerca de informar sobre los índices de siniestralidad, de modo que la información sobre los propios AT o EP ha de referirse a la naturaleza de los mismos y a cómo estos han sucedido. Se trata, pues de informar del hecho y de sus causas –al menos más inmediatas-. Llama la atención que se hayan explicitado las consecuencias de AT y EP pero no se explicita el deber de informar sobre sus causas, puesto que la prevención es uno de los pilares básicos sobre los que descansa el papel de los representantes. Desde

luego, es importante saber qué consecuencias ha habido tras un accidente, pero quizá todavía lo es más saber qué causa ha dado lugar al mismo para evitar accidentes futuros. Recuérdese que el propio artículo 64.7.a.2 ET otorga competencias “*De vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa, con las particularidades previstas en este orden por el artículo 19 de esta Ley*”, y de ello ha de concluirse que el conocimiento de las causas viene reconocido, aunque no sea explícitamente por el precepto estudiado.

Téngase en cuenta en este apartado –me refiero al artículo 64.2.d en su conjunto- que estas facultades informativas no han de confundirse con las facultades otorgadas a delegados de prevención o a comités de seguridad y salud. En especial, ya que estos solamente pueden existir en empresa de al menos 50 trabajadores, mientras que las competencias del 64.2.d son propias incluso para delegados de personal en empresas de incluso 6 trabajadores. Así, mientras que los sujetos titulares de los derechos otorgados en el artículo 64 ET son unos, como ya hemos visto, los titulares de los derechos reconocidos en los artículos 36 y 39 de la LPRL, son otros. A grandes rasgos, puede afirmarse que el papel de la representación especializada en materia de seguridad y salud otorga competencias que van más allá de la mera información existiendo consultas e incluso algún tipo de participación activa, mientras que la información y nada más que ésta en este punto es garantizada a los RLT cubiertos por el artículo 64 ET. Con todo, el hecho de que la representación especializada conozca ciertos datos al respecto de los regulados en el 64.2.d ET no es óbice para que la misma se haga llegar de forma independiente a los órganos de representación genérica o a los delegados de personal existentes.

2.5.4.1.6. Los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral (64.2.d)

De este inciso se ha de concluir no tan sólo la obligación de informar sobre la existencia de estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral, si es que los hay, sino también la propia obligatoriedad de llevarlos a cabo. No obstante, no existe en toda el ET mención especial a dichos estudios y en la LPRL la mención es indirecta y aparece en el artículo 36.2.a a propósito de las competencias de los comités de seguridad y salud, afirmando que estos estarán facultados para “acompañar a los técnicos en las evaluaciones de carácter preventivo del medio ambiente de trabajo”. De

nuevo parece que ha de haber unas evaluaciones –distinto término que “estudios”, pero asimilable-. Se refiere sin duda el precepto a la evaluación de riesgos laborales mencionada en el artículo 16.2.a LPRL

Se aprecia, en todo caso, la diferencia de derecho otorgado al comité de seguridad y salud que puede “acompañar” a los técnicos, y las competencias del comité de empresa que se limitan a ser informados de los resultados de las evaluaciones o estudios que surjan del trabajo de dichos técnicos.

2.5.4.1.7. Los mecanismos de prevención que se utilicen (64.2.d)

Los mecanismos de prevención que se utilizan en la empresa han de aparecer en el plan de prevención que ésta lleve a cabo, con lo que parece obvio que este plan ha de ser puesto en conocimiento de los RLT según este precepto. Este plan, según el artículo 16.1 LPRL deberá incluir la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa, en los términos que reglamentariamente se establezcan. En lo concreto, se habrá de informar también de los equipos de trabajo y medios de protección de los trabajadores mencionados en el artículo 17 LPRL.

Este precepto va en consonancia con el artículo 19.c) del Convenio 155 OIT sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, de 1981, según el cual deberán adoptarse disposiciones a nivel de empresa en virtud de las cuales los representantes de los trabajadores en la empresa reciban información adecuada acerca de las medidas tomadas por el empleador para garantizar la seguridad y la salud y puedan consultar a sus organizaciones representativas acerca de esta información, a condición de no divulgar secretos comerciales.

A propósito de los riesgos laborales, es preciso indicar ahora que los RLT gozan de una facultad de participación en caso de riesgo grave e inminente consistente en la capacidad de paralizar la actividad en los términos descritos por la LPRJ en su artículo 21.3⁵⁵⁸. En consonancia y con respecto a las competencias de vigilancia y control del

558 *“Cuando en el caso a que se refiere el apartado 1 de este artículo el empresario no adopte o no permita la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores, los representantes legales de estos podrán acordar, por mayoría de sus*

64.7 ET, el artículo 19.5 ET viene también a establecer que los órganos de representación específica o los unitarios en su defecto que aprecien una probabilidad seria y grave de accidente por la inobservancia de la legislación aplicable en la materia, requerirán al empresario por escrito para que adopte las medidas oportunas que hagan desaparecer el estado de riesgo, pudiendo acudir a la autoridad competente si pasados cuatro días no hubiese respuesta por parte de la empresa. Incluso, cuando el riesgo de accidente fuera inminente, la paralización de las actividades podrá ser acordada por decisión de los órganos competentes de la empresa en materia de seguridad que deberán comunicar tal acuerdo de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, la cual, en veinticuatro horas, anulará o ratificará la paralización acordada.

En definitiva, todo el epígrafe d) del artículo 64.2 ET otorga competencias de información referentes a la seguridad y salud en el trabajo y en clara consonancia con las competencias otorgadas a la representación específica en esta materia pero nunca solapándose sino más bien complementándose. Más allá de este propio epígrafe, el contenido que en él se menciona es uno de los pilares básicos para el cumplimiento del derecho de vigilancia y control de la normativa en materia de prevención que el artículo 64 ET viene a otorgar a los mismos sujetos más adelante en el epígrafe 7.a.2.

2.5.4.1.8. Modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa (64.4.b)

Pasando a epígrafe distinto dentro del artículo 64 ET, el siguiente derecho informativo se concreta en lo dispuesto en el 64.4.b que otorga al Comité de Empresa el derecho a conocer los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa así como los documentos relativos a la terminación de la relación laboral, con la periodicidad que proceda en cada caso.

De la misma forma que se ha dicho para los documentos contables, conocer se refiere a poder consultar y saber su contenido, pero no se concreta en la capacidad de tener copia de los mismos. En cuanto a la periodicidad, y en la medida en que no existen plazos concretos en cuanto a la contratación, más allá de lo que la propia

miembros, la paralización de la actividad de los trabajadores afectados por dicho riesgo. Tal acuerdo será comunicado de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, la cual, en el plazo de veinticuatro horas, anulará o ratificará la paralización acordada.”

empresa quiera respetar, cabe entender que el momento del conocimiento es, en cada caso, cuando existan o se redacten tales modelos de contrato de trabajo, así como cuando se produzcan las mencionadas terminaciones de relaciones laborales.

Ya en cuanto al contenido del derecho, éste ha de concretarse en la notificación a los RLT de los contratos de trabajo escritos que se hayan llevado a cabo, pese a que no exista obligación legal de hacerlo. Se trata de una previsión que viene a completar la contenida en el mismo epígrafe y según la cual es necesario entregar copia básica de los contratos que cuenten con ella. En lo concreto, deberá el empresario notificar los contratos realizados de acuerdo con las modalidades de contratación por tiempo determinado previstas en el artículo 15 ET, cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los mismos, pero también, los contratos de trabajo que se hayan celebrado por escrito aunque dicha formalidad no sea requerida por ley. Se ha determinado también por los tribunales⁵⁵⁹ la necesidad de notificar los modelos de contratos de alta dirección con amparo en este epígrafe.

La notificación deberá contener, según el antiguo TCT⁵⁶⁰, el nombre del trabajador, la duración del contrato, el objeto, la categoría profesional y la modalidad contractual.

2.5.4.1.9. Los documentos relativos a la terminación de la relación laboral (64.4.b)

Junto a la creación o previsión de nuevo empleo, la destrucción del mismo forma parte de la evolución de éste en la empresa, con lo que el derecho de los representantes a ser informados sobre lo que le atañe quedaría del todo incompleto si no existiese una previsión como la que presenta el artículo 64.4.b ET.

Así, el empresario ha de facilitar los documentos relativos a la terminación de la relación laboral, sin haber especificado cuáles son estos documentos. En todo caso, cabe entender que tienen los representantes derecho a recibir los mismos documentos de los cuales dispongan los propios trabajadores despedidos.

Vaya por delante que, cuando lo que se pone en marcha es un procedimiento de despido colectivo cabrá acudir con peculiaridad a lo establecido en el artículo 51 ET,

559 STSJ de Castilla y León, Burgos, de 24 de julio de 2002. (AS 2002/4207).

560 STCT de 13 de febrero de 1986 (RTCT 1986/1321).

así como a su desarrollo contenido en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

En cuanto a las extinciones individuales, éstas pueden consistir en cualquiera de las causas descritas por el artículo 49 ET, y cuyas principales figuras son las de los despidos disciplinarios, despidos por causas objetivas, bajas voluntarias o terminaciones de contratos temporales. La documentación común a todas ellas es el documento del finiquito que pone fin a la relación laboral desglosando las cantidades debidas entre las partes dejando saldada y, obviamente, finiquitada la relación laboral entre las partes, siempre a salvo de que ésta sea impugnada. De esta manera, los representantes han de tener acceso a dichos finiquitos en cumplimiento del precepto ahora estudiado.

Por otra parte, en los despidos ya sean disciplinarios o por causas objetivas, ha de existir una carta de despido en la que se clarifiquen las causas que han llevado al mismo en términos suficientes tanto de fondo como de forma. Dichas cartas han de ser, pues, puestas a disposición de los RLT. Establece el artículo 53.1.c ET que en el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento. Con todo, la jurisprudencia ha venido matizando este precepto y tenido que aclarar que lo que en realidad es necesario entregar a los representantes es la carta de despido y no tan sólo un escrito de preaviso del mismo, ni es tampoco suficiente la comunicación verbal del despido a los representantes⁵⁶¹. En todo caso, del propio artículo 64.4.b ET ya se detrae esta idea, siendo que el 53.1.c ET puede venir a matizar que además de la carta haya que entregar el preaviso. Parece bastar con que los representantes tengan o hayan tenido acceso a las mencionadas cartas de despido sin ser necesario que se les entregue copia. Al menos así lo vino a entender el Tribunal Superior de Justicia de las islas Baleares, en sentencia de 23 de septiembre de 2010⁵⁶², en la que no entendió vulnerado el requisito de informar a los representantes o de dar copia a los mismos en un supuesto en el que se estimó que los RLT estaban presentes en el momento de entrega de las cartas a los

561 STS de 7 de marzo de 2011 (RJ 2001/3112).

562 AS 2010\1936.

trabajadores y lectura de las mimas, habiendo incluso firmado en el reverso de las mismas.

El mayor efecto práctico en este sentido es que al determinar que la obligación de entrega de la carta emana del artículo 53 ET y no tan sólo del 64 ET, su incumplimiento no es tan sólo una vulneración del derecho de información de los trabajadores, sino también una vulneración de los requisitos formales imprescindibles para ejecutar un despido, con lo que la consecuencia de su incumplimiento hace devenir al despido como improcedente –antes nulo-, tal y como han determinado multitud de pronunciamientos judiciales⁵⁶³.

En cuando a las bajas voluntarias, siempre y cuando éstas hayan sido comunicadas por escrito a la empresa por parte de los trabajadores, la empresa deberá dar traslado de la carta de baja voluntaria a los representantes de los trabajadores, también en cumplimiento del mandato estatutario.

También, la comunicación de finalización de un contrato temporal por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, ha de ser comunicada a los representantes, así como los preavisos pertinentes notificados por escrito.

En el plano administrativo, la empresa hace entre en el momento de la finalización de un contrato de un certificado de empresa que el trabajador ha de presentar en las oficinas del desempleo y en el que se indica, entre otras cosas, la causa de la extinción de la relación laboral. También debería, pues, hacerse entrega o al menos mostrarse a los RLT dicho documento.

2.5.4.1.10. Sanciones impuestas por faltas muy graves (64.4.c)

También tienen derecho los representantes de los trabajadores a ser informados sobre todas las sanciones impuestas por faltas muy graves, con lo que quedan descartadas las faltas leves y graves. A este propósito, para cumplir con este mandato,

563 Entre otras, la STS, de 18 de abril de 2007 (RJ 2007/3770), y de 7 de marzo de 2011 (RJ 2001/3112), o más reciente de 30 de septiembre de 2014 (RJ 2014/259410), en la que se establece además que la carga de probar la inexistencia de representación legal y la imposibilidad de entregar la carta de despido a dicha representación, recae sobre el empleador.

la empresa debería informar no tan sólo de la existencia de la imposición una sanción muy grave a un trabajador, sino también de la causa de dicha sanción, es decir, sobre la infracción muy grave supuestamente cometida por dicho trabajador y de su concreción en unos hechos determinados. No parece, pues que sea suficiente con la información genérica del número de sanciones impuestas en un determinado periodo, sino que de lo que se trata es de que los RLT puedan conocer el procedimiento sancionador a tiempo con el fin de asesorar al trabajador afectado, ejerciendo así su labor de vigilancia sobre la legislación laboral y defendiendo los intereses de sus representados.

Esta información ha de ser dada a posteriori de la imposición de la sanción, con lo que no ha de confundirse con un derecho de audiencia previa como el que goza un delegado sindical. Se trata, no obstante, de proporcionar a los representantes unitarios de los trabajadores una información general sobre la acción disciplinaria en la empresa, según vino a determinar el TS en sentencia de 10 de noviembre de 1995⁵⁶⁴.

Este derecho ha sido mejorado en múltiples ocasiones mediante la negociación colectiva, tanto en la línea de establecer que la información sea previa a la imposición de la sanción, como en la línea de establecer que la información se transmita también en relación a faltas graves o incluso leves⁵⁶⁵. Y es que es obvio que para que la labor de vigilancia y defensa de los intereses obreros sea una realidad, este derecho debería extenderse en ambos sentidos, puesto que de lo contrario, el trabajador queda indefenso tanto en el momento de la recepción de la carta de sanción como en todo el procedimiento en cuanto a faltas graves o leves. Y es que también las sanciones menos graves tienen consecuencias negativas para los trabajadores y no porque el daño sea menor ha de desaparecer un derecho de esta índole.

A diferencia de lo ocurrido con la entrega de las cartas de despido, el incumplimiento de este deber informativo, no es tenido en cuenta como requisito formal de la propia sanción con lo que no determina su improcedencia⁵⁶⁶.

564 RJ (1995/8400)

565 Como por ejemplo el Convenio Colectivo de la Siderometalúrgica de la provincia de León, del año 2003. BOP de León de 26 de agosto de 2003.

566 STS de 3 de abril de 1990, (RJ 1990/3098) o STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 28 de julio de 2006 (Rec. 1368/2006).

2.5.4.1.11. Copia básica de los contratos (64.4 último párrafo)

El derecho a recibir la copia básica de los contratos, establecido genéricamente en el artículo 6.4. ET ha de relacionarse con lo dispuesto en el artículo 8.3.a del mismo texto legal, según el cual el empresario entregará a la RLT una copia básica de todos los contratos que deban celebrarse por escrito, a excepción de los contratos de relación laboral especial de alta dirección sobre los que se establece el deber de notificación a la representación legal de los trabajadores. Dispone además la norma cuál es el contenido de dichas copias básicas que se concreta en todos los datos del contrato a excepción del número del documento nacional de identidad, el domicilio, el estado civil, y cualquier otro que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad personal. Dicha copia habrá de ser entregada a la RLT en el plazo de 10 días desde la formalización del propio contrato, así como ser remitida a la oficina de empleo.

Se ha desarrollado así el derecho de forma que quede patente cuáles son los contratos cuya copia básica hay que entregar, estos son los que deban celebrarse por escrito a excepción de los de alta dirección para los cuales el derecho queda cumplido con la mera notificación de su existencia. Esta diferenciación es consecuencia de la relación especial que la alta dirección supone para con la empresa, siendo un contrato que regula unas funciones más propias de la gestión desde arriba de la empresa que de la naturaleza obrera del resto de contratos laborales y de los trabajadores representados por el comité o delegados. Si bien, la alta dirección escapa de los representados por la RLT, es necesario un control, aunque sea menos exhaustivo, de su existencia, con el fin de controlar y vigilar que no se abuse de esta figura que es formalmente menos garantista que las relaciones laborales comunes, independientemente de que sea normalmente el clausulado concreto de cada contrato de alta dirección el que contenga aspectos más favorables casi siempre a nivel económico retributivo e indemnizatorio en caso de extinción de la relación laboral especial. De esta forma, nuestros tribunales estiman el derecho del sindicato a recibir el modelo del contrato de trabajo utilizado por la empresa para la contratación de los altos directivos⁵⁶⁷.

En lo concreto, los contratos cuya copia básica habrá que entregar a los representantes son los de prácticas; para la formación; a tiempo parcial; de relevo; fijo

567 STSJ de Castilla y León, Burgos, de 24 de julio de 2002 (AS/2002/4207).

discontinuo; a domicilio; para la realización de una obra o servicio determinado; de inserción; de trabajadores contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero; por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas (artículo 8.2 ET, según redacción dada por la Ley 12/2001). Así como de los contratos que hayan de constar por escrito cuando así lo exija una disposición legal, en concreto, el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores (artículo 4 RDL 3/2012); los acogidos al programa de fomento del empleo (Ley 43/2006) y normas con la misma finalidad; el de interinidad (artículo 6.1 RD 2720/1998); los eventuales por circunstancias de producción cuya duración sea superior a cuatro semanas y los que se concierten a tiempo parcial (artículo 6.1 RD 2720/1998); también los de deportistas profesionales (artículo 3 RD 1006/1985); artistas en espectáculos públicos (artículo 3 RD 1438/1985) y representantes o mediadores mercantiles (artículos 2 RD 1438/1985).

El precepto esclarece también el contenido de la copia básica, conteniendo ésta *todos los datos del contrato a excepción del número del documento nacional de identidad, el domicilio, el estado civil, y cualquier otro que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad personal*. Se trata, pues, de un documento que permite a los representantes conocer los datos puramente laborales sin destapar otros más ligados a la esfera íntima de los trabajadores en concreto⁵⁶⁸. Así, más allá de los datos explicitados como íntimos, se produce un juego de remisiones que impide determinar los datos que afectan a la intimidad⁵⁶⁹, puesto que la norma se refiere a la Ley Orgánica 1/1982. Surge aquí de modo directo la colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho de representación colectiva de los trabajadores que, para su eficaz cumplimiento, necesita de una información suficiente. En este sentido, cabe plantearse que suprimir de todas las copias básicas y de forma indiscriminada las referencias completas sobre otras circunstancias del contrato, como por ejemplo, el nombre del trabajador, salario, jornada, horario y vacaciones pactadas, puede ser una práctica que, salvo en aquellos casos particularizados e individualizados

568 Los diferentes datos contenidos en el contrato de trabajo y su consiguiente desglose con respecto a la obligación de entrega de la copia básica han sido estudiados por LAFUENTE SUÁREZ, J.L., *Una reflexión sobre la regulación de los derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación*. Actualidad Laboral nº 1, 1991m Pág. 159 a 163.

569 SAGARDOY, J.A., *Presentación del número 32/1990 de la Revista "Documentación Laboral"*, pág. 12.

en los que pueda haber una quiebra del derecho a la intimidad, impida injustificadamente la aplicación de la Ley y en consecuencia haga imposible alcanzar los fines que la misma persigue. La supresión de dichos datos pondría en tela de juicio muchas cuestiones, así por ejemplo, y sólo dos a pesar de que la cita podría ser interminable, ¿cómo el comité puede cumplir con sus funciones de vigilancia en orden al cumplimiento del artículo 5 del RD 1989/1984⁵⁷⁰ si no conoce el nombre del trabajador contratado?, ¿qué sentido puede tener conocer que se ha procedido a prorrogar un contrato si no se conoce el nombre de su titular?⁵⁷¹

Además del nombre y apellidos de los trabajadores en concreto, uno de los asuntos más escabrosos a la hora de determinar su inclusión o no en la copia básica es el del salario. En la medida en que tanto por ley como por Convenio los salarios han de respetar unos mínimos, su inclusión es necesaria para que los representantes evidencien el respeto a dichos mínimos. Quizá, el conocimiento del dato concreto del salario que supera el mínimo establecido sí pueda ser más discutible a priori, aunque siempre será necesario para poder determinar la correcta retribución en casos concretos como la realización de horas extraordinarias, o a la hora de determinar el salario regulador de una indemnización por despido. En todo caso, se ha apuntado que no puede borrarse de forma previa el dato salarial de todos los trabajadores, sino que éste podría obviarse tan sólo en los casos en los que se cumpliera tanto el requisito de que sea el propio trabajadores quién lo solicite y que, además, esta solicitud fuera fundamentada en el evidente perjuicio a la intimidad concreta en cada ocasión, lo cual hace difícil establecer un parámetro específico debiendo acudir a la casuística⁵⁷². Y es que la autonomía de la voluntad no puede ser suficiente para denegar el derecho de información de los representantes, puesto que ésta está sometida en el Derecho del Trabajo a límites estrictos, también de relevancia constitucional, como, por ejemplo, la

570 Hoy en día derogado por la Ley 10/1994.

571 PÉREZ AMORÓS, F. *Derechos de información... op. cit.* Pág.83, citando a continuación la Sentencia nº 333 del Juzgado de los Social nº 4 de Murcia, de 17 de julio de 1991 (Actualidad Laboral, 34/1991, 1776-1778), confirmada por la STSJ de Murcia, de 5 de febrero de 1992 (Actualidad Laboral 24/1992), que se expresa en el sentido de incluir el nombre del trabajador en la copia básica con el fin de preservar el derecho de información de los RLT.

572 En este sentido, apunta PÉREZ AMORÓS, F. *Derechos de información... op. cit.* Pág. 85 y ss., que un ejemplo de circunstancia a poder obviar sería de algún anticipo retributivo debido a una especial situación de necesidad económica de un trabajador. Con todo, no parece que si este se diera fuera un aspecto que apareciera en el propio contrato, con lo que tampoco podría aparecer en la copia básica del mismo.

prohibición de no discriminación (STC 128/1987), que permite justificar un acceso a cláusulas contractuales, especialmente las de carácter retributivo, dada además la prohibición específica que establece el artículo 35.1 CE, un *fine*⁵⁷³.

El conocimiento del salario por parte de los representantes es imprescindible, además, para detectar tratos discriminatorios basados en circunstancias prohibidas por la Ley. Piénsese en que un determinado grupo étnico obtuviera ingresos siempre inferiores al del resto de sus compañeros. Lo mismo ocurriría en cuanto a diferencias entre sexos, de hecho es del todo conocido que en nuestro país las mujeres vienen cobrando sustancialmente menos salario que los hombres por el desempeño de las mismas funciones, lo que puede detectarse en el seno de una empresa mediante el conocimiento de los salarios por parte de la representación obrera. Clara discriminación sería también la salarial con base en criterios de afiliación sindical y, en este sentido, el TC ha declarado que el contenido del derecho de libertad sindical impide cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación, como, entre afiliados y representantes sindicales, por razón del sindicato en que se integren o representen⁵⁷⁴. Los criterios determinantes de diferencias de trato salarial y profesional en el caso de los representantes de los trabajadores, deben hacerse transparentes acreditándose por la empresa razones laborales o incluso relativas a la personalidad y características de los trabajadores⁵⁷⁵.

En consecuencia, el propio Tribunal Supremo⁵⁷⁶ ha venido a determinar que el salario es uno de los datos que ha de quedar imborrable en la copia básica al entender que no se trata de un dato de carácter personal ni íntimo susceptible de reserva para salvaguardar el respeto a la intimidad, sino que se trata de un elemento esencial del contrato de trabajo, de naturaleza contractual, laboral y profesional al que los representantes de los trabajadores pueden acceder sin necesidad de recabar el consentimiento previo del trabajador. No puede olvidarse, afirma el TS⁵⁷⁷, que, por sí solo, el dato de la cuantía retributiva, aparte de indicar la potencialidad de gasto del

573 STS, de 19 de febrero de 2009 (REC 06/2009).

574 STC 74/1998, de 31 de marzo, y STC 87/1998, de 21 de abril.

575 STC 74/1998, de 31 de marzo.

576 STS, de 19 de febrero de 2009, (RJ 2009/1620).

577 STS, de 19 de febrero de 2009 (REC 06/2009).

trabajador, nada permite deducir respecto a las actividades que, sólo o en compañía de su familia, pueda desarrollar en su tiempo libre⁵⁷⁸.

Se ha venido incluso a aceptar por parte de la Audiencia Nacional⁵⁷⁹ la necesidad de transmisión de información a los representantes unitarios cuando del Convenio Colectivo de empresa se desprende un derecho no ya a obtener copia básica de los contratos, sino incluso una relación de trabajadores desglosada e individualizada. En este caso, y pese a la recepción por parte de la empresa de diversos escritos de algunos trabajadores exigiendo la no publicación de tales datos, el Tribunal vino a dar la razón al Comité intercentros estimando la demanda y condenando a la empresa a la entrega de los datos retributivos pormenorizados de los trabajadores.

