

**LA REGULACIÓN DEL COMITÉ EUROPEO DE EMPRESA:
PUNTOS CRÍTICOS**

(ESTUDIO SOBRE LA LEY 10/1997, DE 24 DE ABRIL,
DE «TRANSPOSICIÓN» DE LA DIRECTIVA 45/94/CE)

Núm.
49/1998

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo.
Universidad de Jaén.*

Extracto:

LA Directiva sobre los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria originaba un derecho nuevo, consistente en posibilitar la creación de una nueva forma de expresión y comunicación de empresarios y trabajadores en el ámbito socio-económico de las empresas europeas. Ahora bien, la creación legislativa de esta nueva instancia de reflexión y diálogo entre dirección de empresa y representantes de los trabajadores, actuada en el Derecho Nacional por la Ley 10/1997, plantea múltiples interrogantes sobre su contenido, modo de funcionamiento, impacto sobre la distribución de poder y cultura dominante en nuestro sistema de relaciones laborales, incidencia en el desarrollo del todavía naciente sistema europeo de relaciones industriales, que sólo la práctica podrá ir resolviendo y decantando. Un primer intento de individualización de tales problemas y de aportación de las soluciones que se consideran posibles y más viables en el actual marco normativo y experiencia representativa y convencional puede encontrarse en este trabajo.

Sumario:

- I. Introducción: el actual contexto de globalización económica y de transnacionalización de las empresas.
- II. Los derechos participativos de «nueva época»: la información como principio general del Derecho Comunitario del Trabajo.
- III. La complejidad del marco comunitario de referencia: necesidad de una «transposición asistida».
- IV. Una cuestión procedimental previa: las razones de la opción legal por la vía estatal de transposición.
- V. El contenido de las normas preliminares: objeto y ámbito de aplicación de la ley.
 1. Los objetivos: la significación político-jurídica general de la «mejora» de los instrumentos de participación.
 2. Los canales de información-comunicación previstos: preferencia legal por los Comités Europeos de Empresa.
 3. Delimitación del ámbito de aplicación de la ley: la incierta noción de «grupo de dimensión comunitaria».
- VI. Las normas de carácter transnacional: las vías legalmente previstas para la constitución del Comité Europeo de Empresa.
 1. La subsidiariedad horizontal como principio básico: la primacía del modelo convencional.
 2. El modelo estatal del Comité Europeo de Empresa: el significado promocional de las disposiciones subsidiarias.
 3. El estatuto regulador de la actividad representativa del CEU: la búsqueda de un equilibrio entre garantías y deberes.
- VII. El principio de subsidiariedad vertical: ámbito y contenido de las normas de alcance nacional.
- VIII. Las técnicas de tutela de los derechos de información y consulta en la «empresa europea».
- IX. El efecto reflejo: los problemas de articulación del CEU con otras instituciones representativas nacionales.

I. INTRODUCCIÓN: EL ACTUAL CONTEXTO DE GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y DE TRANSNACIONALIZACIÓN DE LAS EMPRESAS

Las formas de *empresa articuladas y con estrategias de gestión flexible pero participada* aparece cada vez más como una respuesta tendencialmente dominante para afrontar, eventualmente de forma más eficiente, eficaz y, al mismo tiempo, más justa, los múltiples y complejos desafíos coyunturales, pero también estructurales, que el desarrollo económico plantea a las empresas en una economía de mercado. Así, en el nuevo modelo de empresa no sólo se revaloriza, como criterio fundamental para obtener la necesaria ventaja competitiva, la capacidad de adecuación a las exigencias del mercado -flexibilidad o principio de adaptabilidad de la organización-, sino también, y como instrumento adecuado para ponderar los imperativos de seguridad en el empleo y la flexibilidad de la gestión empresarial, se refuerza la preocupación por articular nuevas formas de cooperación o de implicación directa de los trabajadores, y de sus representantes. Consecuentemente, la cuestión de la participación de éstos en la gestión de la empresa adquiere una renovada actualidad en el debate político, económico y sindical.

