

LA REFORMA DE LA LEY SOBRE DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN LAS EMPRESAS Y GRUPOS DE DIMENSIÓN COMUNITARIA ¿UN IMPULSO PARA LOS COMITÉS DE EMPRESA EUROPEOS?

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

Prof. Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO

Palabras Clave: Derecho comunitario, Directiva sobre comité de empresa europeo

La Directiva 2009/38/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 deroga la Directiva 94/45/CE. En el plazo previsto para ello, la Ley 10/2011, de 19 de mayo, procede a su transposición al ordenamiento español, mediante la modificación de la Ley 10/1997. La gran cantidad de preceptos afectados por la reforma, la novedosa introducción de un concepto de información y la reforma del concepto de consulta, la delimitación de la naturaleza transnacional de los temas a tratar, la obligación de establecer mecanismos de articulación con los sistemas nacionales de información y consulta y la introducción de obligaciones de información a los trabajadores y a los agentes sociales europeos pueden suscitar valoraciones optimistas respecto del avance de los derechos de información y consulta transnacional. Un análisis más detallado de la norma y de la pluralidad de fórmulas de retrasar o impedir su aplicación material conduce a distinta conclusión.

ABSTRACT

Key Words: Community Law, European Works Council

The transposition or implementation of the Directive 2009/38/EC on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees, in Spain, by Law 10/2010, is the main object of this article.

A transposition can be judged critically because, despite community contributions on delimitation of the rights to information and consultation, allowing an additional time dilation. And even his real enforcement.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CONCEPTOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA
 - 2.1. El nuevo concepto de información
 - 2.2. Otras obligaciones de información
 - 2.2.1. Información precisa para el inicio de las negociaciones
 - 2.2.2. Información a los agentes sociales europeos
 - 2.2.3. Información a los trabajadores y deber de confidencialidad
 - 2.3. La reforma del concepto de consulta
 - 2.4. La transnacionalidad de las materias
3. LA APLICABILIDAD DE LA DIRECTIVA. LOS ACUERDOS EXENTOS
 - 3.1. Los efectos de la reforma sobre los acuerdos exentos
 - 3.2. La obligación de adaptación de los acuerdos vigentes
 - 3.3. Tipología de acuerdos de aplicación y régimen jurídico aplicable

1. INTRODUCCIÓN

La 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 comunitaria¹ (en adelante Directiva CEE), deroga y refunde la Directiva 94/45/CE², con anterioridad modificada por ampliación de su ámbito de aplicación en dos ocasiones³. La adopción de un nuevo texto pretende la consecución de un objetivo fundamental que se acompaña de otros de carácter instrumental. La reforma persigue, en primer lugar y de manera señalada, dar efectividad a los derechos de información y consulta transnacional de los trabajadores⁴. La invocación al efecto útil de la normativa comunitaria se reitera en diversos pasajes de la exposición de motivos de la norma reformadora, lo que de alguna forma supone el reconocimiento de los limitados efectos alcanzados en la aplicación de la Directiva en su versión original.

La decisión de acometer la fijación de los derechos de información y consulta transnacional por vía autónoma, obviando la determinación de unos de-

¹ DOUE L 122 de 16 de mayo de 2009. Sobre su contenido reformador, vid. Gómez Gordillo, R.: “La reforma de la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo. Nueva apuesta por la fijación convencional de derechos de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2010, pp. 71 a 99.

² Sobre la misma y su transposición en España, vid. Gómez Gordillo, R.: “El Comité de Empresa Europeo”, CES, Madrid, 2003.

³ Directiva 94/45/CE (DO L 254 de 30/09/1994), Directiva 97/74/CE (DO L 10 de 16/01/1998) y Directiva 2006/109/CE (DO L 363 de 20/12/2006), derogadas con efectos 6 de junio de 2011, por aplicación de lo dispuesto en el art. 17 de la Directiva 2009/38/CE.

⁴ Considerando 7 de la Exposición de Motivos de la Directiva CEE.

rechos mínimos, a modo de suelo sobre el que adaptar mediante acuerdos el contenido de aquéllos a los requerimientos de cada empresa o grupo, dejando en manos de las partes aspectos tan decisivos como la iniciativa negociadora, la configuración del propio sistema y el contenido material de los derechos de información y consulta, resultaba una apuesta arriesgada que únicamente hubiera alcanzado un éxito notable con la decidida colaboración de los agentes sociales y, dado la complejidad del sistema, con el convencimiento por parte empresarial de la bondad de estos procedimientos para la mejora competitividad de la empresa o, en términos comunitarios, para el adecuado acompañamiento del cambio. No parece que con carácter general ésta haya sido la posición de las empresas europeas a la vista del limitado protagonismo ejercido por los primeros órganos de representación de los trabajadores de ámbito comunitario, después de casi veinte años de experiencia negociadora en la materia.

Junto a los argumentos anteriores, la posibilidad de eludir la aplicación de la norma mediante los llamados acuerdos de anticipación se ha revelado como una apuesta de política normativa escasamente eficaz. Si bien es cierto que en una primera fase, durante el plazo de dos años que permitía a las partes alcanzar acuerdos al margen de las disposiciones de la Directiva, se concertaron un número importante de acuerdos, superado dicho período la tasa de creación de comités de empresa europeos se mantiene a la baja. Estos datos negativos adquieren una relevancia superior cuando se analiza el contenido de los acuerdos vigentes. Según ha sido acreditado, un alto número de éstos no garantizan el ejercicio efectivo de los derechos de información y consulta; en tales casos, los comités de empresa europeos corren el riesgo de ser percibidos como instancias representativas de escasa utilidad. Así parece haber sido puesto de manifiesto por distintos estudios⁵, que cuestionan la eficacia del sistema normativo puesto en marcha por la Directiva para garantizar que los trabajadores son informados y consultados eficazmente⁶.

La convicción de las instituciones comunitarias de la necesidad de modificar la Directiva, para favorecer la consolidación de los comités de empresa europeos como elemento central en la europeización de las relaciones laborales,

⁵ Entre otros, vid. Kluge, N. y Stollt, M.: "The European Company – Prospects for Worker Board-level Participation in Enlarged EU", SDA-ETUI-REHS, 2006; Stirling, J. y Tully, B.: "Power, process and Practice: Communications in European Works Councils", *European Journal of Industrial Relations*, Vol. 10, nº 1, Sage, London; Gómez Gordillo, R.: "La reforma de la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo ...", op. cit., pp. 74 a 79.

⁶ Particularmente ilustrativos considero los dictámenes del CESE, entre otros: Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo: Los comités de empresa europeos: un nuevo papel para promover la integración europea, 13 de septiembre de 2006 y Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación concreta de la Directiva sobre la constitución de un Comité de Empresa Europeo (94/45/CE) y sobre los aspectos que en su caso deberían de ser revisados, de 24 de septiembre de 2003 (DOUE de 14/01/2004).

ha permitido la conclusión del proceso de reforma⁷. El interés por establecer derechos de información y consulta a nivel transnacional debe conectarse con las tesis que defienden que la capacidad de las empresas para adaptarse a los cambios crece cuando los trabajadores participan en la toma de las decisiones que les afectan⁸. Pero las posibilidades de avanzar en la consecución de dicho objetivo se ha visto lastrada por la oposición empresarial, que sin duda ha limitado el impacto del impulso reformador y, sobre todo, ha conseguido mantener los principios de política normativa que inspiraron la adopción de la Directiva, y los umbrales cuantitativos que determinan su ámbito de aplicación.

De esta manera, la reforma se ha concentrado en aspectos necesarios pero insuficientes. Incrementar el número de comités de empresa europeos, reducir la inseguridad jurídica provocada por la ambigüedad de algunas definiciones, mejorar la articulación de los instrumentos legislativos comunitarios en materia de información y consulta constituyen objetivos de interés, que en el mejor de los casos contribuirán a incrementar la eficacia de la norma, pero resultan remedios inadecuados para satisfacer las necesidades de información y consulta de las representaciones de los trabajadores en el presente contexto económico y, por tanto, difícilmente útiles para mejorar la competitividad de las empresas europeas. Es por ello que no podemos coincidir con el legislador cuando califica la reforma operada como sustancial⁹. De manera resumida, las modificaciones se circunscriben a introducir un concepto de información, hasta ahora inexistente, modificar el concepto de consulta, ensayar una definición de información y consulta transnacional y adaptar algunos aspectos de las normas subsidiarias. Al margen permanecen algunas otras cuestiones que habían sido objeto de exigencia sindical, como la posibilidad de reducir el umbral de personal a 500 trabajadores y el establecimiento de un registro de los acuerdos de aplicación¹⁰. El nuevo texto modifica la mayoría de los artículos de la norma comunitaria, pues únicamente permanecen con la misma

⁷ Sobre el proceso de discusión y aprobación de la Directiva: Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado de aplicación de la Directiva relativa a la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (Directiva del Consejo 94/45/CE de 22 de septiembre de 1994), de 4 de abril de 2000, COM (2000) 188 final; Informe final del Parlamento Europeo A5-0282/2001, de 17 de julio de 2001, sobre el informe de la Comisión sobre el estado de aplicación de la Directiva del Consejo 94/45/CE – Comisión de Empleo y Asuntos Sociales; Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 (Refundición), de 2 de julio de 2008, COM (2008) 419 final.

⁸ Considerandos 10 *in fine* y 14 *in fine* de la Directiva CEE.

⁹ Considerando 1 de la Directiva CEE.

¹⁰ Apartado 22 de la Propuesta de Directiva sobre la constitución ...

redacción contenida en el originario dos solitarios preceptos¹¹, pero no altera el carácter procedimental de la Directiva, que hoy como ayer se limita a promover la celebración de acuerdos transnacionales, sin reconocer derechos de representación transnacional mínimos a los trabajadores de empresas y grupos de dimensión comunitaria.

La Ley 10/2011¹² (en adelante LIC), modifica el contenido de la Ley 10/97, ajustando su articulado a las nuevas previsiones contenidas en la Directiva CEE. Más allá de cual fuese la voluntad del legislador español, el carácter imperativo de la mayoría de los aspectos sometidos a reforma, determina la imposibilidad de separarse del modelo comunitario de información y consulta. Por ello, la reforma de la LIC tampoco contribuye a mejorar de manera determinante los derechos de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria cuya sede se encuentre en nuestro país. El nuevo texto no propone modificación alguna respecto a la técnica jurídica empleada, circunstancia que da continuidad a la mayoría de los problemas puestos de manifiesto en la aplicación del anterior. La creación del comité de empresa europeo y la fijación de sus competencias siguen en manos de la autonomía colectiva, sin que se haya considerado la oportunidad de establecer unos mínimos de derecho necesario. Por otra parte, y este aspecto creo que puede ser decisivo para valorar el efecto útil de la norma, la LIC no obliga a renegociar los acuerdos firmados hasta la fecha para adaptarlos al nuevo régimen jurídico, afirmación que resulta igualmente aplicable tanto en el caso de los acuerdos de anticipación, como respecto a los acuerdos adoptados en aplicación del art. 12 LIC. De esta manera, el marco normativo de los comités de empresa europeos adquiere una mayor complejidad, estableciéndose una trilogía de regímenes jurídicos que por su complejidad serán estudiados en apartados posteriores. Baste en este momento con afirmar que tan amplia tipología de acuerdos minimiza el efecto útil de la reforma, cuya virtualidad práctica no será posible analizar durante los próximos años por la presumible ausencia de aplicación efectiva.

2. CONCEPTOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA

La reforma aborda la delimitación conceptual de los dos derechos en torno a los cuales debe girar la actividad de los comités de empresa europeos, adoptando un inexistente hasta la fecha concepto de información y ajustando la

¹¹ Apartado 33 de la Propuesta de Directiva sobre la constitución...