Pese a ello, también ha limitado el tribunal⁵⁸⁰ el derecho de información de los representantes cuando lo que se pide es el conocimiento de los salarios actualizados con el incremento salarial de todos los empleados de la compañía, determinando que el derecho se limita a conocer lo establecido en la copia básica y, por tanto, cristalizado en el momento de la contratación. De esta forma, y con base en la doctrina asentada según la cual los derechos del artículo 64 ET no son interpretables de forma extensiva, lo que se consigue es limitar el derecho de información, evitando así que los representantes puedan ejercer el control y vigilancia necesarios. ¿Qué sentido tiene poder conocer el salario pactado en contrato pero no saber si existen posteriores incrementos sobre el mismo? Podría así, pactarse un salario determinado en contrato y posteriores aumentos en documento privado –sin el control de los RLT- solamente para cierto extracto de asalariados, dando pie así a las mencionadas discriminaciones prohibidas por ley.

Existen otros datos que, si bien pueden afectar directamente a la intimidad, son imprescindibles en la copia básica según el contrato que se realice. Un ejemplo de ello

578 Interesante análisis de la jurisprudencia referida a la transmisión de datos salariales a los representantes de los trabajadores hace BARBANCHO TOVILLAS, F.J., en *Derecho a la información sobre retribuciones de sección sindical versus derecho a la intimidad y protección de datos personales en el Sociedad Estatal de Correos, Comentario a la STSJ del País Vasco, de 16 de mayo de 2006 (AS 2007/1028)*. Aranzadi Social, volumen II, 2007. Pág. 2701 a 2712.

579 SAN, de 7 de julio de 2006 (AS 2006/2223), de la cual se ha hecho un comentario por parte de RABANAL CARBAJO, P. *Derechos de información de los representantes de los trabajadores. Condiciones económicas precisas de los contratos. Deben comunicarse aun en contra de la voluntad de los trabajadores afectados*. Aranzadi Social, volumen III, 2006. Pág. 2996 a 2999.

580 STS, de 19 de febrero de 2009 (REC 06/2009).

sería la edad del trabajador explicitada mediante la fecha de nacimiento del mismo, siempre y cuando se trate de un contrato de formación en el que la propia edad es un requisito para la validez del mismo. Con todo, la edad es una circunstancia que siempre puede afectar en caso, por ejemplo, de un procedimiento de despido colectivo en el que trabajadores mayores han de gozar de un convenio especial con la Seguridad Social. Otra circunstancia que habría que valorar según la casuística si es necesario incluir o no en la copia básica sería la razón por la cual se estableciese una reducción de jornada, puesto que puede tratarse de una razón del todo íntima, bastando así a los representantes el dato concerniente a la jornada a cumplir.

Por último, se detalla el procedimiento de información que se concretará en la entrega –no la simple notificación ni puesta a disposición- *en plazo no superior a diez días – naturales- desde la formalización del contrato, a los representantes legales de los trabajadores, quienes la firmarán a efectos de acreditar que se ha producido la entrega.* Conviene apuntar ahora que nada tiene que ver la confección de la copia básica ni su entrega a los representantes –y firma de los mismos- o a las oficinas de empleo, con la eficacia y validez del propio contrato de trabajo. Se trata tan sólo de una copia del mismo que ha de ser entregada a dos instancias diferentes –RLT y SEPE-, requisito que de incumplirse tan sólo provocaría la comisión de una infracción que derivaría en sanción según la LISOS, siendo el contrato del todo válido previamente.

En cuanto a los trabajadores contratados mediante ETTs, según dispone el artículo 9 LETT, la empresa usuaria, dentro de los diez días siguientes a la celebración del contrato de puesta a disposición, deberá entregar a los RLT una copia básica del contrato de trabajo, o de la orden de servicio, en su caso, del trabajador puesto a disposición, que le deberá haber facilitado la empresa de trabajo temporal.

Para finalizar con este apartado y en relación directa con el mismo, es necesario siquiera mentar lo dispuesto en el artículo 15.4 ET, según el cual los empresarios habrán de notificar a la RLT los contratos realizados de acuerdo con las modalidades de contratación por tiempo determinado previstas en el propio artículo 15 ET, cuando no exista obligación legal de entregar copia básica de los mismos.

Desde luego, la notificación es un requisito menos exigente que la entrega de una copia, con lo que tanto en estos casos, como en los de las relaciones laborales

especiales, bastará con la puesta en conocimiento de los RLT de la existencia de estos contratos.

2.5.4.1.12. Notificación de la prórrogas y de las denuncias correspondientes (64.4 último párrafo)

Fue a raíz de la Ley 2/1991 que se introdujo la necesidad de notificar las prórrogas de los contratos a los RLT, sin que el texto original ni el que hoy ha quedado en el artículo 64.4 ET limiten el derecho tan sólo a las prórrogas que sean expresas, con lo que hay que entender que también se ha de informar de las que se produzcan de forma tácita. Se completaba así un derecho que quedaba incompleto, pues, si se entendía necesario que los representantes del personal conocieran la existencia de contratos temporales, ¿qué razón había para que desconocieran que estos habían sido prorrogados? Las prórrogas, por definición, tan sólo pueden darse en contratos temporales con duración determinada, con lo que serán este tipo de contratos los únicos afectados por este precepto. Cabe, no obstante, recordar que además de los contratos temporales al uso como los eventuales o formativos, también pueden existir contratos temporales prorrogables con respecto a relaciones laborales especiales como, por ejemplo, los de alta dirección, cuya diferenciación para con los demás contratos se estableció tan sólo con respecto a la falta de necesidad de entrega de copia básica.

La denuncia, según el artículo 49.1.c ET puede llegar tener lugar con respecto a los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluidos los contratos en prácticas y para la formación, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida. Y es precisamente cuando no mediare dicha denuncia que llegaría la prórroga tácita de dichos contratos. Tanto una – la denuncia- como otra –la prórroga tácita- han de ser notificadas a la representación de los trabajadores. Lo ya dicho anteriormente con respecto a contratos temporales de relaciones laborales especiales es aplicable ahora para la notificación de las denuncias.

La denuncia, además, forma también parte de los documentos relativos a la terminación de la relación laboral (64.4.b ET), con lo que el legislador ha querido recalcar la necesidad de notificar dicho documento. En este sentido, y pese a que una denuncia puede formularse verbalmente entre las partes del contrato, parece que a los

representantes haya que informarles de forma escrita de dicha circunstancia. Además de que así parece desprenderse de la finalidad del artículo 64 ET, de esta forma el empresario puede probar más fácilmente el cumplimiento de su deber. También cabe plantearse que si la denuncia es efectuada por el trabajador, sea el empresario quién transmita dicha información a los representantes, puesto que es la empresa el sujeto obligado de los derechos contenidos en el artículo 64 ET.

En cuanto al momento y naturaleza de la notificación, de la misma manera que para la entrega de la copia básica, tanto prórroga como denuncia han de notificarse en el plazo de diez días –naturales- siguientes a que tuvieran lugar, y sin que la falta de dicha notificación signifique la invalidez de la prórroga o denuncia en cuestión.

2.5.4.2. Las consultas en materia laboral

La consulta es el derecho participativo activo con el que cuentan los representantes de los trabajadores en nuestro país. La Ley 38/2007, vino a introducir una definición de la misma en el propio artículo 64.1 ET, entendiéndose por consulta *“el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo”*.

Por su parte, el artículo 64.6 ET desarrolla el modo en el que estas consultas han de llevarse a cabo disponiendo que éstas han de existir en un momento y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 4 del propio artículo 64 ET. Finalmente, y tratando de hacer entender que esta definición trata de que dichas consultas sean efectivas y no una mera apariencia, el legislador dispuso que la consulta deberá permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones.

En este punto y en lo referente a lo que son unas consultas y a sus requisitos formales, me remitiré a lo ya mencionada con respecto a la Directiva 2002/14/CE, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los

trabajadores en la Comunidad Europea, de dónde emana la Ley 38/2007 que vino a modificar el artículo 64 ET. Vaya por delante, que en estos momentos el artículo 64 ET diferencia las consultas definidas tal y como se ha dicho, de la simple emisión de informes en los supuestos recogidos en el 64.5 tercer párrafo, y que de no llevarse a cabo dichas consultas en los términos hoy indicados y con plenas garantías la medida empresarial en cuestión sería del todo ineficaz. El Tribunal Supremo ya señaló que cuando una decisión empresarial se adopta sin cumplir tales requisitos, queda desnaturalizada como tal, al menos para poder oponer luego la caducidad de la acción frente a las impugnaciones de los trabajadores⁵⁸¹.

Cabe recordar también, que las consultas nunca son vinculantes, con lo que no hay ningún deber de llegar a un acuerdo con los representantes. Lo que sí hay, en cambio, es un deber de negociación de buena fe que, si bien es de apreciación subjetiva en cada caso, puede tumbar un proceso de reorganización empresarial por determinar que la falta de dicha buena fe vicia todo el proceso de consultas⁵⁸². Con todo, la exigencia de buena fe no podría en modo alguno materializarse en deberes de conducta de tal significación que obliguen a cada parte a procurar el interés ajeno, a satisfacer íntegramente el interés de la otra parte⁵⁸³. Así, los dos grandes requisitos que habría de cumplir todo proceso negociador, y en concreto un periodo de consultas serían la transmisión de información en modo, tiempo y cantidad suficiente, así como la determinación de ceder en ciertos postulados. La determinación de si estos dos requisitos se han cumplido es ya cuestión de casuística. Además, ambos aspectos pueden incluso complementarse en la medida en que la propia defensa de una posición negocial ha de tratar de basarse en datos que es necesario trasladar a la otra parte, evitando así posiciones abusivas o exageradas que tan sólo pretendan hacer partir la negociación de un punto más alto del que una misma parte incluso pensaría defender si no fuera porque existe la obligación negociadora. Un tercer requisito sería el formal consistente en la creación de una mesa negociadora en la que las partes intercambiaran directamente opiniones y cuyos requisitos concretos llegar a ser muy detallados en

581 STS, de 18 de septiembre de 2000 (Rec. 4566/1999), y de 10 de abril de 2000 (Rec. 2646/1999), entre otras.

582 Un claro ejemplo de ello fue la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valencia nº 2338/2013, de 4 de noviembre, que enjuició el caso del despido colectivo en Radio Televisió Valenciana, declarando nulo tal procedimiento, entre otras cosas, por haber apreciado una falta de buena fe negocial por parte de la empresa.

583 GARRIDO PÉREZ, E. *La información en... op. Cit.* pág. 266.

ciertos casos, como en los procedimientos de despido colectivo para los cuales se detalla incluso el número de reuniones mínimas a llevar a cabo. Se trata pues, de un derecho, que si bien es llamado consulta, es más bien un derecho a la negociación que, sin embargo, nunca obliga a las partes –al empresario en estos casos- a llegar a un acuerdo, pudiendo llevar a cabo su decisión inicial siempre y cuando cumpla con los requisitos descritos.

Dicho deber de información previa y justificativa de la posición negocial, puede encontrar diversos obstáculos, justificaciones o excusas de la parte que debería suministrar dicha información. Desde la imposibilidad técnica de obtenerla para su transmisión, hasta la alegación de su innecesariedad por haberla suministrado con anterioridad al proceso negociador, pasando por el recurso al carácter reservado o de confidencial de la información requerida. Sin embargo, al igual que una determinada información, para ser exigible, pasaría por el análisis de su relevancia para la actuación negociadora de una de las partes en cuestión, la admisión de una causa como justificativa para negar aquella información habría de pasar por el análisis de su acreditación objetiva, aunque ello implicase en definitiva obstaculizar dicha labor negociadora.⁵⁸⁴ Como se ha expuesto anteriormente, otra de las posibles causas para poner negar una información es la posible vulneración del derecho a la intimidad de los trabajadores cuyos datos se ceden, apartado este que ya ha sido resuelto anteriormente y a dónde ahora me remito.

2.5.4.2.1. Situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo

El primer asunto sobre el cual los representantes de los trabajadores tienen un derecho a ser informados y consultados es sobre la situación y estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo. El legislador optó aquí por una fórmula de lo más genérica que da pie a todo tipo de interpretaciones. Así, y ante esta redacción abierta, la cuestión se centra en determinar qué situaciones son las que permiten a los representantes exigir la puesta en marcha de un periodo de consultas.

De la redacción del inciso estudiado en sintonía con el resto del precepto parece desprenderse que las consultas habrán de tener lugar antes de que la situación y la

584 GARRIDO PÉREZ, E. *La información en... op. Cit.* pág. 274 y 275.

estructura del empleo en la empresa o centro de trabajo vaya a sufrir un cambio de cierta entidad, no siendo posible forzar unas consultas ante cualquier posible cambio, por mínimo que fuera, en la organización del trabajo o ante cualquier despido individual.

Y es que ante esta falta de concreción, parece que lo que contiene el artículo 64.5 ET prácticamente en su conjunto no puede entenderse sin acudir a lo dispuesto en el epígrafe 8 del mismo precepto que determina que lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones específicas previstas en otros artículos de esta Ley o en otras normas legales o reglamentarias. Es decir, que ante la falta de concreción en este punto y en los siguientes del mismo epígrafe 5, no puede uno especular sino referirse a los preceptos del propio ET que regulan los diferentes escenarios descritos en el artículo 64.4 ET.

De esta manera, la situación y estructura en el empleo, así como la evolución probable del mismo cuando se prevean cambios al respecto, o las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa, tienen mucho que ver con lo establecido en artículos como el 39, 40, 41 o 51 del ET. Modificaciones funcionales, geográficas, sustanciales y despidos colectivos encajan perfectamente en las definiciones mencionadas y, por tanto, lo regulado en ellos cubre sino el total, la gran parte de lo que se ha pretendido otorgar como derechos de consultas a los representantes de los trabajadores.

Con todo, quizá el artículo 64.5 ET tenga cierto margen de aplicabilidad más allá de lo artículo que desarrollan parte de su contenido y, en consecuencia, es necesario tratar de averiguar qué otras situaciones además de las mencionadas pueden dar derecho a los RLT a exigir la puesta en marcha de un periodo de consultas y, al menos, de la recepción de ciertas informaciones.

Volviendo al inciso concreto, la situación y estructura del empleo en la empresa o centro de trabajo parece claro que coincide con lo regulado en los artículos 39, 40 y 41 ET, no dejando margen alguno para entender que fuera de lo regulado en los mismos

haya más derechos consultivos que emanen del primer inciso del primer párrafo del 64.5 ET⁵⁸⁵.

2.5.4.2.2. Evolución probable del empleo cuando se prevean cambios al respecto (trimestralmente) (64.5 primer párrafo)

A continuación, el 64.5 ET describe un derecho con las particularidades de ser mixto en cuanto a su naturaleza –información siempre y consulta en ciertos casos-, y con periodicidad determinada trimestralmente. Se trata del derecho a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del empleo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto.

De esta manera, y cada trimestre, los representantes deberán ser informados de la evolución probable del empleo, sin que sea necesario que se prevea algún cambio al respecto, situación en la cual bastará con que la empresa informe de que todo seguirá igual en este sentido. No obstante, si se previera algún cambio tanto en cantidad como en calidad en el empleo de un trimestre para otro, los representantes deberían estar informados de ello.

La problemática aquí viene referida a lo futurible de una evolución probable en la medida en que no puede exigirse una total adecuación sobre lo informado como probable y lo que después ocurra. De la misma manera que ya se ha dicho para las previsiones de nuevos contratos, la buena fe habrá de regular la buena aplicabilidad del precepto. No puede exigirse que se haya informado de una regulación de empleo a causa de fuerza mayor, pero sí podría exigirse informar de la proximidad de un procedimiento de despidos colectivos con base en causas económicas –véase pérdidas de años anteriores- en la medida en que la puesta en marcha del mismo sea al menos “probable”. Y así lo habían declarado los Tribunales aun antes de la entrada en vigor de

585 STSJ de Andalucía, Sevilla, de 24 de febrero de 2009 (JUR 2009/209537), desestima la pretensión del delegado de personal a ser consultado y a emitir informe ante una situación de reestructuración de plantilla que queda fuera de los límites de los artículos 39, 40, 41 o 51 ET. Su pretensión fue desestimada, aunque no explícitamente por carecer del derecho consultivo sino por haber ejercitado la acción por vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión en vez de haber acudido al procedimiento ordinario.

la última redacción del artículo 64 ET, en sentencias como la de 21 de febrero de 2002, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Tenerife⁵⁸⁶.

Y el derecho de información se amplía requiriendo también consultas cuando se prevean cambios en la mencionada evolución del empleo. Y es aquí donde es necesario acudir a los artículos 39,40, 41 o 51 ET para las modificaciones cualitativas o cuantitativas en cuanto al empleo, siempre que éstas sean a peor, en lo que a los intereses obreros se refiere. Y este matiz es importante, puesto que del precepto se extrae que la evolución del empleo es motivo de consultas también cuando dicha evolución pueda ser a mejor. Este resquicio, que a priori no parece que vaya a suponer un foco de litigiosidad entre representantes y empresa al tratarse de mejoras, no deja de existir por esta razón, pudiéndose dar situaciones en las que los representantes exigieran formar parte en las decisiones de –por ejemplo- ampliación de plantilla, mediante un proceso de consultas. Piénsese que en un proceso de ampliación hay otros parámetros más allá de los meramente cuantitativos, como pueden ser reorganizaciones o política de ascensos en la cual puede optarse por promocionar personal interno o, en cambio, fichar cuadros externos para cubrir nuevos puestos de nivel superior. Con base en el precepto, todos estos procesos que quedan fuera de los límites de los artículos mencionados deberían tener cabida basándose en el propio artículo 64.5 ET.

2.5.4.2.3. Decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa (64.5 segundo párrafo)

El segundo párrafo del 64.5 ET otorga derecho de información y consulta en cuanto a decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Y se hace difícil diferenciar en lo concreto entre este inciso y el encontrado en el párrafo anterior, puesto que “cambios en la organización del trabajo y de los contratos” y “situación y

586 Rec. 735/2001: *“la empresa debió poner en conocimiento del Comité de Empresa sin dilación los planes o proyectos que afectasen o pudiesen afectar a la evolución probable del empleo en la empresa, pero no fue así, pues mientras se negociaba con el Comité de Empresa el Convenio Colectivo, la empresa había encargado un estudio a IGS ingenieros, el 3 de julio de 2000, éste concluyó en informe de 10 de septiembre de 2000 en la necesidad de cerrar departamentos de fotomecánica, impresión, embuchado y cierre, lo que condujo posteriormente que la Dirección elaborase el Expediente de Regulación de Empleo.”*

estructura del empleo y evolución del mismo”, son dos expresiones muy parangonables. Quizá, poniendo la una al lado de la otra, parezca que la primera se refiere más a la calidad del trabajo, a las condiciones del mismo y a su organización, mientras que la segunda se refiera más bien a la cantidad del mismo⁵⁸⁷. En todo caso, ambos derechos conjugados no hacen sino remitirse, como ya se ha dicho, a los otros preceptos del ET que se dedican a regular estas circunstancias.

Cabe recalcar, que en este inciso se habla de cambios “relevantes”, lo cual puede compararse con los cambios “sustanciales” de los que hablan los otros preceptos del ET; y por otro lado, que se habla de “todas las decisiones de la empresa”, con lo que parece que no se está queriendo ceñir el derecho a lo despidos, lo cual da fuerza a la teoría de que se refiere, además de al artículo 51 ET, a los 39 a 41 del mismo texto⁵⁸⁸.

2.5.4.2.4. Adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo (64.5 segundo párrafo)

Este inciso presenta ciertas deficiencias de redacción y definición en la medida en que no se indica qué es lo que trata de prevenir con las denominadas “medidas preventivas” de las cuales ha de informar el empresario y sobre las cuales se ha de poner en marcha un proceso de consultas. Pudiera entenderse que se trate de medidas tanto estructurales como coyunturales que pretendan abordar previamente un posible futuro cambio en la cantidad o calidad del en el empleo. Es decir, que la diferencia con los puntos anteriores sería que, en este caso no se discuten las medidas que impliquen un cambio en el empleo, sino las medidas preventivas que la empresa quiera llevar a cabo con el fin de evitar o disminuir un ulterior efecto en el empleo de alguna circunstancia. En todo caso, la redacción del inciso ahora examinado podría haber sido

587 En este sentido se ha manifestado la STSJ de Andalucía, Granada, de 15 de marzo de 2012 (AS 2012/2078) y de 29 de junio de 2011 (JUR 2011/331813), en las que se dispone que “*Cuando el art. 64.5 del ET (RCL 1995, 997), se refiere a las distintas cuestiones que obliga a la consulta previa, a la vista del contenido de las mismas, y porque así se establece en dicho apartado, habrá que entender que son "todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa". Es decir, el concepto de reestructuración comporta "un cambio relevante en cuanto a la organización", por tanto, que tenga un efecto de generalidad, en cuanto afecte a un número más o menos amplio de trabajadores*”.

588 Esta idea también queda reflejada en la misma STSJ de Andalucía, Granada, de 15 de marzo de 2012 (AS 2012/2078) y de 29 de junio de 2011 (JUR 2011/331813).

mucho más acertada dejando claro a qué se refiere en concreto, lo cual facilitaría su efectividad.

2.5.4.3. El derecho a la emisión de informes laborales (artículo 64.5 tercer párrafo)

Paralelamente al derecho de consulta –que en realidad va más allá de consultar, suponiendo un claro derecho a la negociación–, existe un derecho de los RLT a emitir informe sobre ciertos temas. La emisión de informe, formalmente, supone una información activa por parte del comité de manera unidireccional tratándose, esta vez sí, de una consulta sobre la opinión del banco social.

Con todo, y para que dicho informe pueda hacerse con conocimiento de causa, la empresa deberá informar debidamente a los representantes de la medida en cuestión, de lo contrario el informe no podría basarse en datos suficientes y carecería de todo sentido. Así, la buena fe vuelve a jugar un papel importantísimo a la hora de determinar qué información suministrar previamente.

En cuanto al contenido de dichos informes, éste es variado y, de nuevo, de solapa a veces con lo encontrado en otros preceptos del ET así como con lo regulado en los dos primeros párrafos del 64.5 ET.

Dichos solapamiento entre los diferentes párrafos del mismo artículo 64.5 ET y además con otros artículos como el 51 ET deja serias dudas interpretativas. La emisión de un informe, si bien es más extenso que un mero derecho a recibir información pasiva, lo es menos que la consulta tal y como ha sido definida, con lo que situaciones como la de una reestructuración de plantilla (64.5.a ET), no pueden saldarse con la mera emisión de un informe. Por el contrario, lo que podría deducirse es la necesidad de que la representación obrera, además de participar en el proceso de consultas conforme a Ley, tuviera que emitir un informe al respecto, es decir, que se estuviera estableciendo un requisito formar adicional a todo el proceso consultivo. A este respecto GÓMEZ ABELLEIRA⁵⁸⁹ ha apuntado que no parece que la facultad que se reduce a la emisión de un informe previo pueda satisfacer las exigencias comunitarias del derecho de consulta. En este aspecto, si es pertinente criticar la técnica legislativa que ha dado como resultado el artículo 64.5 ET: por un lado, en sus dos

589 GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. *Una nueva modificación de... op. Cit.* Pág. 994.

primeros párrafos, transpone derecho comunitario casi el pie de la letra; por otro lado, en su tercer párrafo, inserta literalmente un fragmento “viejo” extraído de la anterior redacción del artículo 64. Esta yuxtaposición resulta inadecuada y puede dar lugar a problemas en la práctica: por ejemplo, ¿qué competencia tiene el comité de empresa ante un restructuración de plantilla?, ¿la de mero informe previo?, ¿la de consulta por tratarse de cambios en la situación y estructura del empleo en la empresa? Si ya con anterioridad podría criticarse el escaso esfuerzo del legislador para coherente preceptos como el artículo 51 ET (o el artículo 41, etc.) con el artículo 64 ET, ahora esa crítica se extiende a la falta de una debida integración de contenidos en un mismo apartado de un mismo artículo. La solución, prosigue el autor, pasa por dar primacía al derecho de consulta, allí dónde proceda conforme a los dos primeros párrafos del artículo 64.5 ET, sobre la facultad de mero informe previo, que no puede equipararse a la consulta. En todo caso, en el nuevo apartado 8 del artículo 64 ET puede fundarse una argumentación, ahora para el problema de la relación entre este artículo y otros textos legales, sobre todo el propio ET (artículos 41,42,44,51, etc.), conducente a dar prioridad, por especialidad, a lo dispuesto en esas otras disposiciones específicas del ET.

Como no podía ser de otra manera, el informe a llevar a cabo por los representantes ha de emitirse con carácter previo y, además, ha de elaborarse en el plazo de 15 días desde que se haya solicitado y hayan sido remitidas las informaciones correspondientes, todo ello según el tercer párrafo del artículo 64.6 ET.

A este respecto cabe destacar que el plazo de 15 días obliga a la empresa a no llevar a cabo la medida que corresponda hasta, al menos, haber recibido el informe de vuelta. Además, la buena fe y la mera lógica indicarían que, además de haberlo recibido, la empresa debería leerlo y hasta tenerlo en cuenta a la hora de aplicar la medida que correspondiera. Evidentemente, el problema aquí es de prueba puesto que resulta muy complicado saber si a su recepción el informe fue metido en un cajón sin previa revisión.