Al mismo tiempo, y en una economía globalizada internacionalmente, parece igualmente claro que el problema fundamental de la construcción de la empresa moderna, en el actual estadio evolutivo del sistema de economía de mercado, se centra en la elaboración de un modelo de ordenación racional de las organizaciones productivas coherente con la emersión de nuevos escenarios plurinacionales, caracterizados por un elevado grado de complejidad y de incertidumbre, tanto en el plano institucional como económico, en especial en el ámbito de la Unión Europea ¹.

Desde esta perspectiva, precisamente, uno de los ámbitos en los que más nítidamente se observa la incidencia de esta fractura entre la realidad económica y la realidad jurídica, según evidencias significativas y graves experiencias recientes, es el constituido por el «lugar» o «nivel» en los cuales se viene desarrollando tradicionalmente la acción representativa de las organizaciones socio-profesionales de empresarios y trabajadores, limitada no ya sólo a la «empresa» nacional sino al «centro

¹ Ampliamente por C. MOLINA. «Un impulso del "Derecho Social" Comunitario al proceso de normalización de las prácticas de grupo». G. J. D-24 de octubre de 1995, pág. 140 y ss.

de trabajo», por un lado, y el lugar o ámbito donde se adoptan las decisiones estratégicas de la función de gestión económica y laboral del personal, crecientemente centralizadas en el nivel del grupo, generalmente europeo o multinacional, por otro. Sin embargo, también es posible constatar una permanente y renovada actualidad del tema de la participación en la empresa en diferentes instrumentos internacionales en general -OIT; OCDE; Consejo de Europea- y comunitarios en particular.

II. LOS DERECHOS PARTICIPATIVOS DE «NUEVA ÉPOCA»: LA INFORMACIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO COMUNITARIO DEL TRABAJO

En efecto, la oportunidad o conveniencia, e incluso la necesidad, de crear o institucionalizar efectivos *instrumentos de «implicación»* de los trabajadores en el desenvolvimiento de la actividad económica de la empresa ha venido siendo, desde hace un largo período de tiempo, una convicción fuertemente sentida, afirmada y defendida por las autoridades e instituciones comunitarias. Hasta el punto de que esta búsqueda permanente de nuevas y más eficaces, aunque también más realistas o pragmáticas, *formas de «participación»* de los trabajadores en las organizaciones económico-empresariales aparece como una de las principales señales de identidad sea del denominado modelo social europeo sea del modelo de empresa comunitaria -paradigma de empresa flexible y participativa-². Sin embargo, para cualquier observador atento a la evolución del Derecho Comunitario, sin duda resultará altamente paradójico el desfase existente entre las propuestas y los efectivos logros normativos.

No obstante, en una dirección de política jurídica orientada a corregir en alguna medida significativa esta deficiencia, el 22 de septiembre de 1994 el Consejo de la Unión Europea aprobó, dando por fin luz verde a una norma comunitaria larga y ansiosamente esperada, la Directiva 94/45/CE, relativa a la institución de un comité europeo de empresa (CEU) -o, de forma alternativa, de un procedimiento de información y consulta en las empresas y grupos de dimensión comunitaria-. La Directiva, como ha sido unánimemente observado, en el plano de la política social europea, reforzaba el diálogo social e impulsaba un modelo social europeo contrario a un pura visión economicista o meramente librecambista del proceso de integración. Así, la directiva, en la línea de lo dispuesto por el artículo 2.2 del Acuerdo sobre política social, contiene un número significativo de disposiciones mínimas que con posterioridad y de forma progresiva debían ser aplicadas por los distintos Estados, obviamente teniendo en cuenta las condiciones y regulaciones específicas existentes en cada uno de ellos³.

² Así, como se ha observado oportunamente, la actual «elasticidad material del concepto mismo de participación en la empresa y su conversión en uno de los valores mayoritariamente vigentes en la Europa comunitaria, de la mano de la sustitución o del acompañamiento de las políticas sindicales de confrontación por una nueva cultura sindical participativa, explican el intento comunitario por conferirle la singular posición de elemento distintivo -buque insignia- del modelo de empresa, cooperativa y dinámica, y del modelo de relaciones industriales europeas». Cfr: M.E. CASAS. «Subsidiariedad y flexibilidad del ordenamiento comunitario y participación de los trabajadores en empresas y grupos». R.L. n.º 10. 1993, pág. 1.