¹² Ley 10/2011, de 19 de mayo, por la que se modifica la Ley 10/97, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria (BOE de 20 de mayo)

definición previa de consulta. En ambos casos, el objetivo común es realizar un esfuerzo armonizador en busca de un concepto comunitario de información y consulta, generalizable al conjunto de disposiciones que disciplinan la materia y que han sido objeto de sucesiva normación, a diferentes niveles, durante la primera década del siglo presente. *A priori*, puede que éste sea el objetivo que más posibilidades tiene de materialización una vez haya finalizado el proceso de transposición. La consecución de una homogeneidad suficiente respecto a los derechos y obligaciones que para empresarios y trabajadores supone la puesta en marcha de procesos de información y consulta en el conjunto de la UE puede suponer un importante avance que quizás no haya sido suficientemente valorado, ante la menor concreción normativa respecto a las materias que deben ser tratadas en dichos procesos.

2.1. El nuevo concepto de información

A pesar de que la acción normativa en la materia desde su origen se marcó como objetivo la mejora de los derechos de información y consulta en las empresas y grupos de dimensión comunitaria, inicialmente no se estimó preciso establecer un concepto normativo de información, sin lugar a dudas porque se estimaba que el contenido del derecho era fácilmente deducible del conjunto de la regulación y de la realidad de las relaciones laborales¹³. La experiencia parece que ha puesto de manifiesto la conveniencia de regular la materia; así se hizo en las normas comunitarias sobre información y consulta que siguieron la estela de la Directiva CEE, esto es la Directiva marco¹⁴ (art. 2.f) y la Directiva SE¹⁵ (art. 2.i), previsiones que puntualmente fueron incluidas en los arts. 64.1 ET y 2.j de la Ley 31/2006, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas¹⁶. Con la reforma de la Directiva

¹³ *European Commission: "Report Group of Experts Implementation of Recast Directive 2009/38/EC on European Works Councils"* diciembre, 2010, p. 16

¹⁴ 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 (DOCE L 80 de 23 de marzo de 2002); sobre su transposición al ordenamiento español, vid. Gómez Abelleira, F.: "Una nueva modificación de la legislación laboral para trasponer 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*, núm. 7, 2008.

¹⁵ Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se complementa el Estatuto de la Sociedad Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOCE L 294 de 10 de noviembre de 2001), sobre la misma y su transposición en España, vid. Gómez Gordillo, R.: "La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea en el ordenamiento laboral español", *Temas Laborales*, núm. 90, 2007.

¹⁶ Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades y cooperativas europeas (BOE de 19 de octubre)

CEE, el legislador comunitario completa el círculo, como le había sido reclamado desde distintas instancias¹⁷.

La Exposición de motivos de la Directiva CEE estima preciso definir y articular el concepto de información y consulta, en coherencia con el resto de normas comunitarias, con el triple objetivo de reforzar la efectividad del nivel transnacional de diálogo, permitir una articulación adecuada entre los niveles nacional y transnacional, y garantizar la seguridad jurídica necesaria en la aplicación de la norma¹⁸. De esta manera, el art. 2.1.f contempla una definición extensa del término que incluye los elementos fundamentales contenidos en la Directiva marco y en la Directiva SE, lo que considero un avance sobre la situación precedente, en el sentido de alcanzar la unidad normativa respecto al concepto de información a los trabajadores en la UE. Dicha definición ha sido incorporada literalmente en el nuevo art. 3.1.7º de la LIC, concepto que puede asimilarse sin demasiadas complicaciones al contenido en los apartados 1 y 6 del art. 64 ET, aunque quizás en este caso hubiera sido preferible una reformulación del precepto estatutario, cuya dimensión actual resulta en mi opinión excesiva.

Unificados los conceptos de información en las empresas y grupos de dimensión comunitaria a nivel local y comunitario, debe procederse a discutir sobre el contenido de este derecho. La definición del concepto de información a los trabajadores no supone quiebra alguna de la técnica reguladora original que vertebra el entramado legal y convencional previsto en la Directiva CEE y completado por las normas de transposición. La LIC ofrece una delimitación descriptiva que deja en manos de los negociadores aspectos esenciales en la configuración del derecho de información a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria. El nuevo texto no establece la obligación de informar periódicamente sobre una serie de materias predeterminadas¹⁹, siguiendo un criterio contrario al contenido en los apartados 2, 4 y 5 del art. 64 ET. La LIC, mediante una serie de criterios generales, se limita a establecer qué debe entenderse por información transnacional, dotando de una notable independencia el derecho de información con respecto al derecho de consulta. No puede obviarse en este caso que para el legislador español la definición de información tiene carácter imperativo puesto que, como el resto de los contenidos del art. 2

¹⁷ La CES había solicitado la modificación de la Directiva CEE en este sentido: “También recomienda una actualización de la Directiva 94/45/CE sobre comités de empresa europeos para mantener su coherencia con las normas fijadas en la Directiva 2002/14/CE, más avanzada en determinados aspectos.” Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social de la Unión Europea y al Comité de las Regiones relativa al estudio sobre la aplicación de la Directiva 2002/14/CE en la UE, de 17 de marzo de 2008 (COM 2008 246 final) p. 9

¹⁸ Considerando 21 Directiva CEE.

¹⁹ Gómez Gordillo, R.: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea...”, op. cit., p. 44.

de la Directiva CEE, de no incluirse de forma literal en el conjunto de normas de transposición pondría en riesgo la viabilidad del conjunto del sistema de información y consulta transnacional²⁰. La inclusión de un listado de materias no previsto en la Directiva podría haber sido interpretado como una limitación del derecho a la negociación colectiva reconocido a la comisión negociadora.

Todo ello permite que tras la reforma la autonomía colectiva mantenga un amplio margen de libertad para concretar los procedimientos y el contenido de la información transnacional, aunque a partir de ahora los negociadores deberán ser también respetuosos con el concepto legal, pudiendo entenderse que en caso contrario los acuerdos no darían cumplimiento a las obligaciones impuestas por la Directiva CEE y, por tanto, podrían ser considerados contrarios a las normas comunitaria y nacional. En otras palabras, aunque ni la Directiva CEE ni la LIC establecen un procedimiento de información transnacional de aplicación imperativa, e incluso permite a la autonomía colectiva considerar innecesario su establecimiento en las empresas de dimensión comunitaria, no permite la adopción de nuevos acuerdos al margen del concepto previsto en el nuevo art. 3.1.7º LIC. No en vano, el nuevo apartado 1.bis del art. 1 LIC exige que los acuerdos definan la forma en que debe suministrarse para garantizar que los trabajadores reciben la información precisa para permitir la toma eficaz de decisiones en la empresa. Distinto es el razonamiento respecto de los acuerdos de anticipación, aunque como en esta materia la discusión afecta también al derecho de consulta y al resto de definiciones, postergamos esta discusión al apartado tercero.

Dicho lo anterior, procede recordar la tradicional doctrina que afirma que el derecho a la información de los trabajadores nos enfrenta a tres realidades: un derecho de crédito respecto del empresario y una libertad para los representantes que se muestra en un doble sentido, ascendente y descendente²¹. Desde una perspectiva subjetiva, corresponde al empresario la carga de informar a los representantes de los trabajadores; en el supuesto de empresas o grupos de dimensión comunitaria, el crédito de estos debe satisfacerlo la dirección central de la empresa, cuya determinación debe realizarse conforme establece el art. 3.1.6º LIC, uno de los pocos preceptos que ha permanecido inalterado. La dirección central de la empresa es el órgano empresarial competente, en atención a la especialidad del ámbito transnacional de la información, para

²⁰ Sobre la aplicabilidad de los concepto de información y consulta, vid. *European Commission: "Report Group of Experts Implementation of Recast Directive 2009/38/EC on European Works Councils"* diciembre, 2010, pp. 13 a 17. Para una reflexión sobre la adecuación de este tipo de mandatos incluidos en directivas, vid. Gómez Gordillo, R.: "El comité de empresa europeo...", pp. 106 ss. y 151 ss.

²¹ Monereo Pérez, J.L.: "Los derechos de información de los representantes de los trabajadores" Civitas, Madrid, 1992, p. 100.

suministrar a los representantes de los trabajadores la información sobre los aspectos incluidos en el acuerdo, y será también la dirección central la responsable en caso de incumplimiento²². Desde mi punto de vista, dicha instancia de dirección es también la idónea para asumir la carga de informar, pues ningún otro órgano de dirección se encuentra en mejores condiciones para transmitir los datos relativos al conjunto de la empresa o del grupo de dimensión comunitaria²³. Como excepción a las anteriores afirmaciones, el art. 10.1 LIC mantiene la posibilidad de constituir varios comités de empresa europeos a nivel de grupo, en supuestos de grupos múltiples; cuando así sea, la responsabilidad para suministrar la información requerida recae sobre cada una de las direcciones de los grupos de empresas que establezcan comité de empresa europeo propio. Por otra parte, entre las disposiciones subsidiarias para la constitución de un comité de empresa europeo, el art. 18.3 LIC prevé el derecho del comité a reunirse con la dirección central de la empresa o “con cualquier otro nivel de dirección de la empresa o del grupo más adecuado y con competencia para adoptar decisiones propias” en supuestos excepcionales, como cuando se produzcan traslados de empresas, cierres de centros de trabajo o empresas o despidos colectivos. Téngase en cuenta que en esta ocasión, el legislador se preocupa de especificar que el órgano de dirección debe ser competente para adoptar las decisiones objeto de consulta, nuevamente con el objetivo de asegurar el efecto útil del proceso de información y consulta.

La determinación de los representantes de los trabajadores, como acreedores de las obligaciones empresariales de información, tampoco ha sido objeto de modificación, salvo la recomendación relativa al equilibrio en la representación de actividades, categorías y sexos (art. 12.1 LIC), por lo que se mantienen las dudas expresadas en otros trabajos²⁴. Baste en este apartado recordar que las disposiciones subsidiarias prevén también la participación de los representantes de las empresas o centros de trabajo directamente afectados por las circunstancias o decisiones a tratar en las reuniones del comité restringido con la dirección central (art. 19.2 LIC).

Por lo que se refiere al contenido del derecho, aunque para su actualización es preciso que se materialice un proceso de negociación, si el objetivo final de la norma reformada es que los representantes de los trabajadores tengan un elevado y actualizado conocimiento de la situación de la empresa, los acuer-

²² Como excepción y sólo con respecto a la información precisa para iniciar la negociación, el art. 6.2 LIC considera responsable también a las direcciones locales, pero sobre esta materia volveremos más adelante.

²³ Sobre la materia, vid. Gómez Gordillo, R.: “El comité de empresa europeo...”, op. cit., pp. 193 a 200.

²⁴ En este sentido, vid. Gómez Gordillo, R.: “El comité de empresa europeo...”, op. cit., pp. 203 a 207 y 327 a 330.

dos deben asegurar que el empresario suministra a los representantes de los trabajadores un conjunto de datos mínimos que permitan a estos alcanzarlo, facilitándoles el tiempo necesario para estudiar la información y para ponerla en común y, en su caso, para realizar las preguntas que tengan a bien con el objetivo de aclarar las dudas que el análisis de la información recibida pudiera suscitar²⁵. Se trata de un concepto que limita el carácter instrumental de la información con relación a la posibilidad de abrir un proceso de consulta posterior²⁶, pues los representantes de los trabajadores tienen derecho a permanecer informados y a compartir la información sobre la marcha de la empresa independientemente de que se den o no los supuestos que habilitan para la apertura de un procedimiento de consulta, conforme deben establecer los acuerdos de aplicación. Por otra parte, los acuerdos deben garantizar también que los representantes de los trabajadores poseen los medios suficientes para cumplir con las obligaciones derivadas de su cargo, entre las que deben entenderse incluidas las relacionadas con el suministro de información a los trabajadores de la empresa (art. 29.1 LIC).