Es importante también saber que la emisión del informe con carácter previo y habiendo recibido los representantes la información necesaria, es requisito para que la decisión empresarial pueda ser eficaz a riesgo de que ésta sea anulada por los Tribunales. Todo ello, claro está, siempre y cuando los representantes hayan gozado de

la información precisa y se no se haya agotado el plazo de 15 días, puesto que de lo contrario serían los RLT quienes estarían incumpliendo con su deber de realizar dicho informe y no podrían consecuentemente obstaculizar la puesta en marcha de la medida ni pedir su anulación en vía judicial. Con todo, resulta difícil determinar la total anulación de las medidas referidas en el precepto si se ha prescindido del informe de los representantes en todos los casos.

Sí es fácil extender los efectos del artículo 64 ET en las materias laborales, que son casi todas las descritas, pero no lo es tanto a nivel mercantil y esto ocurre en la letra d) del párrafo tercero del artículo 64.5 ET, según el cual es necesario informe previo en los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo. ¿Es posible echar atrás alguno de estos procesos mercantiles ya cristalizado y pasados meses mediante la sentencia de un tribunal del orden social que entendiese vulnerado el derecho de los representantes de los trabajadores consagrado en el artículo 64 ET? Sinceramente, no lo creo. Sí es posible declarar nulo un despido colectivo u obligar a desinstalar un sistema de control del trabajo indemnizando al personal por haber vulnerado sus derechos, pero no es posible deshacer una fusión empresarial desde el momento en que hay un tercero implicado que en este ejemplo es la empresa con la que se fusionó la que daba trabajo a los representantes a los que se debió informar. En consecuencia, debería tenerse en cuenta esta realidad y proponer un sistema de reparación del daño que fuera posible articular y que, a mi entender puede traducirse en un resarcimiento económico a los trabajadores afectados. De esta forma, a la empresa le interesaría cumplir con su obligación, puesto que de lo contrario nada obligaría a la misma a pasar por la obligación que se le atribuye.

En cuanto a los sujetos de derecho, resulta interesante ver como ciertos Tribunales, como el TSJ del País Vasco, en sentencia de 16 de enero de 1992⁵⁹⁰, otorgaban a los delegados sindicales la información previa necesaria para la realización del informe pertinente, en una argumentación según la cual pese a no tener derecho a la emisión del propio informe, los delegados sindicales pueden acceder a la información transmitida con el único fin de emitirlo, todo ello, aunque la facultad de emisión del informe sea, en última instancia, tan sólo de los representantes unitarios.

590 AS 2002/175.

Paso ya al estudio de cada una de las decisiones empresariales ante las cuales se requiere informe de los representantes de los trabajadores:

2.5.4.3.1. El informe en las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquélla, y en las reducciones de jornada

Como se ha indicado anteriormente, este precepto ha de entenderse en sintonía con lo dispuesto en los artículos 47 y 51 ET y en su reglamento de desarrollo en cuanto a procedimiento de despido colectivo o de suspensión de contratos o reducción de jornada (Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre). De hecho, son los propios artículos 3.3 para despidos colectivos, y 17.3 para suspensiones y reducciones de jornada del RD 1483/2012, los que explicitan la obligación del empresario de requerir dicho informe.

Así, y puesto que la petición del informe se ha de hacer con la comunicación a los representantes del inicio del periodo de consultas, los quince días siguientes al mismo coinciden tanto con la duración máxima de las propias consultas como con el plazo máximo que tienen los representantes para hacer entrega del informe a la empresa. Recuérdese ahora que la comisión negociadora ha de quedar constituida con carácter previo a la comunicación de apertura del periodo de consultas, y que ésta cuenta con siete días para hacerlo, pero estos son anteriores a la mencionada comunicación de inicio del periodo de consultas, con lo que se trata de dos plazos que no son solapables. Tan sólo si transcurriesen los siete días sin haberse constituido la comisión, podrían dar comienzo los quince días correspondientes al periodo de consultas en sí mismo.

Podría entenderse que es necesaria emisión de informe aun cuando no se llegue a los parámetros colectivos indicados en los artículo 47 y 51 ET, puesto que el artículo 64.5 ET se refiere a reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquella, sin indicar que estas situaciones hayan de superar los umbrales colectivos. Con todo, y con base en una interpretación conjunta del ordenamiento jurídico laboral es fácil concluir que el informe tan sólo es precepto cuando se alcanzan los mencionados umbrales. Y así lo entienden nuestros tribunales habiéndolo

explicitado en sentencia como la del TSJ de Islas Baleares, de 23 de septiembre de 2010⁵⁹¹.

Pero existen también sentencias que disciernen de este criterio declarando improcedente el despido objetivo en el que no ha concurrido el informe de la representación de los trabajadores, y que se entiende preceptivo puesto que la reestructuración de la plantilla ocurre también cuando se articula un despido individual.

2.5.4.3.2. El informe en el traslado total o parcial de las instalaciones

En este caso, la dicción del precepto nos lleva a mirar hacia el artículo 40 ET en cuanto el traslado total o parcial de las instalaciones que impliquen la movilidad geográfica colectiva en los términos allí indicados.

Lo mismo que se ha dicho ya sobre la emisión de informes en situaciones que no superen los umbrales del artículo 51 ET, habría de aplicarse aquí en cuanto a los traslados que supongan movilidad geográfica.

2.5.4.3.3. El informe en los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo

591 AS 2010\1936: “Por su parte, respecto de la competencia atribuida al comité de empresa relativa a la elaboración de un informe con carácter previo a la ejecución por parte de la empresa de medidas sobre “reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales”, una interpretación literal del art. 64.5 a) del ET apunta a que en los supuestos de despido objetivo dicho informe es preceptivo. Sin embargo, a la hora de interpretar y aplicar esta norma no cabe obviar que en 1980 -cuando esta norma vio la luz- las reestructuraciones de plantilla se tramitaban mediante expedientes de regulación de empleo y la citada competencia no alcanzaba al supuesto del despido objetivo, ya existente a la sazón. Y si se tiene presente que uno de los retos de la Ley 11/1994 (RCL 1994, 1422, 1651) fue facilitar el procedimiento del despido objetivo, interpretar literalmente el art. 64.5 .a) del ET para obtener aquella conclusión resultaría ciertamente incongruente. Asimismo, cabe efectuar otras consideraciones que abundan en la idea de que el informe previo de los representantes laborales no es necesario en caso de despido plural: 1ª) la regulación específica del despido colectivo incorpora referencias a este informe (art. 6.d) RD 43/1996 (RCL 1996, 573, 1174)), pero no así la del despido plural (art. 53.1 ET -); 2ª) tras la reforma de 1994, el despido objetivo por causa económica tiene que ser comunicado a los representantes de los trabajadores “para su conocimiento” [art. 52.c) ET], previsión que carecería de sentido de entender que los mismos ya han recibido esa misma información con el fin de poder emitir un informe previo; y, 3ª) difícilmente se lograría el objetivo que preside el régimen del despido objetivo de considerar la situación de las PYMES si los requisitos para efectuar despidos colectivos y objetivos fuesen similares.”

En este caso, se otorga un derecho a emitir informe sobre materias de índole mercantil, aunque siempre que vayan a repercutir en el empleo, lo cual será bastante a menudo en la práctica. Acerca de los procesos mercantiles ante los cuales haya de intervenir la RLT emitiendo informe, se ha dicho que, en puridad, el derecho de consulta se ha de hacer “extensivo a todos los supuestos de transmisión inter vivos, en cuanto que cualquier transmisión de esta naturaleza puede ser susceptible de generar consecuencias socio-laborales en materia de empleo”.⁵⁹²

Además, apunta también MONEREO⁵⁹³, que en este sentido lo que se prevé en el artículo 64.1.4 LET (ahora 64.5), es un derecho de consulta sobre la incidencia de la transmisión en las relaciones laborales de empleo, con independencia de los distintos y ulteriores informes y del periodo consultivo previsto en el artículo 51 ET y RD 696/1980 (ahora RD 1483/2012), sobre expedientes de regulación de empleo –aunque en la práctica acaba siendo una fase previa a su iniciación propiamente dicha-, cuando efectivamente proceda la regulación de empleo en el complejo empresarial resultante de la transmisión operada.

Como apuntaba más arriba, la evitación de este informe no puede extender sus efectos hasta el punto de evitar un cambio de estatus jurídico de una empresa que se consume a posteriori a nivel mercantil, pero quizá sí podría tachar de nulo un procedimiento de despido colectivo que se ponga en marcha tras el mencionado cambio. Con todo, es difícil de determinar a priori hasta qué punto puede dicha nulidad apreciarse, puesto que no es lo mismo apreciarla si tras una fusión se procede a abrir un procedimiento de despido colectivo en los días o semanas posteriores, que si mucho más tiempo después la empresa resultante de la fusión desarrolla causas objetivas suficientes y diferentes al propio hecho de la fusión que pudieran justificar el despido colectivo.

En cuanto a la información previa que ha de darse a los representantes para que el informe pueda tener fundamento suficiente, en este punto es importante recordar que el derecho a conocer los documentos a los que pueden acceder los socios en virtud del artículo 64.4. a) ET se concreta en aquello tratado en el orden del día de una junta general. Por consiguiente, todo aquello que ha de ser tratado obligatoriamente en junta

592 MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de... op. cit.* Pág. 443.

593 *Ibidem.* Pág. 444.

y los documentos referentes a ello, se extendería al derecho de los representantes de los trabajadores al llegar a los socios. Así, y puesto que según el artículo 160 f) LSC, *la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero*, es uno de los puntos a acordar y deliberar en junta, por consiguiente, información referida a ello ha de ser trasladada a los socios y, por extensión, también a los representantes de los trabajadores.

También en relación a la información a prestar es imprescindible acudir a los epígrafes 6 a 8 del artículo 44 ET, en los que se explicitan las obligaciones concretas de información a los RLT por parte de empresa cedente y cesionaria en relación a los cambios de titularidad en la empresa.

Pues bien, la Audiencia Nacional ha interpretado restrictivamente tanto el artículo 44.6 a 8 ET como el propio 64.5 ET, determinando en sentencia de 28 de octubre de 2010 (AS/2010/2463)⁵⁹⁴ que ni de un precepto ni del otro se extrae la necesidad que entregar copia del contrato de fusión que se pretende llevar a cabo. Si bien determina que los representantes sindicales tienen derecho a acceder a la misma documentación de los unitarios, sentencia la AN que la lectura de ambos artículos citados permite concluir que ninguno de los documentos, pretendidos están contemplados en dichos preceptos, lo que obliga necesariamente a concluir que no se vulneró la libertad sindical de los demandantes, porque no se les entregara dicha documentación. En mi opinión, si bien la literalidad del artículo 44 ET podría hacer concluir que no es con base en este precepto, sí lo es con base en el artículo 64.5 ET que haya que informar debidamente de las circunstancias relativas al proceso de fusión y, desde luego, que la copia del propio contrato es una información necesaria para que los representantes de los trabajadores puedan llevar a cabo su informe con conocimiento de causa suficiente. Recuérdese que este derecho es relativo a un informe del propio proceso de fusión y no sobre el ulterior y futuro proceso de despidos colectivos consecuencia de la mencionada fusión. Además, mediante el derecho al acceso a la misma documentación que se ha de aportar a los socios podría también justificarse el acceso al contrato denegado por el Tribunal.

594 En el caso enjuiciado se había abierto un proceso negociador extraestatutario con ocasión de la futura fusión empresarial, siendo que la ley no obligaba a poner en práctica un mecanismo tan garantista ante este inminente cambio mercantil. No obstante, dentro del mismo se negó al copia del propio contrato de fusión por parte de la empresa.

2.5.4.3.4. El informe en los planes de formación profesional en la empresa

La emisión de informes con respecto a planes de formación profesional en la empresa se ha de entender en relación con lo dispuesto en el artículo 12 del RD 395/2007, de 23 de marzo por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, según el cual se deberá someter a información de los representantes de los trabajadores tanto las acciones formativas como los permisos individuales de formación.

Y el requisito de informar convenientemente a los representantes de los trabajadores así como de recabar su informe preceptivo va más allá de poder provocar la ineficacia de la puesta en marcha de planes de formación, siendo que es necesario que la empresa respete este derecho –tanto el de información previa como el de recepción del informe- para que pueda financiar los planes de forma bonificada con arreglo a lo establecido anualmente en los Presupuestos Generales del Estado⁵⁹⁵. Así, la información a facilitar previa emisión del informe se concreta en:

- Denominación, objetivos y descripción de las acciones a desarrollar.
- Colectivos a los que va destinada y número de participantes por acciones.
- Calendario de ejecución.
- Medios pedagógicos.
- Criterios de selección de los participantes.
- Lugar de impartición.
- Balance de las acciones formativas del ejercicio precedente.

Además, y tras la emisión del informe, en caso de surgir discrepancias entre empresa y trabajadores, será necesario que éstas se solventen mediante el procedimiento establecido en el artículo 15 del RD 395/2007, y del artículo 16 de la O. 2307/2007, de 27 de julio.

595 Así ha quedado patente además en sentencias como la STS, de 5 de febrero de 2001(TOL. 31.945)

2.5.4.3.5. El informe en la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo

El apartado f) del artículo 64.5 ET es del todo heterogéneo. En él se regula el derecho a emisión de informe previo, en primer lugar, en los casos de implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo que derivan del poder empresarial reconocido en el artículo 20 ET. Se trata aquí de que los representantes conozcan cómo van a desarrollarse dichos sistemas y que puedan valorarlos desde un punto de vista de respecto al derecho constitucional a la intimidad.

Así, la jurisprudencia ha determinado que estos sistemas han de superar un triple juicio⁵⁹⁶, a saber, que la medida sea capaz de conseguir el objetivo perseguido, lo cual se conoce como juicio de idoneidad. En segundo lugar, si la medida es necesaria no existiendo otra medida menos gravosa que permitiera llegar al mismo objetivo, lo cual es conocido como juicio de necesidad. En tercer lugar, si la medida es equilibrada, derivándose de ella más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, es decir, el juicio de proporcionalidad.

También se regula el derecho a emisión de informe previo en relación a estudios de tiempos, establecimientos de sistema de primas o incentivos y valoración de puestos de trabajo. Y según la STS, de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999/9108) existe el derecho a la emisión del informe cuando dicha implantación es novedosa por parte de la empresa, pero no cuando la empresa se limita a poner en marcha lo ya establecido por Convenio Colectivo y que, consecuentemente ya ha pasado por el estudio del banco social firmante del mismo. Sin la existencia del informe, quedará anulada la medida empresarial a este respecto⁵⁹⁷.

2.5.4.4. Derechos de vigilancia y control

En materia laboral, el artículo 64.7 ET otorga al comité de empresa competencias de vigilancia sobre el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones

596 Numerosas sentencias han tratado este tema, entre otras las STC 126/2003, de 30 de junio de 2003 (RTC 2003/126); STC 186/2000, de 10 de julio de 2000 (RTC 2000/186); o la STC 98/2000, de 10 de abril de 2000 (RTC 2000/98).

597 STCT, de 10 octubre. (RTCT 1983/9070).

y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes. También existen competencias de vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa, con las particularidades previstas en este orden por el artículo 19 del propio ET.

Esta potestad, si bien no parece implicar de un modo literal la recepción por parte de la RLT de informaciones o documentaciones, sí podría y debería forzar que se exigiese a la empresa la transmisión de ciertos datos para que dicho derecho fuera efectivo. No obstante, la jurisprudencia no viene admitiendo una ampliación de las competencias legales de información atribuidas a los representantes a través de un uso instrumental de esta competencia genérica de vigilancia del cumplimiento de las normas y pactos laborales⁵⁹⁸.

Además, las tareas de vigilancia y control han de ejercerse por la mera observación de las condiciones de trabajo en la empresa con el fin de constatar de primera mano que se cumple con la normativa tanto laboral y de empleo, como de seguridad social y también de prevención de riesgos.

Por último, y como bien dedujo el TS⁵⁹⁹, la RLT habrá de contar con la información que consiga por sus propios medios, entre la que se encuentra, como recuerda el TC en su Sentencia de 22 de abril de 1993, la que puedan ofrecer los correspondientes documentos de cotización.

2.5.4.4.1. Vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes

El ámbito de acción del derecho de vigilancia aquí regulado engloba una ingente cantidad de normativa puesto que no tan sólo se refiere a la de rango legal en materia de empleo, cuya norma angular es el ET, sino que se refiere además de a otras

598 Así se ha establecido en sentencias como la STS, de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999/9108), o la STSJ de Cataluña, de 18 de octubre de 2002 (AS 2002/478).

599 STS, de 2 de noviembre de 1999 (REC: 1387/1999).

normas laborales como la LISOS, la LOLS o a reglamentos de desarrollo de preceptos estatutarios como el Reglamento regulados de los despidos colectivos; también se refiere a toda la legislación de Seguridad Social que, además de concretarse en la LGSS se compone de una enorme cantidad de normas dispersas. Sobre el cumplimiento de todas ellas tienen los representantes de los trabajadores un derecho de vigilancia en su cumplimiento. A mayor abundamiento, el derecho se extiende a la negociación colectiva de la que emanan convenios y pactos, sin haber explicitado que estos hayan de ser estatutarios con lo que bien podría el comité ejercer “las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes” con el fin de defender la aplicabilidad de algún pacto no estatutario existente en la empresa.

Por último, el precepto incluye incluso las condiciones y usos de empresa en vigor, con lo que hay que entender facultados a los representantes de los trabajadores para reivindicar judicialmente el respeto de los mismos aunque no emanen de norma o pacto alguno, suponiendo consecuentemente condiciones más beneficiosas cristalizadas según viene indicando nuestra jurisprudencia a este respecto.

En lo concreto, la jurisprudencia y doctrina judicial han venido aceptando que a los representantes de los trabajadores se les faciliten diversos documentos continentales de informaciones que se han entendido esenciales para poder ejercer convenientemente las facultades de vigilancia y control. Con todo, se ha determinado judicialmente que lo contenido en el artículo 64.7 ET, no faculta al comité para exigir de la empresa cualquier información que considere oportuna. De esta forma, y según la casuística de cada caso se ha confirmado el derecho de recepción de cierta información o se ha denegado el mismo. Algunos de los documentos que se ha entendido que sí es posible ceder a los RLT son los siguientes:

- Tablas salariales por categorías. (STSJ, de 15 de abril de 1992, AS 1992/1825).
- Cuantía global de las gratificaciones, el número de empleados que las han recibido, los porcentajes por grupos y niveles y por hombre y mujeres. (SAN, de 2 de noviembre de 2010, EDJ 2010/244659).
- En relación con la asignación de un fondo de adecuaciones retributivas y derivado, además del artículo 64 ET, del convenio colectivo aplicable: datos nominales y valores de cálculo, así como listado nominal de los trabajadores,

categoría profesional, nivel económico, antigüedad en la empresa, área de asignación, puesto de estructura y pluses. (STS, de 3 de mayo de 2011, EDJ 2011/99979).

- Información-documentación sobre los trabajadores minusválidos de la empresa con el fin de comprobar el cumplimiento por parte de la empresa del artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril. (STSJ, de 16 de enero de 1992, AS 1992/175).
- En cuanto a los documentos de cotización TC1 y TC2, se ha venido determinando la posibilidad de ceder los primeros íntegros en la medida en que se componen de datos genéricos de toda la empresa, pero en cuanto a los segundos se ha determinado también la posibilidad de omitir ciertos datos personales. Con todo, existen sentencias contradictorias sobre este asunto⁶⁰⁰. En este sentido, es necesario acudir al artículo 25.4 del RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social que dispone que los empresarios deberán informar a los interesados, en los centros de trabajo y dentro del mes siguiente a aquel a que corresponda el ingreso de las cuotas, de los datos figurados en la relación nominal de trabajadores y en el boletín de cotización. En este sentido, los empresarios deberán exponer un ejemplar de la relación nominal de trabajadores y del boletín de cotización o copia autorizada de estos. Esta obligación podrá sustituirse poniendo de manifiesto dicha documentación a los representantes de personal durante el mismo período

Existe también una previsión específica en relación a la transmisión de datos por medios informáticos, en cuyo caso la obligación de informar sobre tales relaciones se considerará cumplida mediante la colocación o puesta a disposición de los trabajadores, a través de la presentación en pantalla de ordenador o terminal informático, de los datos de sus archivos que, a tales efectos, serán considerados copia autorizada de dichas relaciones nominales de trabajadores.

600 Interesante comentario a este respecto es el realizado por TATAY PUCHADES, C. *El deber empresarial de informar en Seguridad Social*. Actualidad Laboral nº 10 semana 9, 15 de marzo de 1992. Pág. 163 a 179.

Así, algunos ejemplos de sentencias que han enjuiciado este asunto han declarado la necesidad de informar sobre lo siguiente:

- Documentos de cotización TC1 y TC 2, pero tachando en estos últimos los datos referidos a los días en los que ha prestado servicios cada trabajador. (STSJ de Madrid, de 10 de octubre de 1996 (AS 1996/3068).
- Documentos de cotización TC1 y TC2, pero omitiendo en estos últimos los datos referidos a los trabajadores fuera de convenio que, además, han solicitado expresamente la no comunicación de los mismos a los delegados de personal. (STSJ del País Vasco, de 20 de noviembre de 2007 (REC. 2306/2007).
- Documentos TC2 sin obviar ningún dato aun cuando los trabajadores lo hayan solicitado. (STSJ de Navarra, de 22 de febrero de 1995, AS 1995/461, y de 23 de octubre de 1996, AS 1996/3011).
- Denegación tanto de los TC1 como de los TC2. (STS, de 11 de marzo de 1999, RJ 1999/2912).

También los tribunales han venido denegando el derecho a la recepción de ciertas informaciones que los representantes estimaban necesarias para ejercer convenientemente la vigilancia y control sobre la legislación. Así, se ha entendido que no hay derecho a la recepción de informaciones como por ejemplo:

- Modificaciones contractuales producidas con posterioridad al momento de la contratación y consiguiente entrega de copia básica, ni cuadrantes de personas con sus posteriores modificaciones (STS, de 1º de marzo de 1999).
- Conocer singularizadamente la cantidad bruta o porcentaje del sueldo base que tiene asignado cada puesto de trabajo al que se le haya atribuido un complemento de destino. (STS, de 2 de noviembre de 1999, REC. 1387/1999).
- Cuadrantes de servicio o programación de los mismos, con sus eventuales variaciones, ni los TC1 y TC2. (STS, de 11 de marzo de 1999, RJ 1999/2912).

2.5.4.4.2. Vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa, con las particularidades previstas en este orden por el artículo 19 del ET

En consonancia con este derecho hay que recordar que también existe un derecho a la paralización de las actividades, según exponen los artículos 19.5 ET y 21 LPRL. A este respecto me remito ahora a lo comentado acerca del artículo 64.2.d) y a la información a recibir según el mismo y que servirá para el ejercicio correcto de la labor de vigilancia y control del epígrafe 7.a.2 del mismo artículo.

También conviene ahora apuntar que, si bien, este derecho de vigilancia y control viene otorgado a los representantes unitarios, será la representación específica en esta materia la que venga a ocuparse especialmente de estos asuntos⁶⁰¹. En todo caso, es destacable que no siempre existe representación específica, con lo que es imprescindible haber otorgado competencias sobre seguridad y salud a la representación unitaria con el fin de no dejar en el olvido aquellas empresas o centros que carezcan de la específica. Y una vez más al hilo de esta reflexión es preciso referirse a la ausencia de toda representación, tanto específica como unitaria o sindical en las pequeñas empresas dónde los derechos participativos brillan por su total ausencia.

601 Interesantes comentarios acerca de esta materia son: CÁMARA BOTÍA, A. y GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., *Derechos de participación y representación en materia de seguridad y salud laborales: un estudio sobre su aplicación*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 53, año 2004, pág. 219 a 263. y GARRIDO PÉREZ, E., *La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales en la Ley 31/1995*. Relaciones Laborales nº 2, 1997.

2.5.5. Los derechos participativos sobre asuntos de igualdad entre mujeres y hombres

2.5.5.1. Información y consulta en materia igualdad

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres estableció medidas relativas a diferentes campos entre los cuales se encuentra el laboral y dentro del cual se ha pretendido dar a los representantes, al menos formalmente, un papel bastante relevante. Se ha incluso llegado a afirmar que se ha puesto en marcha un sistema de “gestión participada⁶⁰²” de las políticas de igualdad. Con todo, y para poder sostener dicha afirmación habrá que entrar al detalle de lo que en esta ley se ha regulado y a los efectos jurídicos reales de dicha regulación⁶⁰³.

Así, esta ley introdujo en el artículo 64 ET dos nuevas previsiones concretadas en un derecho de información que conforma el actual epígrafe 3 del artículo redactado de la siguiente forma: *“También tendrá derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo”*.; y el actual punto 3 del artículo 64.7.a ET que otorga a los representantes de los trabajadores un derecho de *vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombre*.

Así, lo que se ha establecido en primer lugar es el derecho a la recepción de una información determinada que deberá ser facilitada, al menos cada año. En este caso, el legislador ha preferido detallar el contenido mínimo de las informaciones a prestar más allá de la definición genérica de la misma y que se ha descrito como la aplicación en la

602 MOLINA NAVARRETE, C. *El impacto laboral de la “Ley de igualdad de Sexos”*: lo que queda después de vender el humo político. Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros, nº 290, 2007, pág. 121 y 122.