³ La importancia que las autoridades comunitarias han concedido a esta directiva se evidencia claramente en un doble hecho: la organización de una forma de control y vigilancia del proceso concreto de transposición, actuación e integra-

En este contexto, parece claro, resulta obligado situar la actual tendencia de las instituciones comunitarias a reforzar los derechos de información en el seno de las empresas, en particular en un momento socio-económico fuertemente marcado por la transformación de las relaciones productivas, en buena medida determinadas por las mutaciones económicas y las innovaciones tecnológicas de las dos últimas décadas. Se produce, así, un cambio de enfoque de la participación que abre una «nueva época» histórica para este problema crucial: no se pretende ahora ya tanto de institucionalizar formas abstractas de democracia industrial, sino también, y sobre todo, buscar procedimientos de solución adecuados a los problemas de racionalización, desarrollo y competitividad de las empresas, en cuanto que abren la necesidad de impulsar frentes comunes para resolver cuestiones de interés para ambas partes socio-económicas.

En este sentido, la fuerte convicción comunitaria sea sobre el significado instrumental de los derechos de información, en el sentido de técnica útil e imprescindible para avanzar en la creación de eficaces vías de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, sea sobre el propio valor participativo, aunque sea en sentido mínimo, de las diferentes manifestaciones de este tipo de derechos, ha venido determinando una decidida actuación en orden a proteger, mejorar y promocionar las obligaciones empresariales de información, hasta configurarlo en un auténtico principio fundamental del ordenamiento comunitario del trabajo -manifestación del principio de transparencia-. De aquí que, además de los Comités Europeos, se hayan creado procedimientos de información y consulta también en Directivas de tanta entidad como las relativas a la cesión o transferencias de empresas (77/87), sobre despidos colectivos (75/129) y sobre la seguridad y salud en los lugares o ambientes de trabajo (89/391) ⁴.

En tal modo, adoptada para cumplir con el mandato de transposición e integración en el Derecho español de la Directiva 94/45/CE y con un cierto retraso ⁵ respecto de la fecha de finalización del período de transposición fijado a tal efecto por esta norma europea -22- 9-1996-, la Ley 10/1997, de 24 de abril (BOE n.º 99, viernes 25 de abril de 1997, ref. 8874), pretende *ampliar y mejorar las posibilidades y formas de expresión y comunicación* de los trabajadores en las *empresas con estructura transnacional* operantes en el marco del *gran mercado interior* de la Unión Europea. A tal fin, la ley

ción correctas -creación de un grupo de trabajo *ad hoc* de expertos nacionales, que integrarán sobre todo los expertos encargados de preparar los proyectos legislativos de transposición de la directiva-, incentivación de la adopción rápida y efectiva de acuerdos de ejecución posdirectiva, de otro -art. 13-. La directiva CEU, como es sabido, es uno de los más ilustrativos o emblemáticos resultados del carácter complejo, ambivalente, aluvional y azaroso proceso de formación del Derecho Social y del Trabajo Comunitario, que encuentra como hitos fundamentales la firma del Acta Única Europea de 1986, por un lado, y el Tratado de la Unión Europea de 1992, y sobre todo de su Acuerdo de Política Social anexo al mismo. Este texto normativo del Derecho Comunitario Originario, a su vez, se presenta como ejecución de la Carta Comunitaria de derechos sociales fundamentales de 1989, que, a través de sus artículos 17 y 18, constituye uno de los principales textos en los que se reconocen los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores. *Cfr.* J.M. SÁNCHEZ GALIANA. «El lento camino de gestación de la política social comunitaria». *REDT*. n.º 58. 1993.

⁴ *Cfr.* por todos el riguroso y exhaustivo estudio del profesor J.L. MONEREO PÉREZ. *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*. Civitas. 1992.