Adicionalmente, los acuerdos de aplicación deben asegurar la presencia de tres elementos, contenidos en la definición de información (art. 3.1.7º LIC): la información debe ser útil a los representantes de los trabajadores y, por ello, debe ser suministrada a tiempo, y su forma y contenido deben satisfacer las necesidades de información de sus destinatarios. Es claro que la acumulación de conceptos jurídicos indeterminados en esta materia dificulta la aplicación de la norma, dejando en manos del buen juicio del intérprete la diferenciación, caso por caso, del alcance del mandato normativo. Tratándose de una obligación de resultado, a los acuerdos cabría exigirles únicamente que establecieran las condiciones objetivas para que el fin exigido por la norma no quedase *a priori* descartado; esto es, no sería fiel a las previsiones de la norma un acuerdo que previese condiciones que a juicio del intérprete no satisficieran mínimamente las necesidades de información de los representantes de los trabajadores. En sentido positivo, la norma exige a los acuerdos de aplicación que garanticen, a través de una ajustada concreción de estos tres elementos, que los representantes de los trabajadores tienen la posibilidad de realizar una evaluación pormenorizada del posible impacto que la situación empresarial que dibujan los datos suministrados puede producir sobre la marcha de la empresa y, particularmente, sobre la evolución de las relaciones laborales en

²⁵ Nótese que el nuevo art. 6.3 LIC exige que incluso en el caso en que el acuerdo decida establecer un procedimiento de información y consulta, debe permitir a los representantes reunirse para cambiar impresiones sobre la información recibida; cabe pensar que este derecho es también reconocido a los miembros del comité de empresa europeo, aunque nada diga la norma.

²⁶ Gómez Gordillo, R.: “La implicación de los trabajadores...”, op. cit. p. 47; Gómez Gordillo, R.: “El comité...”, op. cit., p. 80.

dicho ámbito. Veamos pues qué incidencia pueden tener estos tres elementos en el plano aplicativo.

El respeto a la norma exige que los acuerdos de aplicación garanticen que la información se produce con la suficiente antelación; es éste un elemento central que debe conectarse con el objetivo final de la norma: la anticipación de las estrategias empresariales a los cambios que se producen en el sistema económico y productivo. La norma pretende que la intervención de los representantes de los trabajadores se produzca cuando las decisiones organizativas no han sido tomadas por la dirección de la empresa y las existen opciones reales de influir en la estrategia diseñada por ésta. No cabe duda que la información a la representación de los trabajadores debe llegar después de que ésta haya sido suficientemente contrastada por los órganos de dirección de la empresa, pero realizadas las comprobaciones precisas, existen escasos argumentos para retrasar la entrega y ninguno para que, como sucede en numerosas ocasiones, los representantes de los trabajadores conozcan dicha información a través de los medios de comunicación. Es cierto que para ello sería preciso generar un clima de confianza adecuado entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores, pues la filtración de determinados datos puede tener una influencia negativa sobre la evolución de los acontecimientos; asegurado esto, no cabe justificar demoras en el proceso de información, pues las garantías precisas de confidencialidad deben exigirse a través de protocolos de actuación que garanticen el cumplimiento de los deberes de sigilo de los representantes de los trabajadores. Con todo, en mi opinión, el momento adecuado debe ser el momento posible, es decir, el momento en que los órganos directivos de la empresa disponen de la información correspondiente. Desde otro punto de vista, los acuerdos de aplicación podrían resolver la materia estableciendo entregas periódicas de determinados informes, de forma que los datos fueran suministrados trimestral, semestral o anualmente, como por otra parte resulta práctica habitual por aplicación de lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 4 del art. 64 ET a nivel local en nuestras empresas. Si la aplicación de estos preceptos no ha causado problemas relevantes en las empresas y centros de trabajo en nuestro país, no cabe pensar que pueda provocarlos si el ámbito de la información se eleva al conjunto de la empresa o del grupo a nivel comunitario. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la elaboración de este tipo de informes es práctica habitual en la mayoría de las empresas y grupos, que realizan actualizaciones de resultados y previsiones con similar frecuencia. De esta manera, la representación de los trabajadores se encontraría en la mejor de las situaciones para desarrollar el papel que la norma le encomienda, tras adquirir un conocimiento siempre actualizado de la situación real de la empresa.

Como es conocido, la mayoría de los acuerdos de aplicación en sintonía con el modelo subsidiario de comité de empresa europeo previsto en el Anexo

de la Directiva (punto 1.2), prevén la realización de una solitaria reunión anual, mecanismo que se aleja notablemente de la tesis aquí mantenida. La cuestión central es si con la información recibida anualmente los representantes de los trabajadores pueden cumplir con el papel que les asigna la norma o, por el contrario, el cumplimiento de esta norma es meramente formal. Parece que existen datos suficientes para responder negativamente a esta cuestión. La crisis que atravesamos permite comprobar sin mayores esfuerzos de investigación que los datos sobre la evolución de la economía precisan de una actualización constante y, por tanto, es atinado colegir que los datos anuales sobre la marcha de la empresa y su evolución mantienen a los representantes de los trabajadores en un estado de ignorancia relativa que, en la práctica, les incapacita para participar en la adopción de las decisiones empresariales de anticipación a los cambios y, por consiguiente, los acuerdos de aplicación basados en el modelo subsidiario difícilmente resultan útiles para la consecución de los objetivos establecidos en la norma.

La forma y el contenido de la información condicionan de manera no menos notable la utilidad del entramado normativo y convencional previsto en la norma. Los aspectos relacionados con las materias objeto de información o la estructura de ésta, el idioma o el soporte en los que se suministra deben servir igualmente al cumplimiento de los fines de la norma; por ello, todo acuerdo que reconozca a los representantes de los trabajadores derechos de información que, por carencias en sus contenidos o por inadecuación de la forma en que hayan sido entregados, permitan prever que los representantes permanecerán al margen de la situación real de la empresa constituyen violaciones de las previsiones legales, en la medida en que obstaculizan la eficaz toma de decisiones en la empresa. El intérprete nuevamente debe detenerse a considerar, caso por caso, cuándo la forma y el contenido de la información previstos en los acuerdos son adecuados a los objetivos marcados por el legislador, en qué casos la información que la dirección de la empresa se obliga a suministrar permite a los representantes de los trabajadores adquirir el conocimiento preciso para proceder a la evaluación de los efectos que las tendencias que señalan los datos obtenidos pueden provocar sobre las relaciones laborales en el seno de la empresa o del grupo de empresa. En segundo lugar, cuando la información recibida imponga la apertura de un procedimiento de consultas, esta información debe servir de base documental para la representación de los trabajadores y, por ello, deberá contener los elementos que permitan a sus miembros participar en dicho proceso con las suficientes garantías de éxito.

En este sentido, los acuerdos de aplicación deben incluir la posibilidad de que los representantes de los trabajadores soliciten aclaraciones o ampliaciones de la información recibida, pues en caso contrario se estaría limitando de forma grave el ejercicio de la libertad de información en sentido ascendente. Por

otra parte, la posibilidad de que los representantes de los trabajadores puedan adquirir un nivel de información adecuado debe ponerse en relación con los aspectos relacionados con la formación (art. 28.4 LIC), particularmente en materia económica y eventualmente en el conocimiento de la lengua, aspectos sobre los que volveremos con posterioridad.

Aunque como se ha dicho más arriba, la determinación de los temas sobre los que la empresa debe informar y, en su caso, consultar forma parte de las materias que deben ser negociadas (art. 12.1.d LIC), el legislador nos ha facilitado un listado de materias sobre las que el comité de empresa europeo debe ser informado cuando, concurriendo alguno de los supuestos previstos en el art. 15 LIC, deban aplicarse las normas subsidiarias que, como en otros aspectos, puede ser considerado como modelo estándar.

El art. 18 LIC obliga a la dirección central de la empresa a adjuntar a la convocatoria de la reunión anual un informe sobre la evolución y perspectivas de la empresa, y refiere que en la reunión deben analizarse cuestiones relacionadas con la estructura, la situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas de la empresa, aunque se hace especial referencia a los temas directamente relacionados con el empleo, las inversiones, los cambios de la organización, los nuevos métodos de trabajo o de producción, traslados de producción, fusiones, reducción de empleo y despidos colectivos. Desde mi punto de vista, las grandes materias incluidas en el listado deben funcionar como referencia mínima, aunque no desconozco que se trata de una normativa de carácter subsidiario. La cuestión se reduce a considerar si es posible afirmar que los representantes de los trabajadores conocen la situación de la empresa con menos información que la enumerada en las normas subsidiarias. La información a la que hace referencia el precepto comentado tiene un carácter básico, de forma que si los miembros del comité de empresa europeo no tuvieren acceso al menos a dichos datos, difícilmente podrían hacerse una idea de la situación real de la empresa.

2.2. Otras obligaciones de información

Aunque el objetivo de la regulación sobre los comités de empresa europeos es mejorar la participación de los trabajadores en el proceso de toma de decisiones en la empresa, dotando a sus representantes de la información necesaria para participar en los procesos de consulta sobre la oportunidad y el contenido de estas decisiones y, por tanto, los derechos de información que regula la norma tienen que ver con la situación y perspectivas de la empresa y tienen como destinatario a los representantes de los trabajadores, la complejidad del sistema comunitario de información y consulta implica el reconocimiento de específicos derechos de información con distintos contenidos o destinatarios.

2.2.1. Información precisa para el inicio de las negociaciones

La apuesta del legislador comunitario por la vía convencional para establecer los derechos transnacionales de información y consulta determina que las principales obligaciones impuestas a las empresas y grupos estén relacionadas con el deber de negociar de buena fe²⁷. Entre otras obligaciones, la dirección central debe facilitar los medios necesarios para la celebración del proceso de negociación (art. 6.1 LIC) y, con carácter previo, suministrar a los interesados la información precisa para el inicio de las negociaciones (art. 6.2 LIC). Se trata de una obligación ya establecida en la versión original, cuyo incumplimiento es tipificado como infracción grave (art. 9.1 LISOS). A pesar de ello, el hecho de que la mayoría de los litigios en torno a la aplicación de la Directiva CEE hayan tenido como objeto la delimitación o el incumplimiento de estas obligaciones ha impulsado la reforma de este aspecto (art. 4.4 Directiva CEE)²⁸.

En concreto, la reforma se limita a recordar que la responsabilidad de facilitar los datos relativos a la estructura de la empresa o del grupo y su plantilla corresponde de forma mancomunada a “la dirección de toda empresa incluida en el grupo de empresas”. La modificación tiene por objeto evitar que las distintas direcciones locales, nacionales o comunitarias aleguen desconocimiento o falta de información y, con ello, eludan la obligación de informar e impidan u obstaculicen el inicio de las negociaciones. Por ello, quizás la redacción del precepto hubiera podido mejorarse adjudicando la obligación, sin más, a cualquier dirección de un centro de trabajo, empresa o grupo que fuera requerida a tal efecto por los representantes de los trabajadores. A pesar de ello, entiendo que la finalidad del precepto queda suficientemente clara y, por tanto, en principio solicitada dicha información, las direcciones locales deben hacer todo lo posible por facilitar los datos requeridos. Pudiera suceder que la empresa o el grupo no cumplieran con los requisitos exigidos por la norma y, por tanto, quedasen al margen de su aplicación. En tal caso, surge la duda sobre si una empresa o grupo no vinculada por la LIC por ausencia de condiciones materiales debe informar de esta realidad a los trabajadores o sus representantes, quienes aguardan estos datos para proceder al inicio del proceso de negociación. La vinculación de nuestra tradición laboral a la empresa o al centro de trabajo dificulta extender el mandato del art. 64 ET a estructuras más complejas como la que representa el grupo de empresas, con lo que en principio no es posible plantear una respuesta general. Por otra parte, téngase en cuenta que los trabajadores en España y sus representantes pueden solicitar dicha infor-

²⁷ Sobre estas obligaciones, Gómez Gordillo, R.: “El comité de empresa europeo”, op. cit., pp. 213 a 231.