603 Interesante estudio sobre el cambio que supone la entrada en vigor de la Ley de Igualdad, es el encontrado a raíz de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del TS, de 24 de septiembre de 2008 (RJ 2008/7236), en SERRANO GARCÍA, J.M., *Participación y Plan Social*, ARANZADI SOCIAL, junio de 2009. Pág. 49 a 56.

empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres. En consecuencia, el informe a facilitar por la empresa deberá contener, al menos:

2.5.5.1.1 Datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales

Se tratará de datos estadísticos que indicarán la proporción de hombres y mujeres según los niveles profesionales, permitiendo identificar diferencias entre sexos en cuanto a reparto de cargos de responsabilidad y, en relación con datos interanuales, poder mediar los índices de ascensos entre sexos. Y es que en nuestro país, y me atrevería a afirmar que en la inmensa mayoría de los del mundo, las mujeres ven sistemáticamente como sus carreras profesionales sufren cortapisas con respecto a los hombres, tanto a nivel retributivo por el ejercicio de las mismas funciones, como a la hora de no optar a ascensos o directamente en el momento de verse forzadas a abandonar sus carreras profesionales para seguir desempeñando el rol reproductivo que la sociedad les ha venido otorgando secularmente. El control de los índices de desigualdad entre sexos por parte de los trabajadores, puede ayudar a identificar políticas que sigan fomentando este tipo de mentalidades evidenciando políticas que, si bien pueden parecer formalmente legales, esconden un machismo evidente.

Se ha afirmado⁶⁰⁴ que para que estos datos sirvieran al objetivo de la ley, deberían “concretar no sólo el reparto de la plantilla en las diferentes escalas profesionales existentes en la empresa, sino las consecuencias de ese reparto y su repercusión sobre aspectos tales como modalidades de contratación y temporalidad, jornada de trabajo, empleo a tiempo parcial, salario, ascensos, o indemnizaciones”.

2.5.5.1.2. Medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa (en su caso)

En este caso, los datos a proporcionar son aquellos relativos a la puesta en marcha por la empresa de medidas encaminadas a atajar desigualdades entre sexos. Pero el precepto deja claro que habrá de informar la empresa sobre estas medidas “en su caso”, es decir, que parece no existir obligación de poner en marcha dichas medidas,

604 Citado en ROLDÁN MARTÍNEZ, A. *La participación de los representantes de los trabajadores en la gestión de políticas de igualdad en las empresas*. Relaciones Laborales nº 20, Quincena del 23 de octubre al 8 de noviembre de 2010, TOMO II, LA LEY. Pág.8

con lo que de no ponerse en marcha nada habría que notificar a los representantes. Desde luego que antes de establecer un derecho a informar sobre algo habría que asegurarse de que ese algo exista, sobre todo, cuando se trata de un asunto de la importancia como el fin de políticas patriarcales con las que convivimos a diario.

Y aquí hay que acudir directamente al artículo 45.1 LOI que determina que las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral. Así, existe un deber genérico de respeto a la igualdad de trato y de oportunidades y un deber de adopción de medidas y de negociar tales medidas con los representantes de los trabajadores. Lo que no hay es un deber de llegar a un acuerdo con los representantes. Y puesto que si existe acuerdo los representantes ya saben lo que han acordado, son precisamente las medidas adoptadas sin acuerdo las que la empresa habrá de notificar a los representantes.

Lo que llama la atención del precepto es la remisión a la legislación laboral en cuanto a la forma de acordar las medidas con los representantes, puesto el artículo 64 ET nada dice al respecto. Cabría quizá entender que se está refiriendo la norma al articulado referido a la negociación colectiva que, de llevarse a cabo a nivel empresarial –lo cual no siempre ocurre- habrá de contemplar medidas referidas a estos asuntos (segundo párrafo del artículo 85.1 ET). Con todo quedan dos lagunas a cubrir y que ni la LOI ni el ET determinan y que son, en primer lugar, qué ocurre cuando no hay una negociación colectiva estatutaria a nivel empresarial. ¿Existe un deber de negociación, al menos en materia de igualdad? Parece que sí, no obstante, el artículo 85.2 ET regula en concreto cómo negociar el plan de igualdad en empresas de más de 250 sin convenio de empresa, pero no lo regula dicha obligación en empresas de menor tamaño, con lo que lo que parecía un deber real se esfuma en las empresas de menos de 250 trabajadores. Y, en segundo lugar, y puesto que el deber –de dudosa obligatoriedad- es de negociación pero no de acuerdo entre las partes pero también existe un deber genérico de establecer medidas, cabe preguntarse ¿cuál es el mínimo de medidas a tomar por una empresa para dar por cumplido el mandato del 45.1 LOI? Parece que no hay un mínimo real al que acogerse con lo que no hay realmente un deber que pueda forzarse

al establecimiento de medidas, salvo que la empresa supere los 250 trabajadores y deba poner en marcha un plan de igualdad como se verá a continuación.

2.5.5.1.3. Datos sobre la aplicación del plan de igualdad

Un plan de igualdad se concreta, según el artículo 46 LOI en un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Los planes de igualdad fijarán, según el propio artículo 46 LOI, los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

De existir éste plan la empresa habrá de informar a los representantes no tan sólo de su existencia –que quedaría dentro del punto anterior-, sino de los datos de su aplicación, es decir, de sus efectos prácticos en el tiempo. Y ésta tan sólo existirá obligatoriamente en empresas de más de 250 trabajadores, según el artículo 45.2 LO 3/2007, lo cual supone una cifra exageradamente elevada de trabajadores a mi entender. Por su parte, el 45.3 del mismo texto legal establece que si por convenio colectivo se estableciese, la empresa debería realizar un plan de igualdad aunque contara con menos de 250 trabajadores. Como en más de una ocasión ocurre en nuestro ordenamiento, esta medida es del todo inocua desde un punto de vista legal puesto que no hace falta dicha frase para que un convenio colectivo pueda regular dicha materia ni dicha frase obliga a regular nada por convenio colectivo.

La información sobre el contenido del plan de igualdad se garantiza también a los propios trabajadores en caso de no existir representación de los trabajadores. Es destacable que no existe una previsión tal ante el establecimiento de medidas en empresas de menos de 250 trabajadores que es dónde por norma puede haber carencia de representación.

Otra frase parcialmente inocua es la que encontramos en el epígrafe 5 del mismo artículo 45 LOI, y que dispone que la elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas –en referencia a las de menos de 250

trabajadores-, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras. Desde luego, la efectividad de la voluntariedad de la empresa como mecanismo de implantación de los derechos laborales es, como poco, discutible. Lo único a lo que fuerza el precepto es a consultar a los representantes si es que la empresa voluntariamente quisiera poner en marcha un plan de igualdad. No obstante, lo dispuesto en el 45.3 se completa con lo encontrado en el 49 que prevé que el Gobierno establezca medidas de fomento que incluyan apoyo técnico, dirigidas especialmente a pequeñas y medianas empresas, para impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad.⁶⁰⁵

Por último, el cuarto epígrafe del mismo artículo dispone que las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijan en el indicado acuerdo.

En cuanto al “diagnóstico de situación” a elaborar previamente al plan de igualdad, la doctrina⁶⁰⁶ ha entendido que, al formar éste parte del plan habrá de negociarse también. En mi opinión, se trata de un análisis previo de la situación de la empresa con el fin de poder abordar un plan con la finalidad de atajar las taras existentes. Se trata pues de un documento previo al plan que se habrá de poner en conocimiento de la representación de los trabajadores de forma análoga a la memoria técnica o económica en un procedimiento de despido colectivo.

En definitiva, lo que a simple vista parece una batería de medias que implican una fuerte participación obrera en la puesta en marcha de medidas contra la desigualdad entre sexos, es casi siempre un conjunto de frases cuya retórica no conlleva obligaciones reales ni de negociación ni de puesta en marcha de medidas efectivas en empresas de hasta 249 trabajadores, es decir, la inmensa mayoría de empresas que

605 En su desarrollo encontramos, por ejemplo, la Orden SSI/1196/2013, de 25 de junio. RCL 2013\990, que establece las bases reguladoras para la concesión de las subvenciones públicas destinadas a la pequeña y mediana empresa y otras entidades para la elaboración e implantación de planes de igualdad y convoca las correspondientes a 2013.

606 SERRANO GARCÍA, J.M., *Participación y planes de igualdad en la Ley Orgánica de Igualdad*. Bomarzo, Albacete, 2007, pág. 177 y 178.

emplea a la inmensa mayoría de trabajadoras de este país. La conclusión es, por tanto que en este tipo de empresas, si se decide por parte de la empresa tomar medidas sin estar obligada a ello, deberá negociarlo con los representantes sin estar obligada tampoco a llegar a acuerdos y, deberá informar a los representantes de las medidas tomadas sin acuerdo.

2.5.5.2. La vigilancia y control en materia de igualdad

En cuanto al deber de vigilancia *del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombre*, éste ha de concretarse en la capacidad de los representantes de averiguar si estos principios no son conculcados en la empresa. Consecuentemente, es imprescindible que se pueda tener acceso a determinados datos, como por ejemplo los salariales, con el fin de identificar desigualdades de salario por el ejercicio de las mismas funciones. Ejemplo de ello es lo determinado por la AN en sentencia de 2 de noviembre de 2010⁶⁰⁷, en la cual se entiende que hay derecho de los representantes a conocer la cuantía global de las gratificaciones, el número de empleados que la han recibido, los porcentajes por grupos y niveles y por hombres y mujeres.

Y los representantes de los trabajadores deben tener en cuenta toda la información con la que cuentan para poder llegar a conclusiones que enmascaren conductas ilegales por desigualitarias. Así, es necesario tener un control sobre qué extracto de trabajadores es despedido o cesado para poder determinar si estadísticamente se prescinde de mujeres tras sus procesos de embarazo o bajas maternales o en edades en las que se suelen tomar decisiones vitales como ser madres. Y pese a que dichos ceses tomaran una forma amistosa y de acuerdo entre las partes, los representantes habrían de ejercer su función de vigilancia denunciando tales prácticas en la medida en que han de defender un interés común y de clase que puede discernir en un momento determinado de lo que una trabajadores en concreto haya podido aceptar como menos malo aceptando su rol reproductivo por imperativo social⁶⁰⁸.

607 EDJ 2010/244659.

608 Parecida opinión es apoyada por NIETO ROJAS, P., *Medidas y planes de igualdad en las empresas. Proceso de creación e implantación*. En AAVV, (MERCADER UGUINA, J., cord.). *Comentarios Laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant Lo Blanch,

El deber de vigilancia del artículo 64 ET, tiene un contenido más amplio que el de seguimiento que según el artículo 47 LOI puede encomendarse a las comisiones paritarias de los convenios, pues este último, en principio, sólo alcanza a los acuerdos sobre planes de igualdad⁶⁰⁹.

Uno de los aspectos criticables de la Ley 3/2007 es que, a diferencia de lo ocurrido con respecto a la prevención de riesgos laborales, no se ha querido crear una representación especializada para asuntos de igualdad como pudiera ser un delegado o un comité de igualdad.

Además, la vigilancia ha de ejercerse para detectar conductas de acoso sexual y por razón de sexo, informando a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran proporcionarlo (artículo 48 LO 3/2007).

Con la finalidad de evitación de este tipo de prácticas se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación (48.1 LO 3/2007).

2.5.5.3. El derecho a colaborar en la puesta en marcha de medidas de conciliación (64.7.d)

Por su parte, el artículo 64.7.d ET establece un derecho a colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación, sin condicionar dicho derecho a su desarrollo convencional. Así, existe la capacidad de colaboración con la empresa pero no existe una redacción que detalle cómo ha de ponerse en marcha el mismo. Será pues, en muchas ocasiones, la negociación colectiva la que detalle el derecho en cuestión estableciendo los mecanismos concretos de colaboración con la empresa en este sentido.

Pero se hace muy difícil averiguar hasta qué punto podrían los representantes formar la puesta en marcha de este derecho si no hubiera un acuerdo al respecto, puesto

Valencia, 2007, Pág. 407. Con el autor coincido además, en que si bien no parece contemplarse en la ley un deber de negociar la elaboración del diagnóstico, sí sería deseable el establecimiento del mismo.

609 ROLDÁN MARTÍNEZ, A. *La participación de... op. Cit.* Pág. 10.

que la colaboración es un concepto indeterminado que parece referirse a una relación horizontal entre dos entes –empresa y comité- que no tiene un fácil encaje legal a la vista de nuestro sistema de participación obrera. El precepto fija el objetivo a alcanzar, pero guarda silencio respecto a los medios para conseguirlo⁶¹⁰. De esta manera, y sin acuerdo concreto normalizado en convenio o pacto, los representantes no tendrían más remedio que apelar a la buena fe de la empresa a la hora de permitir dicha colaboración que tampoco implica la obligatoriedad de ceder ante las pretensiones contrarias. En este sentido, y basándose en las potestades del artículo 20 ET, será el empresario quién tenga la última palabra sobre la puesta en marcha de medidas de conciliación en la empresa.

En lo concreto, este derecho de colaboración se ha materializado en casos de participación de los representantes en la realización de estudios y encuestas que permitan mejorar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en la resolución de la petición de excedencias, en la elaboración de los turnos de vacaciones, o en la gestión de las medidas de guardería⁶¹¹.

2.5.6. La expectativa de derechos participativos relativos a las obras sociales

La participación, así definida en el artículo 64 ET no viene contemplada más que el epígrafe b) del punto 7, estableciendo éste que el comité tiene la competencia de participar, como se determine por convenio colectivo, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares. Pues bien, si hablamos de derechos de participación reconocidos en el precepto en cuestión, la conclusión no puede ser otra más que determinar que no existe tal derecho, sin una mera expectativa del mismo. Y no es que el legislador no haya tenido ocasión de modificar el precepto, puesto que la redacción del mismo ha permanecido intacta desde su redacción original en el año 1980. Lo único que existe, pues, es un recordatorio según el cual los convenios colectivos pueden entrar a regular una participación en la gestión de las obras sociales establecidas por la empresa. Es decir, que si las obras

610 ROLDÁN MARTÍNEZ, A. *La participación de... op. Cit.* Pág. 10.

611 Extraído de diversos convenios colectivos citados por ROLDÁN MARTÍNEZ, A. *La participación de... op. Cit.* Pág. 11.

sociales son establecidas por aquella –no por los representantes- podría existir un derecho en este sentido. Pero es que sin esta previsión, los convenios colectivos podrían haber regulado estas materias de la misma manera con base en lo dispuesto en el artículo 85 ET, con lo que el valor jurídico del precepto es nulo a todas luces. Si acaso, este epígrafe tiene un valor simbólico, lo cual dista mucho de poder ser suficiente para hablar de derechos de participación.

Esta participación, de existir, puede tener un contenido muy variado, y la Ley no especifica ni las formas ni la intensidad de la misma. Es claro, en consecuencia, que la negociación colectiva puede establecer facultades de codecisión en aquella gestión⁶¹².

Este tipo de obras sociales pueden ser de diferente naturaleza, tales como fondos de inversión y/o desarrollo, fondos de renovación o fondos de pensiones. Los fondos de inversión de los asalariados suelen estar financiados a partir de salario en sentido económico y/o de los beneficios empresariales; los fondos de renovación, están financiados directamente por las empresas; y, en fin, los fondos de pensiones, están financiados a partir de los salario en sentido económico o bajo sistemas mixtos de aportación de cuotas⁶¹³.

2.5.7. El deber de colaboración con respecto al mantenimiento e incremento de la productividad

No un derecho sino un deber con respecto al empresario es el que viene regulado en el artículo 64.7.c) que determina que el comité de empresa tendrá la competencia de colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad. La productividad, definida por la RAE como “*Relación entre lo producido y los medios empleados, tales como mano de obra, materiales, energía, etc*”. es un factor económico que indica si los trabajadores –u otros factores de producción- producen mucho o poco con respecto a la cantidad de los mismos. Así, a mayor productividad menos mano de obra hará falta para producir la misma cantidad de

612 MARTÍN VALVERDE, A. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2005, pág. 302.

613 MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de... op. cit.* Pág. 415.

producto. En definitiva, se trata de un indicador que presenta muchas lecturas y cuyo mayor interesado en que sea elevado es el empresario. La mayor productividad puede lograrse, por ejemplo, incrementando el ritmo de trabajo, lo cual puede conllevar un mayor estrés de los trabajadores; puede lograrse también con mejor maquinaria que reduzca la cantidad de factor humano necesario para la realización del mismo producto.

Es decir, que si bien se asimila el término productividad a algo positivo desde un punto de vista económico, desde un punto de vista obrero, el aumento de la misma puede suponer –que no siempre- una vulneración de los intereses de los trabajadores tanto en calidad como en cantidad del trabajo. Y de esta forma, lo establecido en el artículo 64.7.a) no sería sino un deber, una obligación que podría ir incluso contra los intereses de sus representados. En consecuencia, este deber tan sólo podría exigirse si el aumento de la productividad se realiza por otros cauces en los que los factores perjudicados no fueran los trabajadores, puesto que de lo contrario, los representantes de los trabajadores estarían frente a una coyuntura contradictoria para con su propia naturaleza.

En todo caso, y de la misma manera que ocurría con la participación en obras sociales, este deber de colaboración tan sólo se materializará “si así está pactado en los convenios colectivos”, de modo que los representantes podrán o no pactar un deber de colaboración en este sentido, y es su obligación como representantes de los intereses obreros en la empresa, no comprometerse a tirar piedras contra el propio tejado de los trabajadores. Vaya por delante, que el bajo rendimiento de un trabajador es motivo de sanción laboral en virtud del poder disciplinario de la empresa y que no son los representantes de los trabajadores quienes han de ejercer este poder ni colaborar con la empresa con el ejercicio del mismo, por muy legítimo que pueda ser para la empresa en situaciones de abuso puntual de un trabajador en concreto. Al contrario, el deber de los representantes de los trabajadores en estos supuestos, pasa por el control y vigilancia de la legalidad del procedimiento sancionador y siempre con la finalidad de defender los derechos del trabajador. Esto no significa que hayan de darle la razón siempre en lo interno, pero sí que han de ejercer como representantes del mismo ante el ejercicio del poder disciplinario empresarial. Otra situación se da cuando una eventual dejación de funciones anti productiva vaya contra los intereses de los demás trabajadores.

2.5.8. El derecho/deber de los representantes de los trabajadores a informar a sus representados

Finalmente, el artículo 64.7. e) ET dispone que el Comité tendrá la competencia de informar a sus representados en todos los temas y cuestiones señalados en el propio artículo 64 ET en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales.

Y es que un representante de los trabajadores no ha de ser un ente ajeno a sus representados, sino que es un instrumento para la defensa de unos intereses determinados, con lo que las personas interesadas no pueden quedar ajenas a las cuestiones que son de su interés. Y este deber de información a los representados, un deber accesorio de conducta del representantes, encuentra su base y fundamento en el vínculo de confianza y de fidelidad entre representante y representado que posee toda relación representativa⁶¹⁴. En referencia al actual artículo 64.7.e) el TS⁶¹⁵ recuerda que el flujo de información entre el sindicato y sus afiliados, entre los delegados y los trabajadores, “es fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical, propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindical y, en definitiva, constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical” (STC 94/1995, de 19 de junio EDJ 1995/2615).

De esta manera, los representantes tienen la obligación de hacer de transmisores de los temas y cuestiones señalados a lo largo de todo el artículo 64 ET, es decir, tanto de los asuntos que les llegan mediante informaciones, como de los asuntos ante los cuales han emitido informe, como de los asuntos acerca de los cuales ha habido un periodo de consultas, incluso sobre la participación o colaboración si ésta se hubiera regulado en convenio colectivo.

El deber aquí regulado consiste en informar a los representados, con lo que éste quedará cumplido con la transmisión de información, no siendo necesario, al menos según este precepto, someter a votación o aprobación cada asunto sobre el que la representación tenga algún papel activo (informe, consulta, colaboración), sin perjuicio de lo ya comentado a raíz de la asamblea de trabajadores y sus competencias. La

614 MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de... op. Cit.* Pág. 435.

615 STS, de 29 de marzo de 2011, EDJ 2011/60897.

representación obrera es pues un mandato representativo con un deber de información a los representados, pero no con un deber de refrendo constante de las decisiones tomadas. Así, la forma habitual de demostrar descontento con la labor representativa será el castigo electoral.

Por el contrario, lo que sí puede exigirse es el deber de informar de lo ocurrido aunque no haya deber de someter a votación todas las cuestiones. Así, ante una ocultación de datos injustificada, los propios trabajadores podrían alegar judicialmente la vulneración del artículo 64.7.e) ET. Con todo, este deber de información encuentra sus límites en los deberes de sigilo y secreto regulados en el artículo 65 ET, y que se verán más adelante, con lo que tampoco puede afirmarse que lo contenido en este punto e) sea un derecho absoluto sino modulable.

Y este derecho/deber ha de ser interpretado en consonancia con lo dispuesto en el artículo 68.d ET que dispone que los RLT tendrán como garantía la de expresar, colegiadamente si se trata del comité, con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa. En relación con lo allí dispuesto, existen diversas maneras de ejercitar este derecho/deber de informar, publicar o distribuir. Así, el artículo 81 ET prevé la puesta a disposición de los representantes de un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores, así como uno o varios tablones de anuncios. Además de estos medios físicos previstos expresamente por la norma estatutaria, cobran relevancia los medios informáticos como manera de hacer llegar información a los representados. La carencia de previsión expresa de los mismos tenía excusa en el año 1980 en el que se redactó el texto original del que hoy es el ET, pero no la tiene ya bien entrado el siglo XXI, donde la práctica ha evidenciado que es necesaria una regulación de estos medios en la medida en que del uso de los mismos surgen multitud de controversias. Y en lo que ahora respecta, la STS, de 13 de octubre de 1995 (626/95) fue la primera en abordar el uso informático de los medios empresariales para que la representación obrera hiciera llegar datos a los representados, habiendo sido la conclusión del Tribunal que no tenían derecho a hacer tal uso.

Más delante, y fruto del cambio en los tiempos y de la habitualidad del uso informático, la interpretación de este derecho ha cambiado, como no podía ser de otra manera. Así, el TC en sentencia de 7 de noviembre de 2005 (281/2005) ha afirmado que el derecho controvertido forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad sindical, que las empresas no están obligadas a dotarse de una estructura informativa para uso sindical, pero sí tienen que asumir ciertas cargas tasadas en la Ley dirigidas a hacer efectivo el hecho sindical informativo y, en consecuencia, pesa sobre el empresario el deber de mantener al sindicato, con ciertos límites, en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre que tales medios existan. También reconoce el TC que existen ciertos límites a estos usos y que comienzan por que queda reservado el uso de los medios informáticos a la transmisión de información de naturaleza sindical y laboral. Además, la comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa, si bien no parece que la recepción de mensajes en horario de trabajo produzca dicha perturbación; y por lo demás nada impide la lectura de los mensajes al finalizar la jornada o en las pausas existentes. No podrá tampoco perjudicarse el uso específico empresarial, ni pretenderse que deba prevalecer el interés del uso sindical. Por último, la utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes.

Pero hay que tener muy en cuenta que el TC reconoce que el uso de medios informáticos tiene su origen y fundamento en el derecho fundamental de libertad sindical, y que el artículo 8.2 LOLS no permite una interpretación extensiva sobre el tablón de anuncios en afirmación lógicamente aplicable también al artículo 81 ET, no va a ser fácil a las representaciones unitarias encontrar un fundamento legal que les permita hacer uso de esos medios, salvo pacto con la empresa o en negociación colectiva. Y si así fuera, nos encontraríamos ante un factor más de diferenciación entre ambas representaciones⁶¹⁶.

Con todo, soy de la opinión que el propio artículo 64.7.e) ET es norma más que suficiente para poder extender el derecho reconocido a las representaciones sindicales también a las unitarias. Y no es que se extienda por capricho lo dispuesto con respecto a la obligatoriedad de la puesta a disposición de un tablón de anuncios, sino que la propia

616 SAMPER JUAN, J. *Los sistemas tradicionales...* op. cit. Pág. 264 y 265.

interpretación del TC deja claro que no hay tal obligatoriedad de contar con medios informáticos, pero que si existen –que hoy en día es lo más probable- estos han de ser puestos a disposición de los representantes con los límites mencionados. De lo contrario, se estaría negando el uso de un medio tanto o más habitual que la propia palabra hablada, puesto que hoy en día en muchos centros de trabajo la comunicación entre personas pasa por la informática en la mayoría de los casos. De forma análoga podría argumentarse que no puede transmitirse información según el 64.7.e) ET de palabra fuera del local habilitado, lo cual es evidentemente insostenible. Así, la norma configura tablón de anuncios y local para garantizar unos espacios mínimos, y del 64.7.e) ET se sustrae que la transmisión podrá hacerse por cualquier canal siempre que se respeten los límites sensatos establecidos por el TC en la sentencia citada.

Con todo, y como decía más adelante, y para evitar interpretaciones restrictivas como la que niega a la representación unitaria el uso informático con fines informativos, urge redactar un precepto –seguramente el 81 ET- en el que se explicita este derecho informático detallando lo mejor posible su contenido. Y para que fuera un derecho completo sería necesario establecer derechos concretos como podría ser la existencia de un correo electrónico propio de los representantes unitarios desde el cual emanen los correos destinados a informar a los representados. Y esta nueva redacción urge puesto que hoy en día el tablón de anuncios no es suficiente tanto más si existen órganos representativos intercentros y que ciertas informaciones pueden ser demasiado extensas como para ser expuestas en un solo tablón.

2.5.9. Los deberes de sigilo y secreto

Al hilo del estudio del deber de informar a sus representados, conviene ahora fijarse en los límites que el artículo 65 ET impone a los representantes de los trabajadores a la hora de gestionar el uso de la información recibida. El primero de aquellos límites será el sigilo que impedirá transmitir la información a terceros – representados incluidos- así como hacer un uso indebido de la información. El segundo de esos límites será el secreto empresarial que más que un límite es una evidente

negación del derecho de información y, por consiguiente, de consulta en su caso, en los casos regulados por el artículo 65 ET⁶¹⁷.

Se trata pues, de gestionar los intereses opuestos de empresa y trabajadores desde una perspectiva en la que pueden interactuar derechos como el del honor o secreto comercial de la empresa, o el de información o expresión de los representantes y trabajadores, siendo que el primero se refiere a informaciones veraces y el segundo a opiniones subjetivas sobre determinadas situaciones.

2.5.9.1. El deber de sigilo

Son los epígrafes 2 y 3 del artículo 65 ET los que regulan este deber de sigilo. Lo primero que hace el artículo 65.2 ET es definir quiénes son los sujetos que van a estar obligados por dicho deber, siendo estos los miembros del comité de empresa y éste en su conjunto, así como, en su caso, los expertos que les asistan. De la lectura de este inciso cabe deducir que el sigilo afecta a los representantes unitarios de los trabajadores por separado, pero también a los propios órganos colegiados como tales puesto que no podrá transgredirse este deber filtrando cierta información bajo el paraguas del comité de empresa como ente más allá de las propias personas que lo conforman. Con todo, si en todos estos años la doctrina no ha apreciado un valor significativo en la distinción que este precepto formula entre los “miembros” y el comité “en su conjunto”, es poco comprensible su mantenimiento, en vez de optar por una definición subjetiva menos enrevesada, más genérica y comprensiva, del tipo “representantes de los trabajadores”⁶¹⁸. Lo cual, dicho sea de paso, permitiría integrar a representantes sindicales y delegados de prevención sin necesidad de acudir a normas terceras.

En todo caso, resulta coherente con la lectura del artículo 62.2 ET admitir que lo dispuesto en cuanto al deber de sigilo sea extrapolable a los delegados de personal, puesto que lo dispuesto en cuanto al mismo no es sino un límite a una de sus competencias. De la misma manera, y con base en lo dispuesto en el artículo 11.3.1º

617 Interesante, aunque ya bastante antiguo artículo sobre este asunto es: FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El deber de sigilo de los representantes del personal*. Actualidad laboral, Nº 1, 1992, págs. 125-143

618 GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. *Una nueva modificación... op. Cit.* Pág. 996.

LOLS, lo dispuesto en cuanto al sigilo profesional es extrapolable también a los representantes sindicales.

También lo es en relación a los representantes encargados de la prevención con base en el artículo 10.4 LPRL, para los cuales existe incluso una presunción general de reserva para todas las informaciones, a diferencia de lo regulado en el artículo 65 ET que exige ciertos requisitos para otorgar válidamente la calificación de reservada a una información. Con todo, una interpretación laxa del precepto haría llegar a la conclusión de que, si bien no es necesaria la calificación de reservada por parte de la empresa en materia de prevención, sí sería necesario que la misma fuera “objetivamente” reservada en términos parangonables a los dispuestos en el artículo 65.2 ET. En definitiva, tal y como indica GARRIDO PÉREZ⁶¹⁹, evitar exigencias abusivas y/o arbitrarias de guardar sigilo profesional, impidiendo a los sujetos con responsabilidades en materia preventiva el libre ejercicio de sus funciones al respecto, ha de pasar ineludiblemente por la no admisión de una indicación normativa apriorística y general del carácter reservado de las informaciones y datos a los que aquellos accedan, y acudir por el contrario a criterios de individualización objetiva como la expresa declaración de voluntad del sujeto titular de la información así como el posible daño al interés protegido por el deber, pero que deben ser confrontados caso por caso con el interés ajeno a su divulgación o transmisión, para ver cuál es el particular interés que debe satisfacerse prevalentemente.

Por último, el artículo 65.3 ET expande sus efectos también a todos aquellos expertos dedicados a asistir a los representantes y que hayan podido tener acceso a ciertas informaciones. Por supuesto, el concepto de “experto” o “asesor” debe ser objeto de una interpretación lo suficientemente amplia como para incluir cualquier persona que “asiste” al representantes en asuntos de la actividad representativa, con independencia del título o condición profesional con la que actúe. El experto no es sólo el que asiste presencialmente a los representantes en las reuniones internas del comité o en las que celebre típicamente con la dirección de la empresa, sino también el que tiene acceso a la información y documentación proporcionada en un momento posterior, con

619 GARRIDO PÉREZ, E. *La participación de los trabajadores... op. Cit.* Pág. 424.

ocasión del servicio que presta a los representantes para facilitarles el examen y comprensión de aquéllas⁶²⁰.

En cuanto a qué información es objeto del mencionado sigilo, el comentado epígrafe dispone que éste deber se refiere a aquella información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado. Se crea de esta forma un mecanismo de transmisión de información que permite al empresario ser juez y parte en cuanto a lo que es o no es objeto del deber de sigilo y dónde basta la simple comunicación por parte de este a los representantes de que cierta información es de carácter reservado para que los representantes no puedan transmitirla. Además, tal y como ha establecido el TS, el último inciso del invocado art. 65.2 autoriza al Comité, *a contrario sensu*, a que los documentos que le entregue la empresa -referentes a temas no incluidos en las excepciones aludidas- puedan ser utilizados razonablemente dentro de su ámbito, respetando los fines para los que fue entregado⁶²¹. Así, declarada reservada una materia por la empresa no parece que los representantes cuenten con una especie de *ius resistantiae* que le permita publicar la información con base en el entendimiento de que no existe un legítimo interés empresarial, sino que deberán iniciar el oportuno proceso para solventar la cuestión⁶²².

Es también relevante el hecho de que hayan desaparecido a raíz de la reforma del año 2007 las materias que estaban acotadas legalmente y que eran consideradas reservadas sin necesidad de tal calificación por parte del empresario.

Por supuesto, de no estar de acuerdo es posible para los RLT acudir al proceso de conflictos colectivos para impugnar tal decisión (artículo 65.5 ET), pero para cuando la decisión judicial que diese razón a estos llegase, en la gran mayoría de los casos la transmisión de la información podría haber perdido su razón de ser. Desde luego, sería más que deseable establecer un procedimiento especialmente rápido para la solución de este tipo de controversia.

620 GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. *Una nueva modificación... op. Cit.* Pág. 997.

621 STS, de 13 de diciembre de 1989, RJ 1989\9200.

622 PEDRAJAS MORENO, A y SALA FRANCO, T. *Comentario de urgencia a la Ley 38/2007... op. Cit.* Pág. 7.

Lo que además no hace el precepto es dar una clara definición de qué materias pueden tener un carácter reservado, puesto que éste se limita a expresar que debe existir un “*legítimo y objetivo interés de la empresa*”. Desde luego, que el interés fuera legítimo es un requisito que no era posible obviar, pero que éste sea objetivo es una afirmación que aporta más dudas que luces a la solución de esta cuestión. Y es que el interés de una parte es, por definición, subjetivo. Quizá, lo que pretendía decir el legislador es que dicho interés debía probarse mediante parámetros “objetivos” tales como datos concretos, informes, precedentes, etc. En todo caso, no habría de bastar la mera palabra de la empresa para justificar el tratamiento como reservado de una información. Lo que ha venido afirmando de un modo también muy genérico la jurisprudencia como la doctrina es que para que un documento deba ser considerado confidencial no es suficiente que así lo califique de forma unilateral el empresario, es necesario que lo sea desde un punto de vista objetivo⁶²³.

En todo caso, de entre lo resuelto por los tribunales pueden encontrarse ejemplos de materias que, pese a haber sido calificadas como reservadas por la empresa, ha tenido que entenderse que eran de especial interés para los trabajadores. Ejemplo de ello es la revocación de una sanción a un delegado sindical que publicó informaciones sobre absentismo calificadas como reservadas por la empresa, al entender el Tribunal que no se transgredió la buena fe contractual ni el deber de sigilo profesional puesto que el documento difundido versaba sobre cuestión de importancia para los intereses de los trabajadores y para el ejercicio de la función sindical y de su contenido no era posible deducir su carácter confidencial⁶²⁴. Tampoco se entendió transgredido el deber de sigilo en el caso de la difusión de un informe financiero que pretendía poner en marcha una reestructuración en la que se incluían diversos despidos, cuando la propia difusión dio lugar a una huelga⁶²⁵. Sí se ha considerado, en cambio,

623 STS, de 13 de diciembre de 1989, RJ 1989\9200.

624 STC, 213/2002, de 11 de noviembre.

625 STSJ de Cantabria, de 10 de mayo de 2006, (AS 2006/2221), Comentada por LÓPEZ AHUMADA, J.E. *Ejercicio de los derechos de información y expresión en caso de huelga: ¿Posible aplicación del deber de sigilo profesional?* ARANZADI SOCIAL Nº 3, 2006. Navarra. Pág. 3013 a 3022.

transgredido el deber de sigilo en un caso en el que se informó a la prensa de los datos de producción de la empresa.⁶²⁶

Además, soy de la opinión de que debería ser en el momento en el que la empresa transmite a la RLT su decisión de otorgar carácter reservado a una información cuando ésta debería simultáneamente transmitir también cuál es el mencionado interés legítimo y objetivo que justifica tal medida. De lo contrario, los RLT se verían en una clara situación de indefensión. Se trata de algo parangonable a la suficiente extensión y contenido de una carta de despido disciplinario u objetivo expresando con meridana claridad las causas del mismo y tachando el despido de improcedente si dichas causas no han sido trasladadas convenientemente a su destinatario pese a la existencia de las mismas. Con todo, también pienso que la redacción del artículo 65 ET debería ser más clara en este sentido dejando claro el momento y la claridad precisas para informar de las causas más allá de la calificación de reservada de la información, puesto que con redacciones opacas como la presente caben interpretaciones restrictivas y opuestas a la que yo acabo de defender.

Por último, el artículo 65.3 ET dispone que ningún tipo de documento entregado por la empresa al comité podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquélla ni para fines distintos de los que motivaron su entrega. Sin más comentarios, diré que sí me parece un límite obvio al tratamiento de la información por parte de los representantes de los trabajadores que acceden a informaciones y documentos con el fin de representar a los trabajadores y hacer valer sus intereses como grupo. De esta forma, cualquier uso de documentos para fines distintos a estos no puede tolerarse. Lo único que sorprende es que el precepto se refiera a documentos pero no a informaciones dadas de palabra, puesto que tanto una cosa como la otra pueden dar lugar a un uso incorrecto.

En relación a este deber de sigilo, MONEREO⁶²⁷, entre otros, han defendido la posibilidad de que éste sea entendido en un sentido laxo que permita la transmisión de información a los representados, aunque no más allá. Su teoría pasa por afirmar que entender el deber de sigilo como un secreto impuesto a los representantes también ante

626 STSJ de Murcia, de 23 de julio de 2001, Comentada por SANFULGENCIO GUTIÉRREZ J.A, *El deber de Sigilo y el derecho fundamental a la libertad sindical y a la información de los representantes de los trabajadores*. Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, Nº 1, 2002, págs. 815-826.

627 MONEREO PÉREZ, J. L. *Los derechos de información... op. Cit.* Pág. 295 Y SS.

sus representados quebrantaría todo el sistema participativo de nuestro ordenamiento jurídico emanado de la propia constitución en su artículo 129.2.

Así pues, se exigiría únicamente, con arreglo al principio de la buena fe, prudencia y tacto en la difusión de informaciones entregadas por la dirección empresarial; difusión que de este modo no se halla prohibida en términos absolutos. Según el autor, el derecho de participación de los trabajadores (129.2 CE y 4.1.g ET) quedaría en buena parte privado de efectividad si se llegara a una solución extensiva indiferenciada de aquel deber jurídico, en relación con el derecho de participación en la empresa reconocido a los trabajadores. Desde el punto de vista de las relaciones informativas internas -que enlaza a los representantes con el colectivo formado por sus representados-, el empresario no puede oponer el secreto en sentido estricto o “fuerte” (que supone un deber de no suministrar informaciones, o de guardar un silencio absoluto respecto a datos de la empresa facilitados por el empresario) en orden a la comunicación de informaciones a los sujetos no extraños a la empresa, todo lo más cabe exigir un deber de discreción en el uso prudente de dichas informaciones conforme a la buena fe. Lo que exige a los representantes es una especial diligencia en la transmisión de informaciones que puedan producir daños y perjuicios a la empresa. Y ello, siempre según el autor, porque la interpretación –exclusivamente literal del precepto en cuestión- llevaría a un resultado incompatible *per se* con el sistema legal, porque, en verdad, el “secreto profesional” nunca puede llegar hasta el punto de neutralizar la efectividad del derecho de participación de los trabajadores en la empresa como quieren los artículos 4 y 61 ET, en conexión sistemática y de fin con los artículos 129.2 y 9.2 *in fine* de la Constitución. Así, el autor propone una interpretación que permita la conservación tanto del 129.2 CE y 4.1.g y 61 ET, como del artículo 65.2 ET, asumiendo que estamos ante una antinomia (relativa) soluble para la cual el entendimiento de que la información “reservada” sí puede ser transmitida, aunque con cautelas, a los representantes, permite la conservación del precepto sin llegar a su derogación.

Ante esta interpretación no me queda más remedio que mencionar en primer lugar mi total acuerdo con el hecho de que los representados deberían poder acceder a todas las informaciones, pero que no creo posible articularlo así con la redacción legal con la que contamos actualmente. Primero, ya que el argumento según el cual limitar la

transmisión de informaciones conculcaría lo regulado en los artículo 129.2 CE y 4.1.g y 61 ET al referirse estos a “los trabajadores”, encuentra la dificultad de que si aplicáramos tal interpretación estaríamos obligados a reconocer todos los derechos representativos a los trabajadores cuando no existe representación alguna. Así, todo el contenido del artículo 64 ET debería ser objeto de competencias de todos los trabajadores en pequeñas y medianas empresas aunque no existiera siquiera representación unitaria. Y, pese a que esta solución es de mi agrado personal, no creo que una maniobra interpretativa pueda llevar a tal alcance. En todo caso, lo que no puede pretenderse es evocar tales preceptos para atenuar el alcance del artículo 65.2 ET sin pretender que dicha interpretación se haga valer en lo más obvio.

La segunda y evidente pega que veo a la interpretación del profesor es que, si aceptamos que la información reservada llega de algún modo a todos los trabajadores pero estos no están vinculados por ningún deber de sigilo, estaríamos dejando vía libre a la difusión final de la misma, con lo que el precepto será finalmente casi inútil. Un deber de sigilo o secreto ha de afectar al último eslabón de una cadena, puesto que de lo contrario no tiene efecto práctico y, lo que sí es evidente es que los sujetos obligados son los representantes de los trabajadores. Otra cosa es, de nuevo, pensar que haya que modificar el precepto permitiendo que la información llegue a los representados y estableciendo sobre ellos cierto deber de sigilo o secreto. Por último, cabe sacar a relucir el artículo 6.1 de la Directiva 2002/14 CE en el que se menciona literalmente a los trabajadores junto a los terceros como sujetos a los que ocultar información⁶²⁸. Según la norma, el legislador español estaba habilitado para acabar con esta limitación a la transmisión de información, pero no lo ha hecho expresamente. Además, y como comentaba anteriormente, el requisito exigido por la Directiva relativo a que los trabajadores a quienes se informe estén “sujetos a una obligación de confidencialidad” no se cumple en nuestro ordenamiento jurídico.

628 Artículo 6.1 Directiva 2002/14 CE: “*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.*”

2.5.9.2. El secreto empresarial

Sin referirse al término secreto, el artículo 65.4 ET introduce la posibilidad de que la empresa haga de ciertas informaciones secretas incluso para los representantes de los trabajadores. Y si las informaciones reservadas presentaban un gran problema en cuanto a la garantía del ejercicio de los deberes participativos, la introducción de este epígrafe acaba de minarlos por completo. Se permite aquí que la empresa simplemente no transmita informaciones a los representantes si éstas están relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo y ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica. Y este epígrafe merece ser desglosado por completo para poder hacerse una idea real de lo que está introduciendo, en qué términos y con qué detalle –o falta del mismo–.

En primer lugar se refiere el epígrafe a que las informaciones en cuestión han de tratar sobre secretos industriales, financieros o comerciales. Se viene decir algo así como “será secreto aquello que sea un secreto”. Pero es que a lo largo de todo el artículo 64 ET existen multitud de previsiones según las cuales estas tres materias han de ser objeto de informaciones o consultas. Claro ejemplo son las informaciones acerca de las cuentas anuales (64.4.a). ¿Se ha de suponer que aparte de lo expuesto en dichas cuentas anuales las empresas cuentan con secretos financieros que allí no aparecen? ¿Tiene esta idea cabida legal? Por su parte, los secretos industriales o comerciales deberían ser objeto de información a propósito de la evolución reciente y probable de las actividades de la empresa, la producción las ventas y el programa de producción. (64.2.b ET). Y todos ellos han de ser objeto de información y consulta si es que afectan al empleo aunque sea de forma probable (64.5 ET).

Ante tanto despropósito, el legislador añadió una última frase al epígrafe 4 del artículo 65 ET según el cual *esta excepción no abarca aquellos datos que tengan relación con el volumen de empleo en la empresa*. Pero ¿qué es tener relación con el volumen de empleo? ¿Se trata de un dato que hable directamente sobre el volumen del empleo o de un dato que esté relacionado con un efecto presente, futuro o posible sobre el volumen del empleo? La simple lectura del precepto no aporta solución a estas dudas, además de haberse referido tan sólo al volumen del empleo, cuando hemos ya visto que el artículo 64 ET se refiere no tan sólo a la cantidad del empleo (volumen)

sino también a su calidad. Quedan, así, los cambios en la calidad del empleo a la total merced de los secretos que la empresa quiera tener.

Además de lo ya citado, el precepto pide dos requisitos más para que la información pueda ser tachada de secreta. Así, estas informaciones *podieran* – condicional- *según criterios objetivos* -¿qué son?-, (a) *obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo* y (b) *ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica*.

Diversas causas pudieran obstaculizar el funcionamiento de una empresa. Algunos ejemplos de ello son la huelga, el cierre patronal, alguna causa de fuerza mayor o el advenimiento de un día festivo. Sacar a relucir este variopinto abanico de causas parece absurdo, pero ante una redacción tan genérica del precepto que se refiere a como minar del todo un derecho de crucial importancia en la empresa, no puede uno razonar sino de esta manera. Si el legislador pretende establecer un límite tan contundente a los derechos participativos debería, al menos, trabajar con más rigor la redacción de los artículos que así lo establecen. De lo contrario, se deja vía libre a interpretaciones de todo tipo que no aportan más que inseguridad jurídica.

El segundo requisito pasa por que se ocasionen graves perjuicios en la estabilidad económica de la empresa. No es suficiente un perjuicio medio sino que ésta ha de ser grave, o más bien “pudiera” ser grave. Y es que si todavía el precepto hubiera utilizado una forma verbal más contundente que el condicional, esta previsión de gravedad podría ser algo a lo que agarrarse para limitar el secreto arbitrario establecido por el precepto.

El despropósito tanto de la introducción del secreto como de la desafortunada redacción legal del mismo con la que contamos en este país, ha de ser conjugado con el recién estudiado deber de sigilo. Siendo que los representantes y los expertos que los asisten ya tienen prohibida la divulgación de ciertas informaciones si el empresario así lo dictamina, establecer además el secreto en estos casos supone un absurdo, a no ser que lo que se pretende es otorgar un cheque en blanco a la empresa para que en la práctica oculte lo que le interese en cada momento.

Como conclusión tan sólo una reflexión: ¿Cómo puede la representación de los trabajadores entablar una acción judicial para reclamar lo antijurídico de una

información secreta si precisamente por haberle otorgado dicha calificación ni siquiera conoce su existencia?

CONCLUSIONES

- 1ª. La caída del Antiguo Régimen y la consecuente llegada de la revolución burguesa en lo político y la revolución industrial en lo económico, dieron paso al conflicto social inevitable entre la clase empresarial y la clase obrera. En la estructura puramente capitalista, los trabajadores, casi parangonables a la maquinaria industrial, se vieron condenados a vivir en condiciones infrahumanas, y totalmente desprovistos de medios de acción para hacer valer sus intereses en la empresa. La lucha obrera no tardó en aparecer, gracias a ella las clases dominantes junto con los Estados de finales del siglo XIX y principios del XX, se vieron obligadas a otorgar ciertos derechos a los asalariados tendientes a endulzar su situación social. Fueron también reconocidos los derechos colectivos, de entre los cuales la libertad sindical suponía la piedra angular. Este reformismo consiguió, por un lado, mejorar la calidad de vida de la clase trabajadores, y por otro lado, apaciguar las reivindicaciones revolucionarias de ciertos sectores obreros. Su finalidad última, es decir, la conservación de la estructura social basada la propiedad de quien detiene el capital, fue así alcanzada allá dónde no triunfó la revolución obrera.

- 2ª. Con el tiempo, el inicial carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, fue mutando hasta erigirse en una rama jurídica tendente a conseguir una armonía económica, más allá de la simple protección de la clase estructuralmente castigada. Consecuencia práctica de esta mutación de la finalidad del propio Derecho del Trabajo es que los derechos de información, consulta y participación otorgados a los sindicatos ya legalizados, no hayan visto su campo de actuación sistemáticamente ampliado, sino todo lo contrario. Un examen superficial y meramente formal permitiría solamente concluir que se han aumentado las materias sobre las cuales los representantes tienen derecho a conocer, o que se han creado –como se ha visto en este trabajo- figuras empresariales nuevas con previsión de implantación de ciertos derechos de esta naturaleza. En efecto, se ven aumentados formalmente estos derechos, sin

embargo, en la práctica existen cada vez menos formas de utilizarlos al existir, por ejemplo, cada vez menos tasas de sindicación, aumentar el trabajo temporal, la descentralización productiva, etc. Es decir, la propia reorganización industrial hace coincidir cada vez menos a las estructuras productivas con los mecanismos de participación creados para los trabajadores o sus representantes.

- 3^a. Desde la caída del antiguo régimen y hasta nuestros días, se han desarrollado múltiples concepciones teórico-ideológicas en el seno de la sociedad occidental. Estas concepciones pueden ser clasificadas en cinco grandes grupos en lo que a los derechos participativos de los trabajadores se refiere. El modelo liberal o neoliberal propugna un sistema de libre mercado donde los medios de producción privados emplean mano de obra por medio de la simple autonomía de la voluntad y sin apenas restricciones provenientes de las instituciones públicas. En este modelo, los derechos participativos emanados del previo surgimiento del sindicalismo, no tienen cabida en la medida en que el propio Derecho del Trabajo interfiere en la oferta y la demanda. De este modo, la interlocución patrón-obrero tan sólo se producirá en la medida en que las partes estén interesadas en ello pero sin ninguna obligación de origen legal o convencional. La implantación del capitalismo vio emerger este modelo que, con el paso de los años cayó debido a la miseria que éste suponía para la clase obrera que, inevitablemente tomó conciencia de su condición de explotada y pasó a ser un actor protagonista en las relaciones de poder de finales del siglo XIX y durante todo el siglo XX. En las últimas décadas han proliferado teorías “participativas” de los trabajadores que podrían enmarcarse en este modelo en la medida en que dicha participación, llamada participación productiva, se centra en aumentar la productividad o motivación de ciertos obreros en sus entornos o equipos de trabajo. Lejos de suponer unos derechos tuitivos, se trata más bien de teorías que tratan de extraer el máximo beneficio empresarial, único objetivo directo de la teoría liberal o neo-liberal en el seno de la empresa.

De la toma de conciencia de la clase obrera surgió la corriente socialista posteriormente disgregada en tres grandes ramas: la anarquista, la comunista y la socialdemócrata. La ruptura total y absoluta del régimen capitalista y del

Estado como forma de organización humana, son condiciones previas indispensables para la puesta en marcha del anarquismo. La clase obrera organizada en núcleos de producción autónomos habría así de tomar las riendas de su destino y organizar democráticamente los derechos en los centros de trabajo. Trabajadores y empresa son el mismo ente en la medida en que la figura del capitalista habría desaparecido. Por su parte, los derechos entendidos como normas generales con efecto erga omnes y emanadas de las instituciones públicas no existirían, con lo que las normas reguladoras de la participación obrera en las empresas emanarían directamente y en cada caso del consenso o mayorías en estos propios ámbitos reducidos. Así, pese a propugnar la democracia radical de puertas para dentro, de puertas para fuera el modelo anarquista tiene muchas similitudes con el modelo liberal que elimina la injerencia del Estado regulador. Así, las cooperativas autónomas fueron definidas por LUXEMBURGO⁶²⁹ como pequeñas unidades de producción socialista dentro del intercambio capitalista.