²⁸ C-62/99 Bofrost, C-440/00 Küne & Nagel y C-349/01 ADS Anker GMBH. Sobre esta cuestión, vid. *European Commission: “Report Group of Experts Implementation of Recast ...”* diciembre, 2010, pp. 25 a 27.

mación a empresas o grupos con dirección central en otros Estados miembros y, por tanto, tendría que estudiarse caso por caso la legislación aplicable. Todo ello, complica de manera importante la labor del intérprete. En principio, los trabajadores o sus representantes pueden dirigirse a la dirección local o a la dirección central, que en caso de cumplir las condiciones materiales de aplicación de la normativa quedan obligados a responder. En caso contrario, será la legislación nacional, a partir de las previsiones contenidas en la Directiva marco sobre información y consulta, la que determinará las obligaciones de la empresa o el grupo.

Por otra parte, los legitimados para solicitar y recibir la información son, en aplicación del nuevo art. 6.2 LIC, “las partes interesadas”, colectivo que debe ser identificado a partir del estudio de la función que cumple el precepto. Si bien es cierto que el interés por la celebración del procedimiento de información y consulta puede extenderse a un número casi ilimitado de sujetos e instituciones (trabajadores, empresarios, agentes sociales estatales y comunitarios e instituciones gubernamentales estatales y comunitarias), la interpretación sistemática de la norma nos permite limitar dicho interés a los sujetos legitimados para iniciar el procedimiento de negociación, conforme establece el art. 7.1 LIC. Es cierto que la dirección central de la empresa queda igualmente legitimada para instar la iniciación de las negociaciones (art. 7.3 LIC), pero es obvio que en este caso no es precisa solicitud de información alguna. Si esto es así, las partes interesadas han de ser cien trabajadores, o sus representantes, que pertenezcan, por lo menos, a dos centros de trabajo o empresas de la empresa o el grupo situados en Estados miembros diferentes²⁹.

Por último, la instrumentalidad de la información requerida en este caso respecto de la determinación de si una empresa o un grupo tiene o no dimensión comunitaria, limita el contenido de la obligación empresarial que, como dice la propia, norma debe referirse a la estructura de la empresa o del grupo y su plantilla. En este aspecto, la redacción del apartado 2 del art. 6 LIC es algo rebuscada, siguiendo al pie de la letra la poca afortunada traducción de la norma comunitaria (art. 4.4 Directiva CEE). La “información indispensable para la apertura de las negociaciones” es sin duda la relativa al cumplimiento de los requisitos de aplicación de la norma, esto es la identificación de los centros de trabajo y empresas que forman la empresa o el grupo y el volumen de empleo en territorio comunitario. Dicho lo anterior, surgen algunas dudas sobre el contenido concreto de esta información, pues cabría plantearse si el inicio de las negociaciones requiere conocer aspectos tales como los datos relativos a la dirección de cada uno de estos centros de trabajo o empresas, si el número de trabajadores debe facilitarse por centros de trabajo, si debe hacerse referencia a la tipología contractual

²⁹ Sobre las dificultades interpretativas de estas previsiones, vid. Gómez Gordillo, R.: “El comité de empresa europeo”, op. cit., pp. 231 a 240

o si, para facilitar la comunicación entre las representaciones de los trabajadores, debe facilitarse también información relativa a éstas.

2.2.2. Información a los agentes sociales europeos

La sindicalización del proceso de negociación previsto en la Directiva CEE ha sido un debate bastante silenciado durante el proceso de adopción de la norma originaria y, sin lugar a dudas, de su reforma. La legitimación para el inicio de las negociaciones reconocida a la dirección de la empresa, sin mayores formalidades, o un colectivo de trabajadores sin vinculación sindical y a sus representantes constituye una vía abierta para la celebración de acuerdos sin el conveniente aval sindical. Todo ello ha contribuido a la existencia de acuerdos de escasa utilidad real, cuya vigencia legitima formalmente a las empresas y grupos para permanecer al margen de las obligaciones de información y consulta previstas en la norma. Las organizaciones sindicales europeas intentaron limitar los efectos de su exclusión formal ocupando la posición reservada a los expertos (antiguo art. 5.4 Directiva CEE), aunque la puesta en práctica de dicha posibilidad parece haber sufrido severas limitaciones por parte empresarial, lo que habría determinado la modificación del precepto. En concreto, la nueva redacción pretende aclarar algunos aspectos relacionados con la legitimación para solicitar la presencia de expertos, la posibilidad de que estas personas puedan ser a su vez representantes sindicales europeos y la posibilidad de que en su labor de asesoramiento acompañen a los miembros de la comisión negociadora en las reuniones con la dirección central. Como puede comprobarse, las modificaciones introducidas en el art. 5.4 Directiva CEE, no parecen tener un carácter sustancial, en la medida en que estas matizaciones podrían perfectamente desprenderse del precepto modificado. Si en su redacción original, la norma permitía a la comisión negociadora ser “asistida por expertos de su elección”, cabe interpretar que correspondía a los representantes de los trabajadores la facultad de determinar si precisaban o no de esta asistencia, que podían elegir como asesores a cualesquiera personas independientemente de su vinculación sindical, y que podrían hacerse acompañar de estos asesores en las reuniones con la dirección central. El interés por modificar la norma en este sentido se debe sin duda a las experiencias negativas previas, reflejo de la intención empresarial de alejar a las representaciones sindicales europeas del proceso de negociación. A partir de la reforma, si los miembros de la comisión negociadora lo estiman conveniente, los representantes sindicales podrán asistir a las reuniones, “con carácter consultivo” (art. 11.3 LIC)³⁰; otra cosa

³⁰ Quizás hubiera sido más conveniente hacer uso de una fórmula más habitual en nuestro derecho, como la típica “con voz pero sin voto”, que define con mayor claridad la función de estos asesores. No siendo así, cabe plantearse si los asesores pueden o no tomar la palabra en las reuniones.

será la determinación de la responsabilidad en el pago de los costes que dicho asesoramiento pudiera generar, pues continua envuelto en la duda si los gastos causados por los expertos quedan cubiertos por la obligación general de “establecer las condiciones y medios necesarios” (art. 6.1 LIC) que con respecto a la constitución del comité de empresa europeo incumbe a la dirección central.

Junto a esta modificación, se introduce una nueva obligación de información cuyos destinatarios son las “organizaciones europeas de trabajadores y empresarios competentes”, quienes deberán conocer del comienzo de las negociaciones y de la composición de la comisión negociadora (art. 9.4 LIC). Nuevamente, el establecimiento de este deber de negociación permite la implicación de las organizaciones empresariales y sindicales europeas en el proceso de negociación, cuyo desarrollo y conclusión podrán monitorizar y, en su caso, apoyar. Con ello, se exige un nivel de publicidad superior al existente hasta la fecha, lo que dificulta la celebración de acuerdos discretos, gestados en el interior de la empresa y del grupo, que normalmente tienen como objetivo eludir o limitar la aplicación de las normas. Ciertamente que en nuestro país, la exigencia de publicación oficial permitía el conocimiento general del contenido de estos acuerdos, no es ésta ni mucho menos la realidad en otros Estados miembros. Cabe esperar que a partir de ahora sea más fácil conocer el grado de cumplimiento material de la Directiva CEE. Para ello es preciso que la comunicación se realice, tal como establece la norma, una vez constituida la comisión negociadora y antes del inicio de las negociaciones (art. 9.4 LIC).

La obligación de informar corresponde, entiendo de manera mancomunada, a la dirección central y a la comisión negociadora. Quizás hubiera sido más seguro, desde el punto de vista jurídico, asignar dicha responsabilidad de forma solidaria, de forma que el incumplimiento de una de las partes no impidiese a la otra realizar la comunicación exigida. Se ha llegado a plantear la posibilidad de que la dirección de la empresa informase a las organizaciones empresariales y la representación de los trabajadores a los sindicatos, pero esta posibilidad no parece que sea fiel al dictado de la norma³¹. Más problemas puede plantear la determinación de las organizaciones que deben recibir esta comunicación o, dicho de otra manera, quiénes son las organizaciones competentes en cada caso. En este caso, parece que existe un consenso suficiente en que se trataría de las organizaciones que participan en el proceso de diálogo social por aplicación de lo previsto en el art. 154 del Tratado, que incluye a 66 organizaciones empresariales y 20 sindicales³². La intención de huir de todo procedimiento burocrático ha llevado a algunos a plantear que el cumplimiento

³¹ Por su parte, el Grupo de expertos defiende que debe ser la dirección central la que asuma esa obligación, vid. *European Commission: “Report Group of Experts Implementation ...”* p. 30

³² Ésta es al menos la opinión del Grupo de Expertos *European Commission: “Report Group of Experts Implementation ...”* p. 30

de la obligación puede realizarse incluso vía correo electrónico, lo que desde el punto de vista jurídico resulta escasamente riguroso. En este sentido, entiendo que un mínimo de formalidad permitiría la comunicación mediante medios electrónicos, eso sí, exigiendo la correspondiente firma digital.

2.2.3. Información a los trabajadores y deber de confidencialidad

Junto al derecho a ser informado, en las condiciones previstas en la Directiva CEE y en los acuerdos de aplicación, los representantes comunitarios de los trabajadores asumen la obligación de informar a sus representados en nuestro país a través de los representantes de las empresas o centros de trabajo ubicados en España o incluso directamente en ausencia de éstos (nuevo art. 29.2 LIC). La introducción de esta obligación pretende poner coto a cualquier tipo de práctica corporativa, de ocultación de información relevante, particularmente las que pueden tener por objeto limitar los derechos de información de los trabajadores de los centros de trabajo o empresas filiales³³.

Tanto el derecho a la información como el deber a la información de los representantes transnacionales de los trabajadores quedan limitados, *ratione materiae*, por el derecho a guardar secreto, sobre cuestiones que pudieran obstaculizar gravemente el funcionamiento o causar perjuicios a las empresas, y por el deber de confidencialidad previstos en el art. 22 LIC. No habiendo sido modificado su contenido, nos remitimos a lo dicho en anteriores trabajos³⁴. Reitérese aquí la crítica al legislador español por no haber hecho uso de la facultad que le permitía someter a autorización administrativa o judicial el ejercicio del derecho al secreto (art. 8.2 Directiva CEE). Por el contrario, el legislador español ha decidido mantener inmodificada la regulación precedente que se concreta en una dispensa al empresario de informar sobre secretos industriales, financieros o comerciales (art. 22.1 LIC), y en considerar infracción grave el abuso de esta facultad (art. 9.2.c LISOS), mientras el art. 38.5 LIC obliga a tramitar mediante el proceso de conflictos colectivos los litigios sobre la materia.

Lo que no ha sido objeto de tratamiento por el legislador español es la consideración de la posibilidad de que los representantes comunitarios de los trabajadores incumplan con su deber de informar a los niveles nacionales de

³³ “Paralelamente a las distintas etapas de desarrollo, los comités de empresa europeos se distribuyen a menudo según el tipo de funcionamiento (Lecher): algunos resultan ser una extensión de estructuras nacionales de representación del país que tiene la sede central, con lo que suponen una fuente de información adicional de uso nacional; otros están bajo la guía de los representantes del país dominante, por lo que el aspecto transnacional es perceptible, pero está poco desarrollado; otros han desarrollado una auténtica identidad colectiva supranacional, con igualdad entre sus miembros y adopción de posiciones comunes” apartado 2.3.6. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación concreta...