La segunda rama que propugna la ruptura con el sistema capitalista es la rama marxista o comunista, que se encuentra en las antípodas del modelo liberal, en tanto en cuanto la clase que pasaría a tomar conciencia de sí misma con el fin de conquistar el poder político sería la obrera. Esta clase, una vez tomado el poder –por la fuerza-, habría de organizarse democráticamente tanto en la fábrica como en una nueva forma de Estado obrero planificador que velase por la cobertura de las necesidades generales, según el principio “de cada cual según su capacidad y a cada cual según su necesidad”. Así, la democracia obrera o dictadura del proletariado –puesto que la clase capitalista condenada a desaparecer no habría de participar de esta democracia- propugnaría derechos participativos en la empresa tal y como lo hacen los anarquistas, pero conjugados con el respeto a los planes generales de producción del Estado. Se trata, pues de un modelo que pretende ser democrático tanto de puertas para dentro como de puertas para fuera del centro de trabajo. Según el marxismo, el Estado entendido como mecanismo opresor de una clase sobre otra, debería

629 LUXEMBURGO, R. *Reforma o revolución*. Obra del año 1900, reeditada por Biblioteca de pensamiento crítico del diario Público, año 2009. Pág. 73.

desaparecer en la medida en que desaparecieran las clases sociales y se llegara al denominado comunismo. En esta etapa el antiguo Estado socialista pasaría a ser un mero gestor o administrador de los asuntos comunes.

La tercera rama que proviene originariamente del socialismo es la socialdemócrata. En un principio, los defensores de esta vertiente reivindicaban también como finalidad el socialismo obrero. La diferencia con anarquistas y comunistas consistía en que a dicho estadio social habría de llegarse mediante reformas legales paulatinas que tendrían lugar en la medida en que la clase obrera entrase en las instituciones políticas del Estado burgués. Esa concepción significaría en la fábrica la implantación de derechos participativos que paulatinamente permitieran la apropiación pausada de los medios de producción capitalista a manos obreras. No obstante ello, los seguidores de la socialdemocracia representados hoy en día por partidos aun denominados socialistas pese a no serlo en el sentido clásico de la palabra, han renunciado a la toma del poder obrero aunque que sea de forma pausada y pacífica. Así, aceptando el modelo económico capitalista, los socialdemócratas teorizan ahora sobre mecanismos de participación obrera en la fábrica que pretendan otorgar ciertos derechos informativos o consultivos siempre instrumentales con el fin de poder negociar condiciones laborales menos desastrosas, pero sin un fin emancipador. Entre este modelo y el modelo liberal se mueven los derechos positivos en el occidente actual, otorgando formalmente derechos como los que se acaban de mencionar pero creando situaciones de hecho en los que estos no pueden ejecutarse y reinando, por consiguiente, el liberalismo burgués.

El quinto modelo al que he considerado oportuno otorgar un estatus propio es el corporativista que convive en el seno del sistema capitalista en el que empresa y trabajadores son entes distintos desde el punto de vista de la propiedad. Este corporativismo, aun en la situación descrita, pretende desarticular la conciencia obrera implantando una creencia de unidad en la fábrica. Según este modelo, trabajadores y patrones comparten los mismos objetivos, muchas veces mezclados con objetivos a nivel nacional habiendo dado lugar a derivaciones fascistas. Así, los derechos participativos, si bien pueden existir, nunca serán fruto de una confrontación abierta entre el banco social y el empresarial, sino de

una falsa armonía y consenso en un contexto en el que el poder real es tan sólo de los que conservan la propiedad de los medios de producción.

- 4ª. Los derechos otorgados a los trabajadores o a sus representantes en el seno de la empresa han sido definidos en la historia de múltiples maneras. La democracia industrial o económica, entendida como mecanismo para lograr que los trabajadores tomaran el poder en la fábrica o centro de trabajo, quedó en el olvido en el lado Occidental del telón de acero. De esta forma, y siendo que la propiedad privada de los medios de producción sustentada por la economía de mercado y la libre empresa suponen un límite inquebrantable en nuestra UE y en España, las definiciones dadas a los derechos de los trabajadores han ido encaminadas a definir conceptos distintos a los democráticos. En España, con el Estatuto de los Trabajadores de 1980, la participación fue adoptada como concepto omnicomprendivo dentro del cual se abarcaba la información pasiva a los trabajadores, la información activa de los mismos o consulta, así como alguna forma determinada de participación más directa en la gestión de obras sociales. Desde Europa se ha introducido el concepto de implicación que es prácticamente parangonable al de participación recién descrito, pero que se amolda quizá mejor a lo que realmente supone, en la medida en que la participación era a la vez un concepto que englobaba a varios –información y consulta- y que tenía su propio significado aparte. En todo caso, los derechos concretos existentes hoy en día no son de naturaleza democrática sino meramente instrumentales y referidos en el mejor de los casos a poder ser oídos mediante consultas nunca vinculantes. Si acaso, lo que se ha querido potenciar desde instancias europeas es que dichas informaciones y consultas no supongan una mera apariencia en la medida en que se ha detallado su definición incluyendo que éstas hayan de tener lugar en un momento y de una forma adecuadas, lo cual no modifica en absoluto su carácter no-democrático. Por supuesto, existirá información y consulta en la medida y en referencia a las materias detalladas legalmente, pero no un derecho omnicomprendivo a ser informado o escuchado por parte de la empresa. Por su parte, la participación entendida como facultad o derecho más allá de la mera recepción de

información o consulta, puede ser dividida en cinco grandes tipos de diverso significado y contenido, como son la participación productiva o en órganos sociales, la participación sectorial o en la gestión social, la participación en beneficios, la participación en la propiedad de la empresa, y la autogestión. La presencia de cualquiera de ellas en nuestro ordenamiento jurídico es inexistente como derecho de origen legal.

- 5^a. Dos son las teorías a la hora de encuadrar los derechos participativos en la empresa; la de considerarlos como derechos instrumentales de la labor representativa, y la de considerarlos como derechos autónomos. En el primer caso, los titulares de los mismos serían los representantes de los trabajadores, lo cual redundaría en el palpable límite consistente en la denegación de estos derechos –ni siquiera indirectamente reconocidos- a los trabajadores cuyas empresas o centros carezcan de sistemas representativos. En el segundo caso, los titulares de los derechos serían los propios trabajadores, constituyendo la representación –en el caso de existir- un simple medio facilitador del ejercicio de los mismos. Esta segunda teoría encuentra distintas dificultades de aplicación ya que supondría una ampliación de estos derechos, tanto en su ámbito de aplicación como en su contenido, que provoca un serio rechazo por parte de la clase empresarial. En este sentido, supone un punto crítico el establecimiento de un deber de sigilo o de secreto genérico para todos los trabajadores, difícil de llevar a cabo y de controlar. De esta forma, ha quedado patente que los derechos de información, consulta y participación son, en la gran mayoría de los casos, entendidos como instrumentales, habiéndose primado la eficacia empresarial –sobre todo para las pequeñas y medianas empresas-, sobre el interés social de los trabajadores por cuenta ajena. Por poner un ejemplo, según datos extraídos de la base de datos del Instituto Nacional de Estadística, cerca de cuatro millones de asalariados en España en el año 2009 prestan sus servicios en empresas⁶³⁰ de menos de 10 trabajadores, es decir, que carecen ex lege de representación alguna y, consecuentemente de todo tipo de derechos de información, consulta o participación de carácter colectivo en el seno de sus

630 Se trata de 1.402.996 empresas sobre un total de 1.588.260 existentes en España en el año 2009, es decir, cerca del 90% del total de las mismas.

empresas. En nuestro sistema, los derechos participativos no pueden sino jugar un papel instrumental con el fin de servir de herramientas para defender ciertas parcelas de dignidad, pero no son entendidos como derechos autónomos que tenga la clase obrera por el hecho de ser quién crea la riqueza de una nación.

6ª. En el plano internacional, la OIT ha desarrollado numerosas normas referidas a los derechos participativos de los trabajadores o de sus representantes. Se trata sin embargo, de Convenios con una falta evidente de desarrollo en cuanto a su contenido, y de Recomendaciones que, si bien son más extensas, no gozan de poder obligacional. Esta dualidad normativa permite a la OIT redactar en las Recomendaciones los aspectos más polémicos que pretende regular. La Recomendación 129 sobre comunicaciones dentro de la empresa es la única norma dedicada íntegramente a los derechos participativos, aunque en este caso derechos no sería la palabra adecuada. Junto a ella, existe un elenco de Convenios y de Recomendaciones que los desarrollan que, sin bien no son exclusivamente objeto de derechos participativos, sí los regulan parcialmente. Debido al gran número de Estados que forman parte de esta organización, y a la naturaleza tripartita de la misma, se hace difícil llegar a acuerdos sólidos que se vean trasladados al contenido de los Convenios, lo cual supone un evidente freno a la labor normativa de la OIT. Así, en numerosas ocasiones se traslada el contenido innovador en ciertas materias a las Recomendaciones, con todos los límites que ello conlleva. La falta de contenido obligacional intenta suplirse en los textos de la OIT por llamamientos a la cooperación y al buen entendimiento, negando u obviando el inherente conflicto de intereses existente en las relaciones laborales. Además, la capacidad de los Estados de ratificar o no las normas, o incluso de hacerlo con reservas, junto con la inexistencia de un tribunal internacional del trabajo que vele por la correcta aplicación de dichas normas, hacen de la OIT una organización prácticamente inútil.

7ª. La Carta Social Europea de 1961, Revisada en 1996, fue fruto del Consejo de Europa, y contiene un elenco de derechos sociales bastante amplio entre los que se encuentran los de información, consulta y participación. La CSER es

concebida como la “hermana pobre” del CEDH y sometida al control del Comité Europeo de Derechos Sociales. Así, mientras que el CEDH ha sido ya ratificado por la UE, no lo ha sido la CSER, dejando patente que todavía hoy los derechos sociales están un paso detrás de los derechos fundamentales clásicos en el viejo continente. Una de las mayores virtudes de este texto es la determinación de los propios trabajadores como sujetos de estos derechos. No obstante, la remisión a las normas internas de los distintos Estados, la previsión de que sean los representantes los que ejerzan los derechos participativos, y la explícita posibilidad de exclusión de las pequeñas y medianas empresas, los devuelve a la posición instrumental de la que parece casi imposible salir a la luz de las distintas legislaciones existentes a día de hoy en todos los ámbitos. El contenido de la Carta no se limita a los derechos participativos propiamente dichos, sino que, ligados estos a otros derechos como la negociación colectiva, los despidos colectivos, o la dignidad en el trabajo entre otros, aparecen en múltiples preceptos de la norma. Por último, la peculiaridad de este texto consiste en su método de ratificación “a la carta” que permite a los Estados firmantes de la misma –recuérdese que España no ha firmado todavía hoy la CSER, sino que sólo está afectada por antiguo texto del año 1961- verse vinculados tan sólo por ciertos artículos o párrafos del textos, convirtiendo así a la Carta en una norma menos garantista de lo que se desprende de la lectura de su parte aparentemente dispositiva.

- 8ª. Ha quedado patente que la andadura comunitaria comenzó como un mero proyecto con perspectivas económicas, tendente a la efectiva implantación de un mercado común que, por sí solo, debía haber bastado para llevar a cabo “la mejora constante de las condiciones de vida y del empleo de sus pueblos”. Ha quedado también patente que esta teoría de tinte liberal quedó rápidamente desacreditada en el ámbito europeo, de la misma forma que lo había sido anteriormente en el ámbito nacional tras la revolución industrial. Así, la CEE primero y la UE después, han ido ensanchando sus competencias hacia el terrero social, pero también hacia el terreno de los derechos fundamentales, habiéndose producido en este sentido las pertinentes modificaciones en el derecho

originario europeo, las distintas cartas reconocedoras de derechos, y también las consiguientes normas –mayormente Directivas- propias del derecho derivado. Por su parte, a ciertos derechos sociales se les ha otorgado el calificativo de fundamentales en un intento de parangonarlos con los derechos fundamentales civiles y políticos clásicos. Pero el “pecado original de lo económico” sigue pesando hoy en día en el viejo continente, y dicha equiparación formal encuentra todavía hoy muchos problemas de aplicación. En este sentido, los derechos de información, consulta y participación entran en el elenco de los derechos sociales llamados fundamentales y han sido contemplados y desarrollados tanto en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, como en distintas Directivas, especialmente en la 2002/14/CE en la que se contempla su marco general.

- 9ª. La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores de 1989 tuvo la virtud de ser la primera norma aglutinadora de diferentes derechos sociales en el ámbito comunitario. Pese a surgir de la propia Comunidad Europea, esta Carta no gozó de una eficacia vinculante, sino que se limitó a ser una declaración de intenciones calificada de “instrumento atípico de colaboración europea de carácter paracomunitario o metacomunitario”⁶³¹. La información, consulta y participación ocupan dos de los artículos de esta norma en un intento de aglutinar toda la habitual previsión acerca de los mismos en su escaso contenido, estos son los artículos 17 y 18. Del estudio de su contenido se sustrae que, pese a que el título de la Carta se refiera a derechos, estos no son tales sino más bien una especie de “medidas sociales”. Se sustrae también que, pese a que la Carta trata a los trabajadores como sujetos pasivos de la información, consulta y participación, la práctica demuestra que no serán estos, sino sus representantes quienes gocen, a la postre, de ellas. Resalta también la falta del inusual desglose entre la información, la consulta y la participación, tres figuras distintas merecedoras cada una de ellas de una especificación propia. La última crítica destacable a la redacción de estos preceptos sea quizá

631 MONEREO PÉREZ, J.L. *La Carta comunitaria de... op. Cit.* Pág. 853-854.

la más relevante entre las recién mencionadas; se trata del hecho de que los artículos 17 y 18 de la CCDSFT carecen por completo de previsión acerca del contenido de las informaciones, consultas o participación de los trabajadores, así como de los mecanismos necesarios para su puesta en marcha. Como nota positiva –quizás la única- cabe destacar la especial previsión de los fenómenos empresariales a escala comunitaria. Así, según el texto, la información, consulta y participación deberán desarrollarse especialmente en aquellas empresas o grupos de empresas que tengan establecimientos o empresas situados en varios Estados miembros de la Comunidad Europea. Esta previsión dio pie a la ulterior redacción de distintas Directivas Europeas, tales como la Directiva 94/45/CE sobre Comités de Empresa Europeos, o las Directivas 2001/86/CE sobre Sociedades Anónimas Europeas y 2003/72/CE sobre Sociedades Cooperativas Europeas.

- 10^a. Se ha hablado mucho de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Siendo ésta la primera recopilación de derechos fundamentales que unía derechos clásicos y derechos sociales, desde su aprobación en Niza en el año 2000, ha visto cambiar varias veces su destino. Así, tras la falta de eficacia jurídica originaria de la Carta, ésta estuvo cerca de incorporarse al fallido Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa. Finalmente, en el año 2007 se otorgó formalmente a este texto “el mismo valor jurídico que los Tratados”. Pero la realidad se erige bien distinta. Dicha equiparación no resultó ser tal, sino una subordinación a los mencionados Tratados; y la conjunción de derechos sociales y clásicos no fue óbice para que los primeros sigan, hoy en día, gozando de una posición privilegiada sobre los segundos en el seno de la UE. En cuanto a la información y consultas, demasiados son los elementos que hacen de esta Carta algo prácticamente inútil en cuanto a lo que deberían ser unos derechos bien consolidados: tratamiento como principios y no como derechos, falta de definición clara de los mismos, carencia de contenido, subordinación a legislaciones nacionales o europeas que deberían ser desarrollo y no núcleo, sujetos de “derecho” excluyentes de la mayoría de los trabajadores de la UE, etc. Por su parte, la participación quedó totalmente olvidada pese a la

expresa mención de la cogestión en el artículo 153 f) TFUE. Panorama ciertamente desalentador.

- 11ª. La Directiva 94/45/CE sobre la constitución de un Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria, supuso la primera concreción de un ineludible desarrollo de los preceptos referidos a los derechos participativos tanto en los Tratados como en las distintas cartas reconocedoras de derechos a nivel comunitario. Los crecientes fenómenos de concentración de capitales y el desarrollo del libre mercado interior europeo habían creado las condiciones idóneas para la entrada en vigor de una norma de estas características. Así, el legislador comunitario dio una especial importancia a la autonomía de la voluntad para que el banco social y el empresarial acordaran preferiblemente la puesta en marcha de un Comité de de Empresa Europeo o un mecanismo de información y consulta alternativo. Asimismo, la Directiva contiene un Anexo en el cual se detallan los pormenores de la puesta en marcha de un Comité de Empresa Europeo subsidiario en caso de que las partes acuerden su aplicación o, sobre todo, en caso de falta de acuerdo en el seno de una previa negociación. De esta forma queda blindada la existencia de un mecanismo de información y consulta en las empresas o grupos de dimensión comunitaria aunque no existiera acuerdo entre las partes; blindaje que quiebra con la posibilidad que se da a la comisión negociadora, formada por representantes de los trabajadores, de renunciar de forma expresa a las negociaciones tendentes a concretar un mecanismo participativo, y no dando lugar a la aplicación del Anexo en estos casos. Esta potestad resulta ciertamente criticable en tanto en cuanto supone una renuncia de derechos colectivos y, a la postre, echa por tierra el objetivo primordial de la Directiva. Finalmente, es destacable la inoportuna ubicación de los preceptos reguladores del contenido y ejercicio de la información y consulta. Estos se refieren, a grandes rasgos, a la transmisión de información en cuestiones económicas y a las consultas en cuestiones sociales y de empleo. Estas previsiones han sido recogidas en el Anexo, con lo cual en caso de acuerdo entre las partes no existe un mínimo legal al que acudir, y el contenido

de dichas previsiones no juega ningún papel legal. Entró así en vigor una norma con vistas a cubrir unas necesidades participativas en las empresas o grupos de empresa de dimensión comunitaria que los mecanismos nacionales no podían cubrir por su propia naturaleza transnacional. No obstante, los umbrales numéricos complementarios establecidos por la Directiva, y referidos tanto al número total de trabajadores en la empresa o grupo -1000-, como al número de trabajadores en cada Estado miembro -150-, exigen que las empresas y grupos de dimensión comunitaria afectadas por la norma sean tan sólo aquellos que gocen de una dimensión exageradamente grande. Parece un límite excesivo que censura de sobremanera el ámbito de aplicación de la norma. Con todo, la entrada en vigor de la Directiva 94/45/CE supuso un avance en materia participativa, y el legislador comunitario redactó una nueva Directiva, la 2009/38/CE, para mejorar y especificar el contenido de la Directiva originaria en materia de Comités de Empresa Europeos. Con todo, la nueva directiva ha supuesto un retroceso con respecto a algunos aspectos regulados en 1994, como la desaparición de al menos un representante de cada Estado Miembro en la comisión negociadora.

- 12^a. En el año 2001, tuvo lugar la adopción de la Directiva 2001/86/CE de Consejo, de 8 de octubre, por la que se contempla el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. Esta Directiva completaba el Reglamento n°2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, previendo un sistema de implicación de los trabajadores en este nuevo tipo de sociedades. Tanto esta Directiva como la 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se contempla el Estatuto de la Sociedad Cooperativa europea –aparejada al Reglamento n° 1435/2003-, tienen características muy similares en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. Se trata de dos disposiciones centradas en el papel activo de los trabajadores en el seno de estos dos tipos de organizaciones empresariales. La estructura de estas dos Directivas es prácticamente la misma que la de las Directivas referidas a las empresas de dimensión comunitaria. De esta forma, estas dos Directivas prevén la

composición de una comisión negociadora encargada de pactar con la parte empresarial el establecimiento de un futuro órgano de representación o de unos mecanismos de información, consulta y participación, a nivel de toda la sociedad –SAE o SCE-. Basándose en el principio de la autonomía de la voluntad, las normas contempladas en estas directivas son, mayormente, de funcionamiento, dejando a las partes la potestad para determinar el contenido de los derecho “de implicación” de los representantes de los trabajadores. Existen, sin embargo, dos diferencias fundamentales entre estas dos normas y las referidas a las empresas o grupos de dimensión comunitaria. En primer lugar, las Directivas SAE y SCE, al referirse a “implicación de los trabajadores”, se están refiriendo a sus derechos de información y consulta, pero también a los de participación. Este último derecho, la participación, será totalmente obviado por las Directivas 94/45/CE y 2009/38/CE, cercenando así, los derechos participativos históricamente desglosados en tres, y explícitamente reconocidos por el artículo 17 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de 1989, mentado en la exposición de motivos de la propia Directiva 94/45/CE. La segunda diferencia fundamental entre ambas regulaciones, viene referida al momento de aplicación de las disposiciones subsidiarias encontradas en ambos textos. Tanto las normas referidas a las SAE y SCE, como las referidas a las empresas o grupos de dimensión comunitaria, gozan de unas disposiciones subsidiarias que, contrariamente al resto del texto, sí contienen mandatos imperativos concretos acerca de un órgano de representación en la empresa o grupo del que se trate. La diferencia entre una y otra previsión consiste en que, mientras que en las Directivas 94/45/CE y 2009/38/CE, dichas disposiciones son de aplicación en caso de que las partes así lo acuerden, pero también en caso de falta de acuerdo que impida el establecimiento de otro sistema participativo; las disposiciones de las Directivas SAE y SCE, necesitan, en todo caso, del acuerdo entre las partes para poder aplicarse, pudiéndose llegar así a situaciones en las que la falta de consenso dejara a los trabajadores sin mecanismos de implicación a nivel de la SAE o SCE.

13^a. Por fin, en el año 2002 entró en vigor 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. Se trata de la Directiva marco reguladora de los derechos participativos de forma genérica en el seno de la UE. Del estudio de su contenido se han extraído varias consideraciones destacables. En primer lugar, del análisis del contenido del artículo 4 de la Directiva dedicado a las modalidades prácticas de la información y consulta, se concluye que las materias económicas son objeto de información, mientras que las de índole social o laboral lo son de consultas. Por su parte, se establecen parámetros de anticipación en aras a respetar que la información y consulta se realicen en un momento, de una manera y con un contenido apropiado. Se trata, pues, de una estructura coincidente con lo que se había venido legislando en los ámbitos internacional, comunitario e interno. Existe, no obstante, la posibilidad de dejar de lado el contenido mínimo encontrado en el artículo 4 de la Directiva siempre y cuando los interlocutores sociales definan libremente y en cualquier momento, por medio de acuerdo, las modalidades de información y consulta de los trabajadores. En segundo lugar, el ámbito de aplicación de la norma se determina mediante umbrales numéricos, y se reserva a los Estados miembros la elección entre los umbrales propuestos, y el modo de calcular el número de trabajadores empleados⁶³². Ni que decir tiene que estas diferencias suponen per se la existencia de agravios comparativos entre los trabajadores europeos en dependencia del Estado en el que presten sus servicios; agravio que, por otra parte es intrínseco al funcionamiento de la Directivas europeas. La propia existencia de umbrales numéricos deja fuera del ámbito de esta Directiva a las pequeñas y medianas empresas, habiendo premiado los intereses económicos de éstas y de sus empresarios sobre los intereses sociales de los asalariados que las sustentan con su trabajo. De esta forma, lo que, en principio, debía suponer el germen de un asentamiento general e integral de los derechos de información y consulta en las empresas del ámbito comunitario, pasó a ser una obligación sectorial y tan sólo aplicable a las grandes empresas. En particular, dicha Directiva debería haber ido precisamente encaminada a forzar su aplicación a los Estados carentes de mecanismos de participación, ya que el carácter de

632 ORTIZ LALLANA, C. *La participación de los... op. Cit.* Pág. 96.

mínimo de sus disposiciones no tendrán casi ningún efecto práctico en las legislaciones, como la española, que ya gozan de estos derechos, aunque sea a bajos niveles. En conclusión, y de la misma forma que ocurriera con la Directiva 94/45/CE, la evitación de dificultades administrativas, financieras o jurídicas que pudieran obstaculizar la creación y desarrollo de pequeñas y medianas empresas, va a suponer un efecto esterilizador del contenido de la Directiva. Los mínimos establecidos, incluso por debajo de los parámetros numéricos reconocidos por algunos Estados, entre ellos España, van a permitir a éstos modificar en un futuro sus legislaciones amoldándolas a las cifras exageradamente voluptuosas previstas en la Directiva, tales como 50 trabajadores por empresa o 20 trabajadores por centro de trabajo. En tercer lugar, las excepciones en la aplicación de la Directiva no se limitan a aspectos numéricos, sino que también podrían llegar a extenderse a las llamadas empresas ideológicas y a las tripulaciones de buques que naveguen en alta mar. En cuarto lugar, más allá de las informaciones declaradas confidenciales que los representantes de los trabajadores o los expertos cuya labor sea apoyarlos en su tarea, deban respetar, se establecen también las informaciones llamadas secretas, minando completamente, en lo que a ellas se refiere, los derechos de información y consulta. Se ha procedido, pues, a limitarse al establecimiento de un marco general que incluye los principios, las definiciones y las modalidades de la información y consulta, pero marginando de nuevo a millones de trabajadores de pequeñas y medianas empresas excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2002/14/CE. Finalmente, cabe destacar que no es baladí la no inclusión del derecho de participación de los trabajadores, recogido tanto en el TCE como en la CCDSFT, normas supuestamente inspiradoras de esta Directiva.

- 14^a. En el ámbito nacional, el estudio de las legislaciones francesa e italiana, demuestra la existencia tanto de diferencias como de similitudes en lo concerniente al modelo representativo de los trabajadores y, por ende, a los derechos participativos. Mientras que en el país galo existe una triple vía representativa en el seno de las empresas, en Italia se optó, en 1993, por un

modelo de representación unitario, el RSU, que ponía fin a largos años de inseguridad jurídica en este aspecto. Se encuentra, no obstante, una similitud entre ambos ordenamientos jurídicos. Los derechos participativos reciben un trato instrumental de la labor representativa, siguiendo así en la línea de los diferentes textos estudiados en este trabajo. Consecuencia de ello es la inexistencia de estos derechos en las empresas o centros carentes de instancias representativas. Por último es destacable otra divergencia entre ambos países. Francia goza de una previsión legal extensa acerca del desarrollo y contenido de los derechos participativos, lo cual conlleva que los trabajadores franceses —o más bien sus representantes— vean reconocidos unos derechos más extensos y mejor garantizados que en el país transalpino. Así, el sistema italiano presenta pocas previsiones legales en cuanto a los derechos de información, consulta y participación, habiendo sido los convenios colectivos los encargados de regularlos en mayor medida. La inseguridad jurídica y los agravios comparativos son las consecuencias inevitables de un sistema de participación de estas características. Es destacable la expresa previsión francesa acerca de la existencia de expertos contables o tecnológicos cuyos gastos habrán de ser sufragados por la empresa, así como el derecho de formación preceptivo del que gozan los trabajadores que devienen por primera vez representantes de los trabajadores. Ambas figuras, inexistentes en otras legislaciones como la española, son del todo positivas.

- 15^a. En el ordenamiento español, las primeras normas tendentes a otorgar ciertos derechos participativos tuvieron lugar ya durante la segunda mitad del siglo XIX. Estas normas, normalmente encaminadas a la creación de Comités o Jurados mixtos conciliadores entre las partes, trataron de establecer un sistema de corte corporativista tendente a apaciguar la incipiente lucha del movimiento obrero. A principios del siglo XX, las parciales legislaciones en este sentido iban a seguir en la senda del corporativismo que, tras una apariencia neutral entre las partes, escondía unos objetivos de control y sometimiento de los obreros. Ello quedó patente cuando la dictadura instaurada por Primo de Rivera, lejos de abandonar las normas corporativistas, optó por ahondar en ellas

principalmente con el establecimiento del Decreto Ley de 26 de noviembre de 1926, sobre Organización Corporativa Nacional. Consejos mixtos con presidencia y control estatal eran los organismos encargados de hacer prevalecer el sistema económico capitalista bajo la dictadura de los años 20 del siglo pasado. Por su parte, la llegada de la II República supuso un mantenimiento de la estructura de jurados mixtos pero decantando la balanza en muchas ocasiones del lado obrero en la medida en que el ministerio de trabajo era regentado por el socialista Largo Caballero. En todo caso, el establecimiento de un sistema democrático iba a suponer un cambio de tendencia en la medida en que tras el gobierno de Azaña llegó el bienio derechista que desarticuló la influencia obrera en los jurados, sustituyéndola por el control de jueces y fiscales de corte conservador. Dicho sistema fue, a su vez, revertido por el gobierno del Frente Popular que, tras un breve periodo de conquistas sociales y políticas se vio ininterrumpido por la subversión fascista el 18 de julio de 1936 que dio lugar a la separación de España en dos bloques radicalmente opuestos. Las distintas experiencias acaecidas en lado democrático dieron lugar al primer y único periodo dónde se han puesto marcha mecanismos democráticos en los centros de trabajo, en la medida en que el control obrero pudo llevarse a cabo, puesto que muchos de los medios de producción fueron nacionalizados o abandonados por unos patronos simpatizantes del fascismo. Estas experiencias fueron desde colectivizaciones bajo control público hasta experiencias de corte anarquista donde también había desaparecido el concepto de dueño capitalista. No obstante, entre otros múltiples factores, el afán revolucionario hizo olvidar la urgencia de ganar la guerra, con lo que los avances sociales, pese a haber sido de gran calado, no pudieron tener gran recorrido en el tiempo. Evidentemente, la época franquista que duró 39 años, no fue homogénea en lo que a este trabajo se refiere, sino que es necesario dividir en varios apartados las diferentes etapas que acontecieron desde 1936 a 1975. Así, la etapa de guerra instauró las bases del nuevo Estado con fuertes concepciones comunitaristas. Seguidamente, en la postguerra se iba a perfilar el modelo del sindicato único subordinado al Movimiento fascista de la Falange. En este contexto se consagró el derecho de los capitalistas privados a detentar los medios de producción a la vez que se desarticulaba el movimiento sindical y político obrero. Se consagraba así pues,

también en España, el fascismo como forma política más violenta para conservar el capitalismo como forma económico-productiva y de reparto de la riqueza. Más adelante se iba a poner en marcha la llamada “democracia” orgánica y los jurados de empresa controlados y presididos por el empresario, para finalizar con la tímida puesta en marcha de una participación de los trabajadores en los órganos de administración de las sociedades y empresas de cara a los últimos años del Régimen, en los que principalmente las CCOO, sindicato vinculado al Partido Comunista de España (PCE), habían conseguido adentrarse clandestinamente en el sistema del sindicato vertical.

- 16^a. Tras la muerte de Franco, la restauración Borbónica cambió de nuevo el modelo de relaciones laborales sin trastocar, por supuesto, la esencia del sistema económico capitalista que venía perpetuándose desde el siglo XIX, con las mencionadas excepciones que supusieron ciertas experiencias en la España republicana. Así, la puesta en marcha del actual régimen del 78 conjugó derechos tan dispares e incompatibles como el libre mercado o la planificación económica. No obstante, el primero de ellos supuso la piedra angular del sistema, mientras que el segundo no es más que papel mojado. El mencionado cambio en las relaciones laborales vino con el reconocimiento del pluralismo y la libertad sindical (artículo 7 y 28.1 CE) como derechos palpable, mientras que la participación obrera quedó relegada al artículo 129.2 CE, y por tanto fuera del alcance de las garantías protectoras de los derechos fundamentales. Los derechos participativos reconocidos principalmente en el artículo 64 ET, son de naturaleza sindical y las representaciones unitarias de los trabajadores están directamente relacionadas con los sindicatos como entes protegidos constitucionalmente. Pese a ello, el TC (con votos particulares) se ha encargado de construir una doctrina según la cual la vulneración de los derechos participativos llevados a cabo por los representantes unitarios de los trabajadores (sujetos explícitos de los mismos según el propio artículo 64 ET) no puede estar protegida por el amparo constitucional referido a la libertad sindical. Esta doctrina supone un atropello artificioso a unos derechos que, como se ha visto, ni siquiera son tan extensos, pero que ni siquiera cuentan con

unas garantías que, en mi opinión, se desprenden del propio texto de la CE. De esta forma, sólo el sindicato como tal está protegido por la libertad sindical, lo que supone que la doble vía de representación obrera existente en nuestro país sea una trampa. Por su parte, el contenido del artículo 129.2 CE no goza de desarrollo alguno en cuanto a sus postulados más agresivos, con lo que la sugerencia para que los poderes públicos promuevan, entre otras cosas, el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción no es más que papel mojado, un engaño que sirvió para apaciguar los anhelos reivindicativos de algunos de los firmantes y votantes de la engañosa Constitución Española todavía vigente.

- 17^a. El contenido concreto de los derechos participativos de los representantes de los trabajadores en el ordenamiento español se encuentra disperso entre diversas normas (ET, LOLS, LPRL, etc.) y entre diversos preceptos de dichas normas. Con todo, el núcleo de los mismos se encuentra en el artículo 64 del ET y este, a su vez, emana de dos preceptos vacíos como son los artículos 4.g y 61 ET. Así, desde el año 1980, puede advertirse un sistema participativo débil donde los derechos de esta índole otorgados en primer lugar a los representantes unitarios de los trabajadores son de información pasiva en relación a asuntos económicos, que se entiende que solamente afectan indirectamente a los trabajadores. Existen también derechos de consulta o informe en aspectos relacionados con el empleo, habiéndose otorgado este derecho más extenso en la medida en que el empleo afecta de forma directa a los trabajadores. Se dotó también a la RLT de la capacidad de ejercer de laborales de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la legalidad vigente, y siempre con respecto a aspectos relativos a los intereses de los trabajadores. El sistema quedó cerrado con la previsión de que los representantes debieran informar a sus representados sobre los temas señalados, pero con la salvedad de los deberes de sigilo o secreto que contenía el artículo 65 ET. Más tarde, la LOLS otorgaría a los representantes sindicales cierta equiparación permitiéndoles tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa.

18^a. El estudio de los sujetos de los derechos participativos no ha sido sencillo, empezando por la multitud de nomenclaturas existentes en los textos legales para referirse a ellos. El doble canal de representación que separa representación unitaria de representación sindical también añade dudas y problemas a este respecto. Con todo, parece que los derechos del artículo 64 ET han sido otorgados directamente a la representación unitaria en su conjunto aunque se refiera la norma al Comité de Empresa. Por su parte, en cuanto a los representantes sindicales, estos gozan, según la LOLS del derecho a acceder a la misma información que los representantes unitarios, así como ser oídos por la empresa previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos. Lo más destacable del estudio de los sujetos de estos derechos es la conclusión de que estos son los representantes pero no los trabajadores, en la medida en que cuando se carece de los primeros los derechos desaparecen por completo, salvo en los supuesto concretos y específicos en los que se prevé la elección de una comisión ad hoc. Con todo, estas comisiones tienen tareas muy concretas ante situaciones tasadas, pero no otorgan derechos participativos en la vida diaria de los trabajadores de pequeñas o medianas empresas. En definitiva, sin representantes no hay derechos participativos, sin perjuicio de que cuando estos existen la asamblea de trabajadores pueda ejercer cierto tipo de control sobre las decisiones tomadas por los RLT en relación a estos derechos. Así, y este es quizá uno de los mayores defectos que achaco a nuestro sistema, todos los trabajadores de empresas o centros sin representación, y que son millones a nivel español y todavía más a nivel europeo, carecen casi por completo de derecho participativo alguno, ni siquiera el de información pasiva más limitado.

19^a. Desde la redacción original del artículo 64 ET en el año 1980, éste ha sufrido diversas modificaciones. La Ley 2/1991, incorporada en parte al mencionado precepto mediante la entrada en vigor del nuevo Estatuto de los Trabajadores de 1995, aumentaba las competencias de información pasiva en cuanto a asuntos de índole laboral, siendo el derecho a obtener copia básica de los contratos el

punto más determinante. También en 1998 se aumentaron tímidamente las informaciones pasivas laborales. Por su parte, la Ley Orgánica de Igualdad del año 2007 vino a otorgar competencias relacionadas con la efectiva puesta en práctica de la igualdad de género en la empresa mediante nuevos derechos de información pasiva, vigilancia y colaboración, siendo este último punto relativo a las medidas de conciliación. La redacción actual del artículo es fruto de la transposición de la directiva marco 2002/14 /CE mediante la Ley 38/2007 que, si bien no tuvo que modificar fuertemente el régimen de derechos participativos español, sí fue necesario adecuarlo en cierta manera a los dictados comunitarios. Así, el artículo 64 ET fue reordenado por completo y se introdujeron sendas definiciones de los conceptos de información y consulta, así como una descripción de la manera adecuada de llevarlas a cabo. Estas nuevas previsiones emanadas de la Directiva marco, aunque con alguna aportación de cuño nacional, fueron encaminadas a establecer que tanto informaciones como consultas hayan de ser llevadas a cabo de forma funcional, es decir, en un momento y de una forma adecuadas permitiendo que con ellas los representantes puedan ejercer sus labores sindicales con efectividad. En concreto, las consultas ya no se ciñen a una mera emisión de informe, sino que se habla ahora de un diálogo entre las partes, siendo el informe una parte que pudiera tener lugar dentro de unas consultas más amplias. En cuanto al contenido de los derechos participativos, la Ley 38/2007 amplió derechos informativos relativos a asuntos económicos, así como derechos consultivos relativos a asuntos laborales. La novedad en este aspecto fue la introducción de competencias de información pasiva relativas a asuntos índole medioambiental, un tema que era hasta entonces ajeno a los derechos participativos de los trabajadores o sus representantes.

- 20ª. En definitiva, los derechos participativos de los representantes de los trabajadores en España se agrupan en dos grandes tipos: la información pasiva y las consultas o emisión de informes. Por su parte, los asuntos sobre los cuales existe un derecho de información o consulta son los económicos, laborales, medioambientales o de igualdad entre mujeres y hombres. Sobre asuntos

económicos el legislador ha dispuesto unos derechos que no exceden de las informaciones pasivas al entender que los intereses de los trabajadores no se ven directamente influidos por la economía de la empresa, sino que lo hacen pero de modo indirecto. La otra razón de limitar a la información pasiva los asuntos de índole económica no es otra que la de salvaguardar la intromisión obrera en un ámbito reservado a los dueños de la empresa. Con todo, y en relación al acceso a la documentación contable, se expresa el derecho de los representantes a acceder a los documentos a los que tengan acceso los socios y en las mismas condiciones que estos en las sociedades por acciones o participaciones. Estas previsiones presentan serios problemas de interpretación y aplicación, empezando por el hecho de que se trata de una remisión a la legislación mercantil.

- 21^a. Por su parte, sobre las materias relacionadas con el empleo, ya sea con su cantidad como con su calidad o vicisitudes, se ha establecido un derecho de información pero también de consultas o de emisión de informes. En ciertas ocasiones, el artículo 64 ET no es más que el precepto base que nos remite a otro artículo de desarrollo como pueden ser los artículos 41 o el 51 ET, así como los reglamentos relativos a despidos colectivos en este caso. En este punto, es importante tener en cuenta que el alcance de los derechos participativos de los trabajadores estará determinado por el conjunto del procedimiento establecido en cada caso. Y me refiero a que sin modificar el artículo 64 ET se puede limitar este derecho redactando las causas objetivas que dan pie a un despido colectivo de modo que estas puedan aplicarse más fácilmente para la empresa, o eliminando el control administrativo de los antiguos Expedientes de Regulación de Empleo. Existen así, por una parte, derechos de información del día a día según los cuales habrá de informarse a los RLT con la periodicidad que se indique, y por otra parte, derechos de consultas o emisión de informes ante el acaecimiento de situaciones determinadas que afecten por lo general al empleo de modo directo o indirecto.

- 22^a. Los derechos de vigilancia y control otorgados a los representantes unitarios suponen la capacidad de los mismos para fiscalizar el respeto a la legalidad laboral y de Seguridad Social, así como en cuanto a asuntos referidos a la seguridad y salud. Se otorga así un derecho con dos vertientes: la primera de ellas se concreta en la capacidad procesal de los RLT para actuar judicialmente en defensa del respeto a la legalidad mencionada; la segunda vertiente consiste en una ampliación sobre los documentos o informaciones a los que pueden tener acceso con base en que su conocimiento es imprescindible para ejercer la labor de vigilancia y control encomendada. Se trata así de derechos instrumentales de los representantes referidos incluso a asuntos de seguridad y salud y que han sido de nuevo negados a los trabajadores carentes de representación.
- 23^a. También se han otorgado ciertas competencias sobre otros asuntos como los medioambientales, aunque de modo bastante tímido; o como sobre asuntos relacionados con la igualdad entre mujeres y hombres, a raíz de la LOI del año 2007 que introdujo dos incisos en el artículo 64 ET otorgando derechos de información y también de vigilancia. Más allá de las nuevas incorporaciones al artículo 64 ET, la LOE incluyó previsión de negociación con los RLT sobre medidas tendentes a acabar con la discriminación sexual. Con todo, los derechos relativos a la igualdad pierden fuerza una vez se estudia su contenido concreto en su contexto, a no ser que la empresa en cuestión cuente con más de 250 trabajadores y en cuyo caso haya que poner en marcha un plan de igualdad. De nuevo, las empresas más pequeñas –si es que una empresa de 249 trabajadores puede considerarse pequeña- quedan apartadas de unos derechos que son fundamentales. Por último, existe un derecho de colaboración de los RLT en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación. Se trata del único derecho colaborativo existente en el ordenamiento español y que no está condicionado a su desarrollo convencional como sí ocurre en cuanto a la participación en la gestión de obras sociales. No obstante, este derecho colaborativo carece de desarrollo, siendo muy difícil ejercer un derecho de estas características sin un apoyo legal más conciso y en un contexto en el que no existe cultura de colaboración ejecutiva.

- 24^a. El deber de los representantes de informar a sus representados es fruto de la propia naturaleza de las instituciones representativas que, si bien no han sido articuladas mediante un sistema que prevea la ratificación de cada acuerdo tomado por la RLT, sí requiere, con base en el artículo 64.7 e), que fluya la información hacia los representados. Hoy en día, se echa en falta un precepto que venga a regular en concreto el uso de medios informáticos para fines sindicales y representativos, puesto que parece que la doctrina del TC a este respecto, pese a parecer bastante sensata, no es lo suficientemente concreta.
- 25^a. Precisamente el deber de informar a los representados se ve limitado por lo dispuesto en cuanto a sigilo y secreto de los representantes. Existen pues dos figuras de distinta intensidad que vienen a limitar el derecho de información a los representados –sigilo-, y a acabar con el derecho de información de la empresa a los propios representantes –secreto-. Además de suponer un atropello a estos derechos, la redacción dada por el artículo 65 de estos límites presenta graves deficiencias técnicas que, a la postre, no pueden sino redundar en contra de los intereses obreros en la empresa. Lo más destacable al respecto es que sea el empresario quien tenga la potestad de calificar de confidencial o secreta una información concreta, erigiéndose así como juez y parte en la controversia.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (Dir. GARRIDO FALLA, F.) *Comentarios a la Constitución*. 2ª Edición, 1985.
- AA.VV. (ALBIOL. I., CAMPS, L.M., LÓPEZ, J. y SALA, T) *Derecho del Trabajo, Tomo I. Fuentes y Relaciones Colectivas*. Tirant Lo Blach, 6º Edición, Valencia 2004.
- AA.VV. (ALTÉS TÁRREGA, J.A., BLASCO PELLICER, A., y NORES TORRES, L.E.) *El despido objetivo*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.
- AA.VV. (VIDA, J., MONEREO, J.L., MOLINA, C., MORENO, M.N.) *Manual de Derecho Sindical*, editorial Comares, segunda edición, Granada 2006.
- AA.VV (SALA, T., COLINA, M., RAMÍREZ, J.M.) *Derecho Social Comunitario*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995.
- AA.VV. (PÉREZ CAMPOS, A.I.), *La implicación de los trabajadores en las Sociedades Anónimas y Cooperativas europeas. Estudio sistemático y crítico de la Ley 31/2006 de 18 de octubre*, Thomson-Aranzadi, Navarra. 2007.
- AA.VV. (ALONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, A.) *La Sociedad Cooperativa Europea domiciliada en España*. Thomson – Aranzadi. Navarra, 2008.
- ADIZES, I. *Autogestión: la práctica yugoslava*. Fondo de cultura económica. Méjico, 1971.
- ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. *Derecho del trabajo*, Madrid, 1987.
- ALONSO OLEA, M. *Introducción al Derecho del Trabajo*, 5ª edición, Cívitas, Madrid, 1994.
- ALTÉS TÁRREGA, J.A, BLASCO PELLICER. A y NORES TORRES. L.E. “*El despido objetivo*”. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.
- ALZAGA RUIZ, I. *La eficacia de las Directivas Comunitarias en el ámbito laboral*. THOMSON-REUTERS. CIVITAS. Navarra, 2009.
- ANSÓN PEIRONCELY, R y GUTIÉRREZ DORRONSORO, C. *La Sociedad Anónima Europea. Análisis del Reglamento (CE) nº 2157/2001 del Consejo, por el que*

se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea y de la Directiva 2001/86/CE sobre implicación de los trabajadores. Bosh. Barcelona, 2004.

ARAGÓN SÁNCHEZ, A. *La participación de los empleados en la empresa. Factores y condiciones para la gestión y resultados*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998.

ARRIGO, G. *La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales., nº 52. 2004.

AUNÓS, E. *Estudios de derecho corporativo*. Barcelona, 1929.

AVRON, H. *La autogestión*. Fondo de cultura económica. México, 1982.

BABEUF, G., *El Manifiesto de los Plebeyos*. París, 17 Brumario, año 4 de la República.

BALLESTER PASTOR, M.A. *Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de derechos fundamentales y en el Tratado de Lisboa*. Actualidad Laboral, nº 15 Quincena del 1 al 15 de Septiembre de 2009, Tomo 2, Editorial La Ley.

BARBANCHO TOVILLAS, F.J., en “*Derecho a la información sobre retribuciones de sección sindical versus derecho a la intimidad y protección de datos personales en el Sociedad Estatal de Correos, Comentario a la STSJ del País Vasco, de 16 de mayo de 2006 (AS 2007/1028)*”. Aranzadi Social, volumen II, 2007. Pág. 2701 a 2712.

BARROS GARCÍA, M. *Doctrina jurisprudencial sobre la entrega de opciones sobre acciones a empleados: estado de la cuestión*. Relaciones Laborales n ° 2, año 2007. Pág. 1347 a 1359.

BAYLOS GRAU. A. *Control Obrero, democracia industrial, participación: contenidos posibles*. En AAVV. *Autoridad y Democracia en la empresa*. Trotta. Madrid, 1992.

BAYLOS GRAU, A. *España, república de trabajadores*. www.nuevatribuna.es de 14 de abril de 2011.

BAYLOS GRAU, A y RAMOS FILHO, W. *La política y el derecho frente a la crisis (en el 90 aniversario de la Constitución republicana de Weimar)*. Seminario Crisis y derechos sociales: de Weimar al crack del año ocho. Facultad de Derecho de Castilla la Mancha (Ciudad Real). 8 de octubre de 2009.

BAYLOS GRAU, A. (coord.) en AAVV *Modelos de derecho del trabajo y cultura de los juristas*. BOMARZO. Albacete, 2013.

BAYLOS GRAU, A. *Sindicalismo y Derecho Sindical*. Editorial Bomarzo, 4º edición. Albacete, 2009.

BAYÓN CHACÓN, G. *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*. Tecnos. Madrid, 1955.

BAYÓN CHACÓN, G. *Posibilidades de evolución del sistema de participación de los trabajadores en la empresa*, en varios, *Diecisiete lecciones sobre participación de los trabajadores en la empresa*. FDUCM, Madrid, 1967.

BAZ RODRÍGUEZ, J. *El sistema europeo de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria: reflexiones en torno a la Ley 10/1997, de 24 de abril*, Relaciones Laborales, núm.3, 1998.

BENEYTO CALATAYUD, P.J. *Afiliación sindical en Europa. Modelos y Estrategias (vol.1)*, Editorial Germania. Valencia. 2004.

BERCOTITZ, A. “*La Sociedad de Responsabilidad Limitada*”, CIZUR Menor (Aranzadi), 2006.

BERMEJO GARCÍA, R. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. *Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales*. En A. Herrero de la Fuente. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*. Fundación Rei Alonso Henriques. Zamora, 2003.

BIGAUT, M.C. *Étude sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, son intégration dans un traité constitutionnel: quelles implications pour les citoyens européens*, encargado por el Consejo Económico y Social francés el 25 de junio de 2002.

BLASCO GASCÓ, F. en AA.VV. *Derecho Civil. Parte general Derecho de la Persona*. Tirant lo Blanch, 4ª edición. Valencia 2003.

BLASCO PELLICER, A. *Los expedientes de regulación de empleo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BORRAJO DACRUZ, E. *El nacimiento del Derecho del trabajo: el debate ideológico y la situación social en la España de 1902 (1)*. Actualidad Laboral n° 1, 2002.

- BOURDET, Y. y GUILLEM, A. *L'autogestion*. Seghers. 1975.
- BRAUT, R; JAEGER, A y NOVAK, M. *Prirucnic o Organizaciji Poduzeca*. Informator. Zagreb, 1966.
- BRIABANT, G. *La Charte des droits fondamentaux*, Droit social, nº 1, Enero 2001, pág. 72.
- BROUÉ, P. y TERMINÉ, E. *La revolución y la guerra de España*. México, 1979, Pág. 173 y ss.
- BURDEAU, G. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Editorial Nacional, Madrid 1981.
- CAIRE, G. *Les syndicats ouvriers*, Paris, 1971.
- CÁMARA BOTÍA, A. y GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., “*Derechos de participación y representación en materia de seguridad y salud laborales: un estudio sobre su aplicación*”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 53, año 2004, pág. 219 a 263.
- CAMPS RUIZ, L. M; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.; SALA FRANCO, T. *Fundamentos de Derecho Sindical*, Madrid, 1977. (Ediciones la Torre).
- CARRILLO SALCEDO, A. *Notas sobre el significado político y jurídico de la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 9, año 5, enero/junio 2001.
- CARTOU, L. *El mercado común y el Derecho Público*. Aguilar, Madrid, 1959.
- CASAS BAAMONDE, M.E. *La implicación de los trabajadores en la S.A. europea*. REDT, nº 117 (mayo-junio 2003).
- CASAS BAAMONDE, M.E. *Los nuevos derechos de información de los representantes de los trabajadores, ¿Qué representantes?* Revista de trabajo nº 100, 1990.
- CASAS BAAMONDE, M.E. *Representación unitaria de los trabajadores en la empresa y derechos de comunicación*. Akal, Madrid, 1984, pág. 58.
- CAUVIN, C. *L'information comptable et financiere des salariés*. Masson, Paris, 1981.