³⁴ Sobre la materia, vid. Gómez Gordillo, R: “El comité de empresa europeo...” op. cit., pp. 320 a 324.

representación. Téngase en cuenta que la LISOS considera responsables de las infracciones en materia de información y consulta a los titulares de los centros de trabajo y empresas situados en territorio español, pero no hace referencia alguna a los miembros de los comités de empresa europeos de las empresas o grupos con dirección central en España. En caso de que se considere a un comité de empresa europeo responsable por el incumplimiento de sus nuevas obligaciones de información, cabría plantearse la competencia de las autoridades laborales españolas para sancionar a sus miembros, teniendo en cuenta que a dicho órgano pertenecen representantes vinculados por relaciones de trabajo regidas por ordenamientos jurídicos diversos. Por otra parte, en estos supuestos los trabajadores o los representantes de los trabajadores en un determinado Estado miembro deberán acceder a las instancias administrativas o judiciales de otro. Razones de coste y oportunidad obran en contra de la materialización de esta posibilidad, por más que el art. 11 Directiva CEE resuelva el problema con el trámite general de encomendar a los Estados miembros velar por la observancia de la obligaciones previstas en la norma, mandato que debiera ser cumplido tanto si los sujetos responsables del cumplimiento pertenecen a la representación laboral como cuando quien debe cumplir con la obligación es la dirección de la empresa o del grupo.

2.3. La reforma del concepto de consulta

La Directiva CEE ofrecía un concepto de consulta similar al aun vigente contenido en el art. 2.g) de la Directiva Marco. El legislador prefiguraba un modelo de consulta abierto a las tradiciones del conjunto de los Estados miembros que debía concretarse mediante la negociación empresa por empresa, eludiendo definir el alcance y contenidos del derecho de consulta. La amplitud con la que la Directiva CEE delimitaba el concepto de consulta permitía a los acuerdos de aplicación adoptar mecanismos de muy desigual intensidad. El interés por desarrollar culturas participativas en la empresa transnacional y la adopción de la Directiva SE, en la que se incluye un concepto de consulta más cerrado, han contribuido decisivamente a superar los obstáculos que impedían la modificación del concepto en la Directiva CEE³⁵.

La modificación no altera la estructura del derecho de los representantes de los trabajadores a la consulta, que muestra elementos comunes con los distintos mecanismos y expresiones de negociación colectiva: empresario y representación social plantean propuestas diversas en busca de una posición común que permita alcanzar un acuerdo sobre materias laborales. Sin embargo, lo que caracteriza al procedimiento de consulta es el mantenimiento de las prerrogativas empresariales sobre la decisión final, por ello el reconocimiento

³⁵ Considerando 21 de la Directiva CEE.

del derecho a la consulta se realiza, “sin perjuicio de las responsabilidades de la dirección” (art. 3.1.7º bis LIC). Frente a la bilateralidad de la negociación colectiva, la consulta es un proceso que mantiene intacto el poder de dirección del empresario, quien desde un punto de vista formal adoptará unilateralmente las decisiones que estime más oportunas para el éxito de su actividad económica; por ello, el dictamen elaborado por la representación de los trabajadores no tiene carácter vinculante y una hipotética posición negativa incluida en éste no produce efectos suspensivos de la decisión empresarial, pues dicha representación no posee derecho de veto sobre las decisiones empresariales.

Tampoco la reforma afecta a los sujetos que han de participar en el proceso de consultas. La consulta debe producirse entre los miembros del comité de empresa europeo y la dirección central de la empresa, conforme al carácter transnacional de las materias objeto de discusión. Pero el art. 1.g) Directiva CEE también prevé que la consulta se produzca con “cualquier otro nivel de dirección más apropiado”, excepción que debe conectarse con el objetivo de la consulta, que la opinión de la representación de la empresa pueda ser tenida en cuenta por quien tiene la responsabilidad y la competencia para decidir. El respeto al mandato normativo exige que la consulta se produzca al mismo nivel en que se toman las decisiones pues únicamente en este caso es posible entablar un diálogo constructivo que permita adoptar posiciones comunes; en caso contrario, si la representación de la dirección que participa en el proceso de consulta no tiene competencias para adoptar las decisiones que se someten a discusión, dicho proceso carece de efecto útil y contradice el objetivo central de la Directiva CEE (arts. 1.1 bis y 2.3 LIC). Por último, y puesto que las disposiciones subsidiarias así lo prevén (art. 19.2 LIC), cuando la empresa se encuentre ante las decisiones que puedan afectar considerablemente los intereses de los trabajadores, la información y la consulta puede llevarse a cabo con una representación menos numerosa: el comité restringido ampliado, compuesto por los miembros del comité restringido y los miembros del comité de empresa europeo de las empresas o centros de trabajo afectados. Nada dice en cambio la norma sobre la posibilidad o la obligación de consultar a los trabajadores sobre el contenido de las medidas propuestas.

Con respecto a los aspectos objetivos, la nueva definición (art. 3.1.7 bis), resulta muy similar a la contenida en los apartados 1 y 6 del art. 64 ET, opción que considero una avance en el sentido correcto en el proceso de unificación del concepto comunitario de consulta, aunque quizás hubiese sido técnicamente más adecuado establecer una definición única. En primer lugar, se introducen los elementos temporales, morfológicos y teleológicos a los que ya hicimos referencia al estudiar el concepto de información, motivo por el cual considero innecesario reiterar los argumentos allí vertidos. Ahora bien, aunque los elementos son similares el objetivo perseguido lógicamente difiere: si en

el caso de la información se pretende asegurar que la representación transnacional de los trabajadores toma conciencia de la situación de la empresa y su posible evolución, en el caso de la consulta se pretende que los representantes de los trabajadores transmitan a la dirección central su opinión sobre las medidas propuestas y que esta opinión pueda ser tenida en cuenta en la decisión final, de manera que las medidas adoptadas gocen de un determinado nivel de consenso. En otras palabras, el proceso de consulta debe realizarse en un momento hábil para que la dirección de la empresa pueda alterar, o al menos matizar, su posición inicial, a partir de los argumentos ofrecidos por la representación transnacional de los trabajadores, lo que significa que dicho proceso debe abrirse con la antelación suficiente para que los representantes estudien la información recibida y adopten una posición de partida que, tras el oportuno proceso de discusión con la dirección de la empresa, permita elaborar una posición común al respecto de las decisiones a adoptar.

En consonancia con lo anterior, la consulta debe tener contenido real, es decir, ambas partes deben actuar con la diligencia precisa, en palabras del legislador “colaborarán entres sí de buena fe”, respetando sus respectivas obligaciones (art. 1.2 LIC). Las partes pueden exigirse la realización diligente de todas y cada una de las tareas que deben conducir a la consecución del objetivo marcado por la norma, “que se garantice su efectividad y se permita una toma de decisiones eficaz de la empresa” (art. 1.1 bis LIC).

Alguna pista nos ofrece el legislador con relación al desarrollo del proceso de consulta que, según puede deducirse de la definición normativa, debe constar al menos de tres fases. En primer lugar, la dirección central de la empresa o, en su caso, la dirección competente para adoptar la decisión que se somete a consulta, debe suministrar a la representación de los trabajadores, comité de empresa europeo o comité restringido ampliado, la información relativa a las medidas que desea poner en marcha. Ha de suponerse que dicha información debe incluir tanto las motivaciones que justifican la propuesta empresarial, como el detalle de las medidas de ejecución de la propuesta. Por tanto, la representación de los trabajadores debe conocer las razones de orden organizativo, técnico, productivo o, en su caso, económicas que aconsejan adoptar las medidas propuestas. Junto a ello, el comité de empresa europeo debe ser informado sobre el tipo de medidas a adoptar, los efectos que pueden producir sobre las relaciones laborales y las personas que trabajan en la empresa. Una vez recibida la información anterior, los representantes de los trabajadores deben elaborar una posición común o dictamen sobre la propuesta presentada, que puede incluir modificaciones, propuestas alternativas o incluso aclaraciones sobre la información recibida. Por último, la dirección central tomará una decisión unilateral sobre el contenido de su propuesta, integrando en la medida de lo posible las consideraciones realizadas por la representación de los tra-

bajadores, sin perjuicio de las prerrogativas empresariales. Téngase en cuenta además que la Dirección central de la empresa debe responder motivadamente al dictamen elaborado por el comité de empresa europeo (art. 18.2 *in fine* LIC). Aunque se trata de un precepto de aplicación subsidiaria, no cabe descartar que todo proceso de consulta deba incluir también esta posibilidad, pues es claro que la negativa empresarial a aceptar todas o alguna de las consideraciones realizadas por el comité, de no ser motivada, cierra en falso el proceso de consultas y limita la eficacia de éste.

Pero si el objetivo de la norma es favorecer la competitividad de las empresas europeas mediante la anticipación al cambio, el proceso de consulta no debe suponer una demora innecesaria en la adopción de decisiones, por ello a todos conviene que sea completado “en un plazo razonable” (art. 3.1.7 bis). La LIC no establece plazos concretos para la realización del procedimiento de consulta, dejando también esta materia a la discrecionalidad de los acuerdos de aplicación, aunque las disposiciones subsidiarias conceden un plazo máximo de 7 días a la representación de los trabajadores para emitir un dictamen (art. 18.3 LIC). Es evidente, sin embargo, que estos acuerdos deben garantizar que la consulta se desarrolle durante el tiempo mínimo requerido en atención a la eficacia del proceso, garantizando tanto los derechos de participación de los trabajadores, como la adopción de las decisiones empresariales que correspondan en el momento más oportuno; para ello, ambas representaciones deben participar en el proceso “con espíritu de cooperación”, referencia que, como se ha dicho más arriba, rechaza todo tipo de comportamientos obstruccionistas contrarios al principio de buena fe. Los acuerdos de aplicación también deben reflejar este espíritu, absteniéndose de introducir prácticas dilatorias contrarias a la eficacia del proceso exigida en la norma.

Dicho lo anterior, cabe nuevamente preguntarse sobre la validez de acuerdos que no garanticen que el proceso de consulta se desarrolle de manera adecuada. La respuesta ha de ser negativa, la LIC debe ser cumplida materialmente, los acuerdos de aplicación deben servir como soporte para que los representantes de los trabajadores sean eficazmente consultados sobre decisiones que pueden afectar sus intereses de manera notable; aquellos acuerdos que establezcan procedimientos de consulta que no garanticen esta posibilidad, ya sea por eludir alguna de las fases del proceso, por obstaculizar el desarrollo adecuado de las tareas previstas en cada caso, por establecer plazos demasiado cortos o dilatorios o por razones de similar naturaleza, no satisfacen los mínimos establecidos por la norma comunitaria, impidiendo de hecho la consecución de los objetivos planteados en la misma.

2.4. La transnacionalidad de las materias

Entre las novedades más acusadas que presenta el nuevo texto, el art. 2.3. LIC limita las competencias del comité de empresa europeo, conforme a su naturaleza de órgano de dimensión comunitaria, a cuestiones de carácter transnacional, definiendo como tales “las cuestiones que afectan al conjunto de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria o al menos a dos empresas o establecimientos de la empresa o del grupo situados en dos Estados miembros diferentes” (art. 3.1.10 LIC). Aunque la inclusión de la delimitación del término en el art. 1.4 Directiva CEE es novedosa, la referencia al carácter transnacional de la información ya aparecía, y ha permanecido inmodificado tras la reforma, en el art. 6.3 in fine, donde el legislador advertía que en los casos en que las partes decidieran constituir un procedimiento de información y consulta, la información debía tener carácter transnacional y afectar considerablemente los intereses de los trabajadores³⁶; adicionalmente, las disposiciones subsidiarias (punto 1.a Anexo Directiva CEE) contenían similar definición, con lo cual la novedad se reduce a incluir como disposición obligatoria lo que hasta la fecha constituía una disposición aplicable a falta de acuerdo.