- CAVAS MARTÍNEZ, F. *Las Comisiones Paritarias y la solución de los conflictos laborales derivados de la interpretación y aplicación del convenio colectivo*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 68. 2007.
- CONDE CONDE, M. A. *Los días de gloria*. Ediciones Martínez Roca (4a edición - diciembre 2010).
- CONSEJO DE EUROPA, *La participación de los trabajadores en la vida de la empresa*, 1979. Trad. cast. Ministerio de Trabajo, Instituto de Estudios Sociales, Madrid, 1980.
- CRISTÓBAL RONCERO, R. *El comité de empresa europeo en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 43. Madrid, 2003.
- CRUELLES, J. *Venezuela, control obrero y autogestión*. www.rebellion.org de 07/07/2010.
- CUEVAS LÓPEZ, J. *Estructura y función de la representación colectiva en la empresa*. Aranzadi. Pamplona, 1982,
- DÄUBLER, W. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el derecho colectivo del trabajo*. Revista de Derecho Social nº 17.2002.
- DAWE, A. *The two sociologies*. Journal of Sociology, 21.
- DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERISDAD DE COLONIA. *La ley alemana de constitución de empresas*. Conferencia en la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad de Madrid el día 9 de abril de 1953.
- DE LA VILA DE LA SERNA, P. *Las Tres “Cartas” Europeas sobre derechos sociales”*. Revista del Ministerio de trabajo nº 32, 2001.
- DE LA VILLA GIL, L.E. *Esquemas de Derecho del Trabajo, curso 1971-1972*, Universidad de Valencia, 2007.
- DE LA VILLA GIL, L.E. *La función del derecho del trabajo en la situación económica y social contemporánea*. Revista Derecho del Trabajo, nº76. 1984.
- DE MADARIAGA, S. *España. Ensayo de Historia contemporánea*, 13ª edición. 1979, Madrid.

- DESDENTADO BONETE, A. y LIMÓN LUQUE, M. A. *Las stock options como retribución laboral*. Aranzadi Social, n° 5, 2002, Pág. 51 y ss.
- DE TORRES ZAPATERA, M. *Valores ocultos en las cuentas anuales*. CIVITAS, Madrid, 2002.
- DIARIO DE SESIONES DE LAS CORTES CONSTITUYENTES, del 8 de octubre de 1931.
- DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M. *Reuniones de comités de empresa y asistencia de delegados sindicales en empresas de varios centros*. Aranzadi Social, Vol. 22, 2010.
- DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C. *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*. Cívitas, Madrid, 1997.
- DURÁN LÓPEZ, F. *La participación de los trabajadores*. RMTAS n° 13 de 1998.
- ESCUADERO, R. *La Ley de derechos de información: una Ley a medio camino*. Relaciones Laborales, 7/1991.
- ESPINA, A. *Las relaciones industriales y la democracia*. Relaciones Laborales n° 1, 1991.
- ESPÍN SÁEZ, 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 n° 47 año 2003.
- ESTEBAN VELASCO, G. *La Sociedad cerrada europea. ¿figura complementaria o alternativa a la Sociedad Europea?* Revista de Derecho de Sociedades, n° 13. 1999.
- ESTEBAN VELASCO, G. *Participación de los trabajadores en la sociedad europea. ¿Más cerca de un compromiso político?* Libro homenaje a F. Sánchez Calero. McGraw Hill, Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLARÓS Claros, Í. *El futuro del derecho de sociedades en Europa: a propósito del estatuto de la sociedad anónima europea*. La Ley, n° 5465. 2002.
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, B. *Los derechos de información de los representantes legales de los trabajadores: carácter instrumental y contenido insuficiente*. Aranzadi Social n° 1, 2006.

FERNÁNDEZ LIRIA, C y ALEGRE ZAHONERO, L. *Comunismo y derecho*.
www.rebellion.org de 04/12/2010.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. *El deber de sigilo de los representantes del personal*.
Actualidad laboral, Nº 1, 1992, págs. 125-143

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 AA.VV MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J, *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Iustel, Madrid, 2008.

FUENTES RODRÍGUEZ, F. *Los Derechos Colectivos en la Unión Europea*, en AAVV *Una aproximación al derecho social comunitario* (coord: J. Cruz Villalón y T. Pérez del Río). Tecnos. Madrid, 2002.

GAMILLSCHEG, F. *La cogestión de los trabajadores en el derecho alemán. Balance a tenor de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1 de marzo de 1979*.
Revista Española de Derecho del Trabajo, n° 2 año 1980. Pág. 169 y ss.

GALIANA MORENO, M. en AAVV. *Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho comunitario*. Cuadernos de Derechos Judicial. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid.1997.

GARCÍA CAMACHO, A. *Comentario a la sentencia 1 de marzo de 1979 del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la cogestión*. RAP 89, 1979. Pág. 451 y ss.

GARCÍA GUTIÉRREZ, M.L. *La Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea*. Actualidad Laboral, nº 4, enero 2003.

GARCÍA ROMERO, B. *La "implicación" de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea*. REDT nº 113, año 2002.

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 (CES) Madrid. 1995. Madrid, 1995.

GARRIDO PÉREZ, E. *La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales en la Ley 31/1995*. Relaciones Laborales, nº2, año 1997. Pág. 397 a 427.

GARRIDO PÉREZ, E. *Las modalidades de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea*. Revista de Derecho Social nº 17, año 2002.

GARRIDO PÉREZ, E. *La reforma de la Directiva CEU a la luz de la jurisprudencia del TJCE en relación a la información y consulta en estructuras complejas*. Revista de derecho del trabajo, nº49, 2010.

GARRIGUES, *La revalorización de los balances actuales mercantiles*, en “RDM”, núm. 32, 1949.

GIL Y GIL, J.L y USHAKOVA, T. *Los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Relaciones Laborales nº1. 2003.

GIUGNI, G. *Derecho del Trabajo (Voz para una enciclopedia)*. DLRI, nº 1. 1979.

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J. *Una nueva modificación de la legislación laboral para transponer Derecho Comunitario: la Ley 38/2007 y las Directivas 2002/14/CE, sobre información y consulta de los trabajadores, y 2002/74/CE, sobre su protección en caso de insolvencia empresarial*. Relaciones Laborales, nº 7, Abril 2008.

GÓMEZ GORDILLO, R. *El Comité de Empresa Europeo*. Consejo Económico y Social. Madrid, 2003.

GÓMEZ SEGADE, J. A. *Derechos de los socios, participación de los trabajadores y petrificación de la sociedad anónima*. En *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1981. Pág. 315 y ss.

GORDILLO ALHAMBRA, F.J. *Los comités de empresa europeos y otros procedimientos de información y consulta análogos*. Revista del Ministerio De Trabajo y Asuntos Sociales, nº2. Madrid, 1997.

GRAMSCI, A. *Tres Principios, tres órdenes*, 1917 en *Antología* Buenos Aires, Siglo XXI, 2006 (reedición de la obra publicada en 1979 al cuidado de Manuel Sacristán). Publicado originalmente en *La Città Futura*, 11/II/1917.

GRAMSCI, A. *Consejos de fábrica y estado de la clase obrera*. Ediciones Roca. México D.F, 1973.

GUTIÉRREZ PÉREZ, M. “*La protección del medio ambiente como factor condicionante de las relaciones laborales*”. Aranzadi Social Vol.3 nº3, año 2010. Pág. 95 a 124.

GUTIÉRREZ-SOLAR, B. *Las stock Options: naturaleza, estructura, y cómputo a efectos de la indemnización por despido*. Relaciones Laborales, nº 3, año 2003, Pág. 35 y ss.

HARNECKER, M. *Clases Sociales y Lucha de Clases*, editorial Akal, 1979, edición revisada de *Lucha de clases (I y II) Cuadernos Nº 4* de la serie: *Cuadernos de Educación Popular: ¿Qué es el socialismo?* 1972.

INFORME WINTER. De la comisión de expertos designada por la Comisión Europea para la reforma y modernización del derecho societario en Europa en el año 2001.

JACKSON, G. *La República española y la guerra civil*. 5ª Reimpresión, Barcelona 1986.

JEAMMAUD, A. *Los derechos de información y participación en la empresa: la ciudadanía en la empresa*. En AAVV. *Autoridad y Democracia en la empresa*. Trotta. Madrid, 1992.

JIMENA QUESADA, L. *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de reclamaciones colectivas VII. I: 1998-2005)* Tirant Monografías. Tirant lo Blanch. Valencia 2007.

JIMÉNEZ GARCÍA, J. *Participación y control en la empresa*. Las Palmas. Universidad/UGT.

JULIÁ, S. *Objetivos políticos de la legislación laboral*. En García Delgado, J.L. (ed), *La II República española. El primer bienio, Siglo XXI de España Editores*, Madrid.

KHAN-FREUND, O. *Labour and the Relations between Law and public Opinion in England during nineteenth Century*, London-New York, 1905.

KORSCH, K. *Lucha de clases y derecho del trabajo*. Ariel. Barcelona, 1980.

KORSCH, K. *¿Qué es la socialización?* Ariel. Barcelona, 1975.

LAFUENTE SUÁREZ, J.L, *Una reflexión sobre la regulación de los derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación*. Actualidad Laboral nº 1, 1991m Pág. 159 a 163.

LAHERA SÁNCHEZ, A. *La participación de los trabajadores en la empresa. ¿Hacia la democratización de las relaciones industriales? Una propuesta metodológica de análisis*. En AAVV. *Sobre la democracia económica. La democracia en la empresa*. El Viejo Topo. España, 2001.

LASAOSA IRIGOYEN, E. *La Representación de los trabajadores en la empresa en Francia*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº42, año 2003. Madrid.

LANDA ZAPIRAIN, J.P. *Las nuevas formas de participación en la empresa*. En AAVV. *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*. XVII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Salamanca, 18 y 19 de mayo de 2006. Universidad de Salamanca.

LENIN, V.I. *Explicación de la ley de multas que se aplica a los obreros en las fábricas*. 1895.

LENIN, V.I. *El Estado y la revolución* (1917). Alianza editorial. 2008.

LENIN, V.I. *¿Qué hacer?*, 1902, en *Obras escogidas*, tomo I. Ediciones Progreso, Moscú.

LIDA, C. E. *Antecedentes y desarrollo del movimiento obrero español*, Madrid, 1976.

LINGUET, S. *Théorie des lois civiles, ou principes fondamentaux de la société*.

LÓPEZ AHUMADA, J.E., Comentario a la STSJ de Cantabria, de 10 de mayo de 2006, (AS 2006/2221), *Ejercicio de los derechos de información y expresión en caso de huelga: ¿Posible aplicación del deber de sigilo profesional?* ARANZADI SOCIAL Nº 3, 2006. Navarra. Pág. 3013 a 3022.

LUJÁN ALCARAZ, J. *Algunas reflexiones sobre la estructura y las competencias de la representación legal en la empresa*. Aranzadi Social, vol. 1 nº 12, 2008.

LUJÁN ALCARAZ, J. *La Directiva 2001/86 del consejo de 8 de octubre por la que se completa en Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores*. Aranzadi Social nº 1, año 2002.

- LUXEMBURGO, R. *Reforma o revolución*. Obra del año 1900, reeditada por Biblioteca de pensamiento crítico del diario Público, año 2009.
- LYON-CAEN, A. *Le comité d'entreprise et les restructurations de l'entreprise*, Dr Social, abril 1979, nº especial, pág. 23 y ss.
- MARÍN MORAL, I. *La legitimación activa de una comisión de trabajadores en la impugnación de un despido colectivo y causas de nulidad*. Aranzadi Social paraf. Num 42/20126/2012. BIB/2012/2900.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, j. *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2005.
- MARTÍN VALVERDE, A. *Ideologías jurídicas y contrato de trabajo*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Anales de la Universidad Hispalense. Serie Económicas y empresariales, nº4, 1977.
- MARTÍN VALVERDE, A. *La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo*. Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 33, 1988.
- MARTÍN VALVERDE, A. *La ley sobre información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación*. Derecho de los Negocios, 5/1991.
- MARX, C. *La cuestión judía*. Nuestra América Editorial, Buenos Aires, 2005.
- MARX, C. y ENGELS, F. *Manifiesto de Partido Comunista*. 1848
- MARX, C. *Trabajo asalariado y capital*. Ed. Debarris, Barcelona, 1988.
- MATTICK, PANNEKOEK, GORTER, BERGMANN, *Los consejos obreros y la cuestión sindical*. Castellote Editor. Madrid, 1977.
- MAZZIOTTI, F. *Diritto del Lavoro*. Liguori Editore. Nápoles (Italia), 2001.
- MEDINA ORTEGA, M. *La inserción de la Carta en el Derecho de la Unión Europea*. En A. Herrero de la Fuente. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*. Fundación Rei Alonso Henriques. Zamora, 2003.
- MEIDNER, R. *Capitali senza padrone. Il progetto svedese alla formazione collettiva del capitale*. Lavoro, Roma, 1980.

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, año 2005.

MOLINA NAVARRETE, C. *El impacto laboral de la “Ley de igualdad de Sexos”: lo que queda después de vender el humo político*. Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros, nº 290, 2007.

MONEREO PÉREZ, J.L. *La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 56-57, 1993.

MONEREO PÉREZ, J.L. *La participación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas: estudio sistemático y crítico de la Ley 31/2006, de 18 de octubre*. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2007.

MONEREO PÉREZ, J.L. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Madrid, 1992. Cívitas.

MONTALVO CORREA, J. *Fundamentos de Derecho del Trabajo*. Cívitas, Madrid, 1975.

MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 2005.

MONTOYA MELGAR. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)* Cívitas. Madrid 1992.

MONYEVA Y PUYOL, J. *Derecho Obrero*, 1895.

NIETO ROJAS, P., *Medidas y planes de igualdad en las empresas. Proceso de creación e implantación*. En AAVV, (MERCADER UGUINA, J., cord.). *Comentarios Laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

NORES TORRES, L.E. *El periodo de consultas en la reorganización productiva empresarial*. CES, Madrid. 2000.

NOVAK, A. *Organizacija poduzeca u socijalizmu*. Informator. Zagreb, 1967.

OIT, *La participación de los trabajadores en las decisiones que se adoptan en las empresas*. Ginebra, 1969.

OJEDA AVILÉS, A, y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. *Estructura de la empresa*, en AAVV, *Los trabajadores y la Constitución*, Sociedad de Estudios Laborales, Madrid, 1980.

OJEDA AVILÉS, A. *Derecho Sindical*, 6ª edición., Tecnos, Madrid, 1992.

OJEDA AVILÉS, A. *Derecho Sindical*, 6ª edición., Tecnos, Madrid, 2005.

OLESTI RAYO, A. en AAVV: *Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Iustel. Madrid, 2008.

ORTIZ LALLANA, C. *La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario en Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Salamanca, 2006.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *Derecho del Trabajo e ideología*, 5ª edición, Tecnos, Madrid.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. *Derecho sindical*, 3ª edición. Madrid, 1989.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. *La participación de los trabajadores en la empresa. (Una revisión institucional)*. Ponencia inaugural. En AAVV. *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*. XVII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Salamanca, 18 y 19 de mayo de 2006. Universidad de Salamanca.

PANKRATOVA, A.M. *Los consejos de fábrica en la Rusia del 1917*. Cuadernos Anagrama. Barcelona, 1976.

PEDRAJAS MORENO, A y SALA FRANCO, T. “Comentario “Comentario de urgencia a la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el estatuto de los trabajadores, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario – BOE de 17 de noviembre”. Publicado en TIRANT ON LINE el 10 de diciembre de 2007.

PEDRAZZOLI, M. *Democrazia Industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*. Giuffrè, Milan, 1985.

- PEIRO, J. M. *Psicología de la organización*. UNED, Madrid, 1991.
- PÉREZ AMORÓS, F. *Derechos de información sobre empleo y contratación. Los derechos de los representantes de los trabajadores en la empresa, según la Ley 2/1991*. Bosch. Barcelona. 1993.
- PÉREZ CAMPOS, A.I. *Marco General del Sistema de Implicación de los Trabajadores en las Sociedades anónimas y cooperativas Europeas*. En AAVV, *La Implicación de los Trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Análisis de la Ley 31/2006, de 18 d octubre*. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2007.
- PÉREZ CAPITÁN, L. *El derecho a la información de los representantes de los trabajadores sobre la gestión económica y financiera de la empresa. Estudio jurisprudencial del artículo 64.1, apartados 1º y 3º, del Estatuto de los Trabajadores*. Aranzadi Social nº 3, 1995.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *El derecho social comunitario en el tratado de la Unión Europea*. Cívitas. Madrid 1994.
- PÉREZ REY, J. *La senda roja: notas sobre emancipación y derecho del trabajo, en especial la II República Española*. AAVV *Modelos de derecho del trabajo y cultura de los juristas*. BOMARZO. Albacete, 2013.
- PERSIANI, M. *Diritto Sindicale*. Padova-Cedam. Octava edición, 2002. Italia.
- PICARD, R. *Le contrôle ouvrier sur la gestion des entreprises*. Paris, 1922.
- POOLE, M. *Hacia una nueva democracia industrial*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid.1995.
- PRADOS DE REYES, F.J. y VIDA SORIA, J., *La participación social en el texto de la Constitución*, en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*. T.X, dir. Alazaga Villaamil, O. Madrid, 1985.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Los Derechos sociales y el principio de igualdad material*, en la obra colectiva AÑÓN, M.J. *La Universidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*. Tirant lo Blanch, Valencia 2004.
- RABANAL CARBAJO, P. *“Derechos de información de los representantes de los trabajadores. Condiciones económicas precisas de los contratos. Deben comunicarse aun en contra de la voluntad de los trabajadores afectados. Comentario a la SAN, de 7*

de julio de 2006 (AS 2006/2223)". Aranzadi Social, volumen III, 2006. Pág. 2996 a 2999.

RAMÍERZ MARTÍNEZ, J.M. *Curso de derecho del trabajo*, Tirant lo Blanch, 16º edición, Valencia 2007.

RIVAYA, B. *El materialismo jurídico. La presunta teoría del Derecho de Marvin Harris*. DYKINSON. Madrid, 2007.

RIVERO LAMAS, J. *Las ideologías y la empresa: cooperación y conflicto (una reflexión sobre recientes experiencias)*. Relaciones Laborales, n º 2, 1997.

RIVERO LAMAS, J. *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*. Lección inaugural del curso académico 1986-1987, Zaragoza (Universidad de Zaragoza).

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

ROCCELIA, M. y TREU, T. *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*. Editorial Cedam, Cuarta edición. Italia. 2008.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y CASAS BAAMONDE, Mª. *El Reconocimiento de los derechos sociales en la Unión Europea*, Relaciones Laborales. 1995-I.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M. *El programa de acción de la Comisión para la aplicación de la Carta Social*, Relaciones Laborales, Volumen II, 1989.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M. *Derechos de información del sindicato y paga de beneficios*. Relaciones Laborales n º 2, 1990 Pág. 55 y ss.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. *Participación de los trabajadores en la empresa*, en RPS, nº 121, 1979.

ROJO TORRECILLA, E. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y los derechos de información y consulta*, Temas Laborales, nº 59, 2001.

ROLDÁN MARTÍNEZ, A. *La participación de los representantes de los trabajadores en la gestión de políticas de igualdad en las empresas*. Relaciones Laborales nº 20, Quincena del 23 de octubre al 8 de noviembre de 2010, TOMO II, LA LEY.

ROMAGNOLI, G. *Consigli di fabbrica e democrazia sindacale*. Mazzota. Milán, 1976.

ROMAGNOLI, U. *De nuevo Weimar: Recordando a Gaetano Vardaro*. Revista de Derecho Social, n° 50, 2010.

ROMAGNOLI, U. *Estructura de la empresa*. CDT 4. 1978.

ROMAGNOLI, U. *Las transformaciones del Derecho del Trabajo*, en Experiencias de Flexibilidad Normativa, Santiago de Chile, 1992. Editado por la Universidad Nacional Andrés Bello.

ROMAGNOLI, U. *Weimar, ¿Y después?* Jueces por la Democracia, n° 14, 1991.

ROUGEMONT, D. *L'avenir est notre affaire*, Stock, 1977.

SAGARDOY, J.A., *Presentación del número 32/1990 de la Revista "Documentación Laboral"*.

SALA FRANCO, T. *El Deber de Secreto de los Trabajadores en Las relaciones Laborales en la Reestructuración y el Saneamiento de Empresas*. XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Granada los días 19 y 20 de mayo de 2005. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.

SALA FRANCO, T. *La representación de los trabajadores en la empresa*. Relaciones Laborales, 1990-II.

SALIDO BANÚS, J. L. *La libertad de expresión de un trabajador que a la vez accionista*. Actualidad laboral n° 21, 2002. Ref. 637.

SAMPER JUAN, J. *Los sistemas tradicionales y el régimen español de participación de los trabajadores*. En AAVV. *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*. XVII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Salamanca, 18 y 19 de mayo de 2006. Universidad de Salamanca.

SANFULGENCIO GUTIÉRREZ J.A., *El deber de Sigilo y el derecho fundamental a la libertad sindical y a la información de los representantes de los trabajadores*. Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, Nº 1, 2002, págs. 815-826.

- SEMPERE NAVARRO, A.V. *La Preparación del Contrato*. Documentación Laboral, 34/1991.
- SERRANO CARVAJAL, J. *Notas para una aproximación histórica al Derecho del Trabajo*. R.P.S nº119, 1978.
- SERRANO GARCÍA, J.M., *Participación y planes de igualdad en la Ley Orgánica de Igualdad*. Bomarzo, Albacete, 2007.
- SERRANO GARCÍA, J.M. *Participación y Plan Social*, ARANZADI SOCIAL, junio de 2009. Pág. 49 a 56. Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del TS, de 24 de septiembre de 2008 (RJ 2008/7236).
- SEVILLA MERINO, J. y VENTURA FRANCH, A. *Evolución del Derecho Social Europeo*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 57, 2005.
- SUPIOT, A. *Critique du droit du travail*. Quadrige. Paris, 1994.
- SYNVET, H. *En fin la société européenne?*, RTD eur. 1990.
- TAPIA HERMIDA, A, *El paradigma de los nuevos sistemas retributivos de opciones sobre acciones dirigidos a los trabajadores*. Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 44, 2003.
- TATAY PUCHADES, C. *El deber empresarial de informar en Seguridad Social*. Actualidad Laboral nº 10 semana 9, 15 de marzo de 1992. Pág. 163 a 179.
- TEYSSIÉ, B. *Droit du travail. Relations collectives*. 3^{ème} edition. Litec. Paris.2002.
- TREU, T. *Relaciones laborales ¿declinar inevitable?* Relaciones Laborales, 1985.
- VALDÉS ALONSO, A. *La Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea. (Crónica del Seminario Internacional “Los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea, ante el Consejo Europeo de Niza, Madrid, 19 y 20 de octubre de 2000)*. Conferencia Marco: “Los derechos sociales fundamentales en la unión europea” a cargo del Profesor D. Manfred WEISS. En Relaciones Laborales nº8 año XVII.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. *El derecho del trabajo en la Segunda República*. Relaciones Laborales nº 1 año 2006.

VALDÉS DAL-RÉ, F. *El establecimiento de los derechos de implicación de los trabajadores de la Sociedad Europea a través de la negociación colectiva*. Relaciones Laborales nº 13 año 2003. Madrid.

VALDÉS DAL-RÉ, F. *El modelo legal de los derechos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea*. Relaciones Laborales nº 15-16 año 2003.

VALDÉS DAL-RÉ, F. *La cooperativa de trabajo asociado: una mirada desde las legislaciones estatal y autonómica*. Relaciones Laborales, n ° 19, quincena del 8 al 23 de octubre de 2010, Tomo 2. Editorial La Ley.

VALDÉS DAL-RÉ, F. *La implicación de los trabajadores en la sociedad europea: un paradigma del nuevo derecho comunitario*. Relaciones Laborales, nº 11. Madrid, 2003.

VALDÉS DAL-RÉ, F. *La participación de los trabajadores en la Sociedad Europea: treinta años después*. Relaciones Laborales nº6. Madrid, 2003.

VELARDE FUERTES, J. *El nacionalsindicalismo, cuarenta años después*, Madrid, 1972.

VARDARO, G. *Il diritto del lavoro nel "Laboratorio Weimar"*, en *Laboratorio weimar: conflitti e diritto del lavoro nella germania prenazista*. Lavoro. Roma, 1982.

VÁZQUEZ MATEO, F. *La información a los representantes de los trabajadores: fines y claroscuros en su aplicación*. Relaciones laborales, nº 18, quincena del 23/9 al 8/10 de 2010, Tomo 2. La Ley. Pág. 22.

VELASCO FABRA, G. *"Régimen Jurídico de la Verificación de las Cuentas Anuales. Propuestas de Reforma"*. THOMSON REUTERS, Navarra, 2011.

VELASCO SAN PEDRO, L.A. *La nueva sociedad anónima europea, último hito del derecho de sociedades en la UE*. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica, nº 199. 2002.

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

YSÁS MOLINERO, H. *Derecho de información y consulta en la Constitución Europea (un estudio del art.II-87)*, Comunicación al Congreso Nacional de Salamanca "Gobierno de empresa y participación de los trabajadores". 2006.