La definición de transnacionalidad debe conectarse con otra novedad, la inclusión entre el contenido necesario de los acuerdos de aplicación de mecanismos de articulación entre los órganos nacionales de representación y el comité de empresa europeo (art. 12.1.d LIC) y con las previsiones sobre articulación normativa del art. 31 LIC. Con todo ello, el legislador pretende garantizar que la información y la consulta se producen en el nivel pertinente y evitar que se produzcan duplicidades con los procesos iniciados a nivel nacional. Para ello se exige a los negociadores que articulen los mecanismos de información y consulta en los ámbitos nacional y comunitario, dando un amplio margen de libertad a las partes para determinar qué, cómo y cuándo corresponde a cada uno de los ámbitos de información y consulta implicados. A pesar de lo dicho, la norma establece también una serie de criterios que cumplen una función orientadora, y una disposición de aplicación subsidiaria que tiene por objeto resolver los problemas que pudieran derivarse de la falta de diligencia de los negociadores en el cumplimiento de esta obligación (art. 31.3 LIC).

A pesar de los esfuerzos realizados por los legisladores, los acuerdos sobre articulación corren el riesgo de quedar inéditos. En principio, el planteamiento normativo parece de una lógica intachable: las cuestiones locales deben tratarse en el ámbito local, mediante los mecanismos de información y consulta establecidos a partir de lo previsto en la Directiva Marco, en la Directiva sobre despidos colectivos o en la Directiva sobre transmisión de empresas (art. 12.4

³⁶ Sobre esta referencia, vid. Gómez Gordillo, R.: “El comité de empresa europeo”, op. cit. pp. 309 y 310.

Directiva CEE)³⁷; por su parte, las materias transnacionales deben tratarse en el ámbito comunitario, mediante los procedimientos acordados en virtud de la Directiva CEE (art. 6.1). De esta forma, cada ámbito de decisión, conforme a sus competencias, desarrolla la función encomendada, dando protagonismo tanto a los sistemas nacionales de información y consulta como a los sistemas transnacionales. Desde un punto de vista aplicativo, la cuestión reviste mayor dificultad, la operación de descifrar cuándo una determinada materia tiene carácter nacional o transnacional no resulta sencilla. La cuestión ha sido objeto de litigio, particularmente ante decisiones que, afectando formalmente sólo a las empresas o centros de trabajo ubicados en un Estado miembro, por su gravedad o carácter estratégico tienen repercusiones materiales en el conjunto de la empresa o grupo³⁸. La Directiva SE, en su ámbito, resolvió la cuestión atendiendo a la naturaleza transnacional o nacional del órgano que asume las competencias para adoptar la decisión objeto de consulta (art. 2.i). Si tenemos en cuenta que en el caso de las empresas y grupos de dimensión comunitaria las cuestiones competenciales son menos evidentes y, en cualquier caso, si se presume que en los ámbitos empresariales una cosa es qué órgano tiene la competencia formal para adoptar la decisión y otra cosa es qué órgano la adopta materialmente, quizás resulte preferible la definición contenida en la Directiva CEE.

Más allá de la dificultad que entraña la determinación de la extensión de los efectos de una decisión (efectos sobre el volumen de empleo, las condiciones de trabajo; efectos presentes, futuros), la interpretación del precepto provoca algunas dudas. Como se ha dicho, son competencia del comité las cuestiones que afecten al conjunto de la empresa o del grupo, expresión que debe interpretarse siguiendo las pautas ofrecidas en la Exposición de motivos de las normas comunitaria y española³⁹. Según se nos dice, la naturaleza transnacional de una medida depende de dos factores: el alcance de sus efectos potenciales y el nivel de dirección y representación que implica. Ambos elementos, aunque uno de carácter objetivo y otro de carácter subjetivo, muestran una misma realidad, la relevancia de la cuestión para el conjunto de la empresa o del grupo de empresas; en el primer caso esa relevancia se manifiesta por

³⁷ En este sentido, no se entiende muy bien qué ha sucedido con la disp. adic. segunda de la LIC, que hace referencia a estas situaciones y que sin haber sido expresamente derogada, parece haber sido desplazada por la vigente disp. adic. única.

³⁸ “La noción de transnacionalidad de las cuestiones abordadas por el comité europeo suele ser objeto de debates concretos, sobre todo en el caso de decisiones que, de hecho, afectan solo a un país pero que, en la práctica, tienen repercusiones estratégicas que rebasan el nivel meramente nacional” Apartado 2.3.9 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación concreta de la Directiva sobre la constitución de un Comité de Empresa Europeo (94/45/CE) y sobre los aspectos...

³⁹ Considerando 16 Directiva CEE y Exposición de motivos LIC.

los efectos que puede producir, en el segundo la importancia de la medida se verifica por el órgano que adopta la decisión. En todo caso, el comité de empresa europeo debe ocuparse de todas aquellas cuestiones que potencialmente puedan afectar de manera relevante las condiciones de trabajo en la empresa o grupo, aunque sólo se vean afectados directamente los trabajadores de un solo país. Es decir, si los efectos son importantes para las relaciones de trabajo en una empresa o en un centro de trabajo ubicados en un Estado miembro, aunque directamente no haya trabajadores de otros Estados miembros afectados y por ello debiera considerarse una cuestión meramente nacional, el comité de empresa europeo resulta competente. Por último, el legislador también estima que quedan dentro de las cuestiones transnacionales los procesos de transferencia de la producción realizados entre Estados miembros. Es evidente que dicha cuestión, tanto por su relevancia para los trabajadores afectados, como por afectar a más de un Estado miembro, debe formar parte de las competencias del comité de empresa europeo y, por tanto, ser objeto de información y consulta. Ahora bien, cabe preguntarse si el traslado de producción a un tercer Estado, no miembro de la UE, sería una cuestión de naturaleza nacional. Desde mi punto de vista la respuesta debe ser necesariamente positiva, los efectos de cualquier proceso de deslocalización de la producción producen importantes efectos en las relaciones de trabajo de los centros de trabajo o empresas afectados, independientemente de que dicho proceso se produzca o no en el interior de los límites territoriales de la UE.

Quizás porque el legislador sospecha que la reforma no ha solucionado de manera definitiva el problema, en una nueva manifestación del principio de subsidiariedad, se ha optado por dejar en manos de los acuerdos de aplicación la competencia para articular, adecuando a las especiales circunstancias de cada empresa o grupo de dimensión comunitaria, la actuación de los comités de empresa europeos y de los órganos nacionales de representación de los trabajadores en materia de información y consulta. En tales casos, los acuerdos deben respetar la naturaleza nacional o transnacional de las cuestiones sometidas a información y consulta, y a los derechos de información y consulta reconocidos a los representantes nacionales por las normas o prácticas aplicables (art. 31 LIC). En esta ocasión, el legislador español, siguiendo al pie de la letra las disposiciones comunitarias (art. 12 Directiva CEE), no ha eliminado las principales dudas que se cernían sobre la aplicabilidad del mandato normativo. De un lado, es evidente que los acuerdos de aplicación de la LIC no pueden limitar las competencias de los órganos nacionales de representación de los trabajadores conforme a lo dispuesto en cada caso por las normas de transposición de la Directiva Marco, la Directiva sobre despidos colectivos y la Directiva sobre transmisión de empresas. De alguna forma la acción de articular parte de la base de que todos y cada uno de los niveles se mantienen

y, por otra parte, la norma expresamente rechaza esta posibilidad (art. 31.2 LIC). Si es posible, sin embargo, que alguna de las competencias atribuidas a las representaciones nacionales vía negociación colectiva pueda perder sentido por resultar redundante una vez cerrado el acuerdo de constitución del comité de empresa europeo. Pero en tales supuestos, la supresión de las competencias de los órganos nacionales deberá vehicularse mediante los procedimientos de modificación de acuerdos colectivos previstos en los ordenamientos laborales nacionales, pues el acuerdo de constitución del comité de empresa europeo no posee efecto derogatorio alguno. Poco o nada contribuye a aclarar la interpretación de este apartado, la disposición prevista en el siguiente, en aplicación de la cual, a falta de previsiones sobre articulación en los acuerdos de aplicación, ante decisiones que puedan provocar cambios de importancia en la organización o en los contratos de trabajo, el proceso de información y consulta deberá realizarse en ambos niveles (art. 31.3 LIC).

Rescapitulando sobre cuanto se ha dicho hasta aquí sobre la posibilidad de articular funcionalmente los procesos de información y consulta, en mi opinión cabe plantearse cuatro escenarios distintos. En ausencia de acuerdo de articulación, la adopción de decisiones de relevancia para los intereses de los trabajadores, independientemente de la extensión transnacional de sus efectos, debe someterse a un doble procedimiento, transnacional y nacional, de información y consulta. Por el contrario, en ausencia de acuerdo de articulación, las decisiones de menor relevancia para los intereses de los trabajadores no serán informadas y consultadas a nivel transnacional, la posibilidad de que el procedimiento de información y consulta se produzca a nivel nacional dependerá de la normativa o práctica aplicable. En caso de que exista acuerdo de articulación, podrá determinarse qué decisiones deben ser informadas y consultadas en el procedimiento transnacional, sin que quepa limitar por esta vía el ámbito de aplicación objetivo de las normas nacionales en la materia. Por último, en mi opinión, tampoco sería respetuoso con la Directiva CEE un acuerdo de articulación que renunciase a tratar cuestiones de clara relevancia transnacional y, por supuesto, aquellas que afecten al menos a dos empresas o centros de trabajo o del grupo situados en dos Estados miembros diferentes, por contravenir lo señalado en el art. 1.3 y 4. Por ello, el protagonismo de los acuerdos de articulación en la concreción de las medidas que deberán ser consultadas e informadas a nivel transnacional se reduce a determinar qué tipo de medidas deben considerarse transnacionales por afectar al conjunto de la empresa. Fuera de este supuesto, intuyo que resta escaso margen de disposición a los acuerdos, salvo plantearse una hipotética articulación temporal entre los mecanismos nacionales y comunitarios de información y consulta. Aunque el legislador parece obviar esta posibilidad, los acuerdos pueden establecer mecanismos de articulación cronológica, estableciendo en qué momento debe iniciarse el proceso de información y consultas a nivel transnacional y,

si los procesos de información y consultas nacionales deben producirse antes, después o contemporáneamente al anterior. La Exposición de motivos hace referencia a esta posibilidad, aunque el texto articulado de la norma nada recoge. En principio, el orden cronológico más acorde con la naturaleza de estos procesos sería el que colocase en primer término el proceso de información y consulta ante el comité de empresa europeo y, una vez finalizado éste, debieran iniciarse los procesos ante las representaciones de los trabajadores en cada Estado miembro. En segundo lugar, los acuerdos podrían establecer los plazos en que dichos procesos deben realizarse, partiendo eso sí de la regulación que en algunos supuestos establecen las normas nacionales.

3. LA APLICABILIDAD DE LA DIRECTIVA. LOS ACUERDOS EXENTOS

El estudio de la aplicabilidad de la Directiva CEE, el mantenimiento temporal o definitivo del régimen jurídico previsto en la Directiva originaria o la vigencia de acuerdos firmados al margen de las dos nos ofrece una visión panorámica de las, en mi opinión, escasas posibilidades aplicativas de la reforma y de la pobre técnica normativa de que ha hecho uso en esta ocasión el legislador comunitario, arrastrando con ello a los legisladores nacionales. Una de las curiosidades que en su momento ofreció la Directiva CEE, y que sin duda tuvo un protagonismo central en el proceso de construcción de los consensos necesarios para la adopción de la norma, fue el reconocimiento de la vigencia de los acuerdos alcanzados antes de que finalizase el proceso de transposición⁴⁰. El art. 13 de la norma contenía una oscura previsión, que declaraba a las empresas en que se hubiesen concluido no sujetas a las obligaciones impuestas por la norma, estableciendo una suerte de limitación de su ámbito de aplicación que se justificaba en una supuesta voluntad promocional. Desde mi punto de vista, la voluntad de escapar a las obligaciones normativas, en no pocas ocasiones, ocultaba el deseo de eludir todo tipo de procesos de información y consulta transnacional. La puerta abierta por el legislador facilitó a muchas empresas el cumplimiento formal con los deberes de información y consulta transnacional, sin garantizar la eficacia de los correspondientes derechos de los trabajadores.

Ya en su momento, resultó controvertido el alcance de la excepción aplicativa establecida en el mismo, en particular, se discutía sobre si los acuerdos de anticipación quedaban o no absolutamente al margen de las disposiciones de la Directiva o si, por el contrario, dichos acuerdos debían asegurar unos

⁴⁰ Para una crítica del contenido del art. 13, Gómez Gordillo, R.: “El Comité de Empresa Europeo”, op. cit, pp. 339 y ss.

derechos mínimos de información y consulta transnacional⁴¹. La desafortunada redacción del precepto, que se interpretó como una exención completa de lo establecido en la norma, incentivó la negociación y firma de acuerdos escasamente respetuosos con los objetivos materiales de ésta. La experiencia adquirida hacía suponer que con la reforma de la Directiva CEE, dicha posibilidad quedaría vedada y, para evitar la continuidad de este tipo de acuerdos, se establecería algún tipo de obligación que impusiera la revisión de los acuerdos vigentes, con el objetivo de adecuar su contenido a las nuevas exigencias. En contra de tales previsiones, tras la reforma, dichos acuerdos pueden ser renovados y, adicionalmente, se incrementan las vías de exención, pues las nuevas reglas tampoco serían aplicables a los acuerdos concluidos o revisados antes de la finalización del plazo de transposición. Parece que en esta materia, la Comisión ha contado con la conformidad de los agentes sociales⁴², pero resulta obvio que en esta ocasión el respeto a la voluntad de las partes obra en contra de la eficacia de los derechos de información y consulta; si lo que se pretendía era evitar un proceso de renegociación en masa, podría haberse aceptado la continuidad de los acuerdos hasta su finalización, estableciendo un plazo máximo. A la vista de la redacción final de la norma, cabe preguntarse sobre la oportunidad, adecuación e interés de la reforma; si el legislador no se encuentra convencido de la necesidad y urgencia de aplicar las nuevas reglas, hubiera sido mejor sin duda que no hubiese abordado la reforma, si lo que desea es incentivar la negociación conforme a las nuevas reglas, los aspectos no aplicables debieran haber sido individualizados expresamente⁴³.

3.1. Los efectos de la reforma sobre los acuerdos exentos

Más allá de las opiniones, más o menos atinadas, que se puedan ofrecer en torno a la compatibilidad de la consecución de los objetivos de la norma y la ampliación de vías elusivas de su aplicación, el art. 14 Directiva CEE y la disp. adic. única LIC nos ofrecen un problema exegético grave, que amenaza con severidad la seguridad jurídica en torno a los derechos de información y consulta transnacionales. Cuando se exime del cumplimiento de las obligaciones contenidas en sendas normas a estas empresas o grupos, ¿qué se quiere decir exactamente? Como veremos en el apartado posterior, la exención no afecta a la obligación de adaptación del comité en los casos en que se produzcan modificaciones relevantes (art. 32 LIC), pero qué sucede con el resto de previsiones introducidas tras la reforma. La interpretación más radical de la norma sería la

⁴¹ En este sentido, Gómez Gordillo, R.: “El Comité de Empresa Europeo”, op. cit, pp. 341 y ss.

⁴² Comisión Europea: “Report Group of Experts Implementation of Recast ...” pp. 51 a 56.

⁴³ Gómez Gordillo, R.: “La reforma de la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo ...”, op. cit., p. 99.

que defiende que, salvo lo dispuesto en el art. 32, las empresas con acuerdos exentos quedan al margen de su ámbito de aplicación, de forma temporal o indefinida. Esta tesis, más allá de que retrasaría de forma notable la aplicación efectiva de los tímidos avances que hemos comentado hasta aquí, puede provocar importantes problemas en empresas y grupos de dimensión comunitaria cuya dirección central se encuentre en otros Estados miembros. La reflexión tiene que ver fundamentalmente con las garantías que la norma española exige a los acuerdos exentos celebrados en empresas y grupos con dirección en nuestro país: depósito, registro y publicación oficial (art. 13.2 LIC) y representatividad de los representantes de los trabajadores (letra a disp. adic. única LIC), pero estas garantías no están presentes en todas las normas de transposición. Como se ha dicho anteriormente, se corre el riesgo de perpetuar la escasa eficacia aplicativa de la Directiva CEE y, con ello, el flagrante incumplimiento de los derechos transnacionales de información y consulta de los trabajadores.

Desde otro punto de vista más general, la viabilidad del conjunto del sistema normativo puesto en funcionamiento por el legislador exige la aplicación uniforme de los principios generales, los objetivos, las definiciones y los conceptos previstos en la Sección Primera de la Directiva (arts. 1 a 3), tanto en su versión original como en la reformada. Cómo es posible entender que nociones como la dimensión comunitaria de la empresa y del grupo, la definición de empresa que ejerce el control, la determinación de la plantilla mínima o la definición de comité de empresa europeo no afectan a estas empresas. Por otra parte, cabe discutir si estas previsiones pueden ser consideradas técnicamente como obligaciones de las empresas o grupos y, por tanto, si la exclusión se circunscribe únicamente a los preceptos que incluyan mandatos de esta naturaleza, el resto de los preceptos deben aplicarse al conjunto de los acuerdos⁴⁴. Claro que esta segunda interpretación nos obliga a determinar, caso por caso, qué preceptos incluyen obligaciones para la empresa, operación que reviste gran complejidad. A modo de ejemplo, ¿los nuevos conceptos de información y consulta transnacional establecen obligaciones adicionales para la empresa? o simplemente constituyen referencias conceptuales que delimitan el ámbito de aplicación de la norma. Similares cuestionamientos deberían realizarse sobre otros aspectos como la exigencia de coordinación, la nueva distribución de los puestos en la comisión negociadora, la presencia de expertos o la obligación de información a los agentes sociales europeos.

El limitado avance que según hemos comentado en los apartados anteriores se produce con la modificación de estas materias, dificulta entender que existan operadores interesados en mantener la vigencia parcial de la redacción anterior. Podría defenderse que los únicos aspectos no aplicables, las obliga-

⁴⁴ Comisión Europea: "Report Group of Experts Implementation of Recast ..." pp. 13 y ss.

ciones sustanciales impuestas al empresario, fuesen las relacionadas con la obligación de iniciar o reiniciar el proceso de negociación de los acuerdos y, en su caso, el contenido necesario de éstos. Cualquiera que haya sido la intención del legislador comunitario, la acumulación de argumentos contrarios a la exclusión total de los acuerdos exentos, sobre la base del efecto útil de la norma, cuenta con una dificultad que considero compleja de salvar, la rotundidad con que el legislador español ha interpretado el precepto, tras entender que se trata de una exclusión del ámbito de aplicación de la norma en su conjunto⁴⁵.

3.2. La obligación de adaptación de los acuerdos

El art. 12.1.c LIC considera contenido necesario de los acuerdos de aplicación la determinación de los efectos que sobre la composición del comité deriven de las modificaciones en la estructura de la empresa o grupo. Parece que dicha previsión no ha sido adecuadamente recibida en los acuerdos de aplicación y, cabe pensar que en menor medida, en los acuerdos de anticipación⁴⁶. Esta realidad y los procesos de concentración de empresas a los que hemos asistido con asiduidad en los últimos años, pueden haber generado problemas en un buen número de comités, en los que a falta de previsión en esta materia o el conflicto entre las existentes, impide el desarrollo normal de sus funciones. Cuando se den estas circunstancias, originadas por modificaciones significativas en la estructura de la empresa, debe abrirse un nuevo proceso de negociación que, al igual que el previsto en el art. 7 LIC, debe iniciarse a instancia de parte. En otras palabras, la obligación de renegociar los acuerdos nace cuando se verifican tres requisitos: cambios relevantes en la estructura de la empresa o del grupo, ausencia o conflicto entre previsiones sobre la materia en el o los acuerdos de aplicación y solicitud de inicio de las negociaciones por parte de la dirección, los trabajadores o sus representantes.

El nuevo procedimiento de negociación presenta únicamente dos especialidades: de un lado, la composición de la comisión negociadora, a los miembros elegidos o designados conforme a lo previsto en el art. 9 LIC les acompañarán no menos de tres miembros del comité o comités preexistentes (art. 32.2 LIC); en segundo lugar, durante el periodo de negociación, el comité o los comités preexistentes, seguirán funcionando conforme se acuerde entre éstos y la dirección central de la empresa (art. 32.3 LIC).

La principal dificultad en esta materia es la que supone la identificación del carácter “significativo”, en palabras de la Directiva, o “relevante”, según la letra de la LIC, de las modificaciones en la estructura de la empresa. La Exposi-

⁴⁵ Exposición de motivos LIC

⁴⁶ Comisión Europea: “Report Group of Experts Implementation of Recast ...” pp. 48.

ción de motivos de la Directiva CEE⁴⁷ hace referencia a procesos de fusión, adquisición o escisión, aunque debe entenderse que se trata de una enumeración ejemplificativa. La referencia al elemento estructural induce a pensar que los supuestos de adaptación únicamente han de tener lugar cuando se produzcan este tipo de operaciones mercantiles, aunque en mi opinión el precepto admite interpretaciones más amplias. Cabe plantarse dos cuestiones interpretativas: ¿Es posible que se produzcan modificaciones significativas al margen de estos procesos de cambio de titularidad? En segundo lugar, ¿todos los supuestos de fusiones, adquisiciones o escisiones deben ser considerados modificaciones significativas? De una parte, el incremento del número de centros de trabajo de la empresa o del número de empresas del grupo en un determinado país puede producirse sin que sea preciso acudir a las figuras enumeradas más arriba; cuando estas situaciones adquieren un grado de relevancia notable frente al conjunto de la empresa o del grupo, parece razonable interpretar que se habría producido una modificación significativa de carácter estructural. A la misma conclusión debe llegarse si lo que se produce es un importante incremento del volumen de empleo. En sentido contrario, determinados procesos de fusión, adquisición o escisión cuando no produzcan efectos significativos desde el punto de vista cuantitativo, en la medida en que los efectos que pudiera producir no tengan naturaleza estructural, difícilmente podrá justificarse la conveniencia de proceder a la revisión del acuerdo. Por otra parte, cuando se produzca el crecimiento de la empresa o el grupo mediante la instalación de centros de trabajo o empresas en nuevos países miembros, independientemente de la fórmula mercantil empleada y del peso cuantitativo sobre el conjunto, parece también preciso acudir a la revisión del acuerdo.

La segunda condición muestra la continuidad en el objetivo de privilegiar la autonomía colectiva frente a la norma heterónoma, seña de identidad de la Directiva CEE que se mantiene tras la reforma⁴⁸. Se trata de una nueva manifestación del principio de subsidiariedad, en su vertiente horizontal, que puede evitar la puesta en marcha del proceso de renegociación. Si las partes lo han previsto, la adaptación deberá producirse conforme a las reglas establecidas por vía convencional. La cuestión interpretativa central en este apartado sería determinar el contenido necesario de las disposiciones preexistentes a que hace referencia el precepto. En concreto, si cualquier tipo de previsión sobre adaptación de los acuerdos por cambios estructurales permitiría eludir la obligación de renegociar los acuerdos. Nuevamente, la invocación del efecto útil de la norma nos induce a pensar que únicamente aquellas previsiones que efectivamente permitan adecuar la composición del comité de empresa europeo o, en

⁴⁷ Considerando 40 Directiva CEE

⁴⁸ Sobre la caracterización jurídica y las relaciones entre planos normativos en la Directiva, vid. Gómez Gordillo, R.: "El Comité de Empresa Europeo", op. cit., pp. 93 a 150.

su caso, del procedimiento de información y consulta a la nueva estructura de la empresa servirán para satisfacer la superación de este requisito. En caso contrario, aquellos acuerdos que impidan u obstaculicen la adaptación a la nueva situación o, permitiendo ésta, no consigan dicho objetivo material, debe considerarse que incumplen esta condición y, por lo tanto, deberán ser renegociados conforme al procedimiento establecido en el art. 5 de la Directiva reformada. En el mismo sentido, si la nueva estructura de la empresa engloba a empresas o centros de trabajo afectados anteriormente por distintos acuerdos, y la aplicación de estos genera conflictos de aplicación, la cuestión deberá igualmente ser resuelta mediante la apertura de un nuevo procedimiento de negociación.

Por último, la tercera condición exigida por el art. 32 LIC puede considerarse innecesaria, pues la invocación del procedimiento previsto en el art. LIC hubiera sido dato suficiente para dar por incorporada dicha exigencia. Por supuesto, en este caso como en el resto, la negociación debe producirse a instancia de parte, bien a voluntad de la dirección de la empresa o bien a petición de cien trabajadores pertenecientes a empresas o centros de trabajo situados en al menos dos estados miembros, solicitud que podrá ser presentada también por sus representantes⁴⁹.

3.3. Tipología de acuerdos de aplicación y régimen jurídico aplicable

La aplicación conjunta del art. 32 y la disp. adic. única LIC hace nacer una pluralidad de acuerdos cuyas características diferenciadoras únicas son la fecha en que han sido acordados y el cumplimiento o no de la invitación a la renegociación prevista en el art. 32. La pertenencia a un tipo u otro de acuerdo conforme a esta clasificación determina la aplicación de un régimen jurídico diferente, con las matizaciones que han sido realizadas en el apartado 3.1. De manera simplificada, esta clasificación de acuerdos incluiría cinco tipos diversos, afectados de manera distinta por la normativa sobre comités de empresa europeos⁵⁰.

En primer lugar, los acuerdos de anticipación, aquéllos celebrados antes del 22 de septiembre de 1996, de conformidad con lo establecido en el art. 13 de la Directiva originaria. Estos acuerdos gozarán de esta excepción aplicativa hasta el 5 de junio de 2011. A partir de dicha fecha, si se producen de manera acumulativa las tres condiciones de renegociación comentadas en el apartado anterior, las empresas o grupos afectados quedarán bajo el marco aplicativo general previsto en la Directiva CEE. En caso de que alguno de estos requisitos no se materializasen, las empresas y grupos podrán continuar informando y

⁴⁹ Sobre la legitimación para iniciar las negociaciones, vid. “El Comité de Empresa Europeo”, op. cit., pp. 231 a 240.

⁵⁰ Comisión Europea: “Report Group of Experts Implementation of Recast ...” p. 57.

consultando a los trabajadores conforme a los acuerdos vigentes, que continuarán rigiendo la información y la consulta transnacional hasta su conclusión o renegociación. En otras palabras, los acuerdos formalizados antes de la entrada en vigor de la Directiva originaria podrán seguir vigentes, siempre que las empresas y grupos no modifiquen sustancialmente su estructura e incluso, en este último caso, si el comité de empresa europeo ha sido adaptado a la nueva situación en aplicación del procedimiento previsto en dicho acuerdo.

En segundo lugar, los acuerdos de aplicación de la Directiva originaria, no revisados, es decir, los acuerdos alcanzados en cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 6 de la Directiva originaria, que no han sido revisados antes de la entrada en vigor de la Directiva reformada. En concreto, se trataría de los acuerdos firmados o revisados con posterioridad al 22 de septiembre de 1996, siempre y cuando no hayan sido revisados durante el período previsto en el art. 14.1.b, esto es en el plazo de dos años abierto el 5 de junio de 2009. Dicho acuerdos se rigen de pleno por las previsiones contenidas en la Directiva originaria hasta la entrada en vigor de la nueva Directiva, momento en el cual debe iniciarse la renegociación de un nuevo acuerdo a partir de lo previsto en el art. 5 de la Directiva revisada. Tal conclusión se desprende de la literalidad del contenido del apartado 1.c de la disp. adic. única LIC, interpretado en sentido contrario, y de la reflexión contenida en el Considerando 41 de la Exposición de motivos de la Directiva reformada, también en este caso interpretada en similar sentido. Ahora bien, esta renegociación únicamente se producirá, como en el resto de los casos, a petición de los trabajadores y sus representantes, en la forma prevista en el apartado 1 de dicho precepto; o, en su caso, a voluntad de la dirección de la empresa. Dicho lo anterior cabe nuevamente plantearse algunas dudas. En primer lugar, qué sucedería en los supuestos en que no se produzca el inicio de las negociaciones por inacción de los sujetos legitimados. Podría plantearse que, en ausencia de un nuevo acuerdo, el acuerdo originario debe considerarse prorrogado por tácita reconducción, solución que parece la más ajustada a derecho. Más difícil parece justificar la aplicación de las disposiciones subsidiarias, pues la aplicación de las mismas debe considerarse excepcional y, por tanto, únicamente debe admitirse cuando se cumpla alguna de las circunstancias previstas en dicho precepto, entre las que no puede citarse la analizada. En segundo lugar, debe cuestionarse si la vigencia de un acuerdo de aplicación puede concluir con un acuerdo de los previstos en el art. 10.2 LIC, esto es, acuerdos de renuncia a iniciar las negociaciones o de finalización de las ya iniciadas. Como dice el propio precepto, en tales casos no se aplicarían las disposiciones subsidiarias. De esta forma, cabría la posibilidad de que la reforma de la Directiva determinase la desaparición de alguno de los comités de empresa europeos existentes, pues en este caso no parece haberse previsto

ningún principio de conservación de los derechos adquiridos⁵¹. En el mismo sentido, parece que nada obsta que la comisión negociadora decida sustituir el comité de empresa europeo, por uno o varios procedimientos de información y consulta, en aplicación de lo dispuesto en el art. 10.1 LIC. En tercer lugar, si se producen bloqueos en la negociación, y una vez que se cumplan los plazos en cada caso previstos en el art. 15 LIC, se procederá a la imposición del modelo subsidiario de comité de empresa europeo contenido en el Capítulo II LIC.

En tercer lugar, los acuerdos de aplicación de la Directiva originaria, revisados, esto es, los acuerdos alcanzados en cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 6 de la Directiva originaria, con la diferencia de que en este caso sí se ha producido un nuevo proceso de negociación que ha finalizado con acuerdo, antes de la entrada en vigor de la Directiva reformada. En concreto, se trataría de los acuerdos firmados o revisados con posterioridad al 22 de septiembre de 1996, que han sido revisados durante el período previsto en el art. 14.1.b, esto es en el plazo de dos años abierto el 5 de junio de 2009 y recientemente finalizado. Como el propio legislador comunitario nos aclara en el Considerando 41 de la Exposición de motivos, no existe una obligación general de renegociar todos los acuerdos, pues por aplicación de la excepción prevista en dicho precepto, se establece una ventana de la que podrán hacer uso los negociadores para iniciar y concluir negociaciones en aplicación de la Directiva originaria y, por tanto, escapando de las nuevas reglas incluidas tras la reforma⁵². Esta excepción puede ser extendida en el tiempo de manera indefinida, pues como prevé el apartado 2 de la disp. adic. única LIC, una vez finalizada la vigencia de estos acuerdos, las partes pueden acordar su prórroga o revisión. Únicamente cuando estas posibilidades no se concreten, serán de aplicación las nuevas reglas. Es por ello que la Directiva reformada advierte a los Estados miembros que deberán mantener la vigencia de las normas de transposición de la Directiva originaria en relación a estos acuerdos (art. 14.1 *in fine*), previsión que no ha sido adecuadamente transpuesta en la LIC, lo que no implica que estos acuerdos deban someterse a régimen jurídico distinto. La literalidad de la disp. adic. LIC concede el mismo tratamiento a estos acuerdos y a los acuerdos de anticipación, lo que constituye un error grave, como hemos dicho las empresas con acuerdos de anticipación no se someten a las obligaciones previstas en la Directiva originaria, mientras que estos acuerdos no se someten a la Directiva reformada.

⁵¹ Sobre la aplicación del denominado principio “ante-después” en la Directiva SE, vid. Gómez Gordillo, R.: “La implicación de los trabajadores ...”, *Temas Laborales*, nú. 90/2007, pp. 52 y ss

⁵² Así ha sido denominada como *windows of opportunities*, por el grupo de expertos para la transposición de la Directiva, Comisión Europea: “Report Group of Experts Implementation of Recast ...”, pp. 53 y ss.

En cuarto lugar, los nuevos acuerdos de aplicación de la Directiva originaria. Con esta denominación hago referencia a los acuerdos celebrados durante el período de dos años previsto más arriba mencionado, en empresas y grupos que carecían de acuerdo previo. Dichos acuerdos, siguen el mismo régimen jurídico que los acuerdos celebrados antes de la reforma, esto es, quedan sometidos a las previsiones contenidas en la norma originaria, siéndoles igualmente aplicables las normas de transposición que, a estos efectos, permanecen vigentes (art. 14.1.b Directiva CEE). La apertura de este período excepcional, que permite a las empresas y a los representantes de los trabajadores renegociar conforme a las reglas de la Directiva originaria, ha sido justificada en el interés por favorecer la autonomía de las partes, a quienes se supone con mayor conocimiento de las necesidades de la empresa. Se recuerda para ello el éxito obtenido por los acuerdos de anticipación, para justificar la necesidad de establecer una oportunidad de exclusión similar, y a la postre de similar duración, en la norma reformada. Más arriba ya me pronuncié claramente en contra del contenido del art. 13 de la Directiva originaria⁵³; desde mi punto de vista, la necesidad de proceder a una reforma de la norma en buena medida se debe a las posibilidades de elusión del contenido de ésta, entre las que la excepción discutida no resulta una vía menor. Pero si inadecuado técnicamente e inoportuno materialmente me parece la posibilidad de mantener por tiempo indefinido la vigencia de los acuerdos de anticipación, calificativos menos favorables me sugiere la posibilidad de extender la vigencia de los acuerdos de aplicación de la Directiva originaria. Si en el primer caso se pretendía proteger la autonomía colectiva, en el segundo caso, en la medida que los acuerdos se producen por la aplicación de un procedimiento legal, no cabe invocar en puridad la protección del criterio de las partes. Es cierto que se trata en todo caso de un procedimiento de negociación colectiva, pero también lo es el previsto en la Directiva reformada, sin recibir la protección de la misma norma. ¿De qué se preserva a los negociadores entonces? Es evidente a mi juicio que la excepción analizada tiene como objetivo único retrasar la aplicación de la reforma y, en algunos supuestos, impedir que ésta se produzca de manera indefinida.

En último lugar, los acuerdos de aplicación de la Directiva reformada, los acuerdos alcanzados en aplicación del procedimiento previsto en el Capítulo I LIC, esto es los nuevos acuerdos de aplicación celebrados una vez concluido el proceso de transposición de la Directiva CEE. Únicamente a dichos acuerdos, los formalizados a partir del 6 de junio de 2011, les será completamente aplicable el régimen jurídico previsto en la nueva norma, el nuevo marco jurídico de los comités de empresa europeos. La cuestión central según he mantenido hasta aquí, y seguramente para ello será preciso esperar a que se pronuncien

⁵³ Gómez Gordillo, R.: “El Comité de Empresa Europeo”, op. cit, pp. 339 y ss.

los correspondientes Tribunales, es delimitar con precisión qué materias quedan al margen de la excepción prevista en el art. 14 de la norma o, desde el punto de vista contrario, qué materias no serían aplicables a los comités de empresa europeos creados a partir de acuerdos celebrados antes de dicha fecha. La cuestión no resulta baladí si tenemos en cuenta que este grupo con toda probabilidad constituirá la mayoría de órganos de información y consulta transnacional durante bastante tiempo, y en tanto eso sea así, tendremos un complejo entramado normativo, el compuesto por la Directiva reformada y las correspondientes normas nacionales de transposición, que resultará parcialmente inaplicable al modelo tipo. Cuestión que no puede por menos que considerarse paradójica.