⁵ No debe olvidarse que es particularmente relevante en este caso, por la particular necesidad de una transposición simultánea, puesto que se necesita una articulación de las diferentes leyes. *Vid.* INFORME-RESUMEN sobre los trabajos del grupo «Información y Consulta» creado para la transposición a los derechos nacionales de la Directiva 94/45/CE.

tiene por objeto principal regular los derechos de información y consulta de los trabajadores en las «empresas y grupos de dimensión comunitaria», cualquiera que sea su naturaleza jurídica, pública o privada, e independientemente del sector de actividad económica en el que se desenvuelva -vocación universalista del ámbito empresarial transnacional de aplicación-.

La efectividad de la directiva estaba basada en una actuación armonizada o coordinada de las diversas leyes nacionales de transposición, como reconoce o advierte el propio legislador en la Exposición de Motivos. Así, sólo esta coordinación podrá permitir una eficaz *instauración del nuevo nivel de representación y de negociación de los trabajadores en el ámbito de la «empresa europea»*, de estructura compleja y transnacional, ya sea de forma unitaria ya asuma la forma de grupo, que constituye el objetivo fundamental de la norma comunitaria y, por tanto, de la Ley española de transposición. De esta forma, se observa la fuerte complejidad tanto del marco normativo comunitario de referencia como de su proceso de actuación en los territorios nacionales: la ley del país donde se encuentra la dirección central de la empresa fija las reglas que determinan la composición y funcionamiento del grupo especial de negociación constituido -la Comisión Negociadora en nuestra Ley de transposición-, mientras que es competencia de cada Estado miembro determinar la naturaleza, las modalidades de elección o de designación de los miembros, así como la definición del régimen de protección ⁶.

La transposición de la directiva debía suponer, pues, la adopción por cada Estado miembro de dos tipos de disposiciones: por una parte, las disposiciones propiamente «transnacionales», es decir, aquellas aplicables a las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria que tengan la dirección central en su territorio, así como al conjunto de establecimientos y empresas filiales de tales empresas y grupos, cualquiera que sea el Estado miembro en el que se ubiquen, y por otra, las disposiciones «nacionales», aplicables únicamente a los centros o empresas integrantes de la estructura empresarial global situados en su territorio, independientemente de que la dirección esté o no situada en él. Esta dualidad de normas se ha reflejado en determinados casos, como en el nuestro, en la propia estructura de la ley, mediante sus Títulos I y II, que cuentan en cada caso con un artículo expresamente destinado a delimitar los respectivos ámbitos de aplicación -arts. 5 y 24, respectivamente-. La plena efectividad de los derechos de información y consulta de los trabajadores pretendida por la Directiva CEU, consecuentemente, dependerá de la correcta y coordinada actuación de este conjunto de disposiciones nacionales y transnacionales de la Ley de transposición.

De esta forma, se desprende fácilmente la multiplicidad de cuestiones formales, procedimentales y sustantivas que suscita la recepción por los Estados miembros de tal directiva, que no se limita a reconocer el derecho de los trabajadores a establecer un canal de información y consulta, sino que procede a la regulación, en unos casos de forma precisa en otros atribuyendo amplios márgenes de apreciación aplicativa a las normas nacionales, legales o convencionales, del procedimiento a

⁶ Precisamente, en este amplio margen de actuación nacional reside una de las razones de su éxito y del relativo consenso que obtuvo para su viabilidad: permite la constitución de nuevas formas de representación en el ámbito de las empresas de estructura compleja y transnacional, respetando plenamente la diversidad de sistemas, tradiciones y culturas nacionales de relaciones colectivas de trabajo.

seguir para hacer efectivo el reconocimiento de tal derecho. En este sentido, es claro que la creación y puesta en funcionamiento de esta instancia europea de diálogo y comunicación sociales plantea diferentes interrogantes tanto respecto a la europeización del sistema de relaciones industriales cuanto a su propio impacto en los sistemas nacionales de relaciones socio-profesionales. Y ello en la medida en que la actuación de un sistema de confrontación regular entre dirección empresarial y representantes de los trabajadores crean diferentes círculos de poderes y de culturas que definen un «juego complejo»⁷.

Ahora bien, dada la envergadura y trascendencia de esta regulación, que constituye ciertamente uno de los hitos fundamentales de la política social comunitaria y del Derecho del Trabajo de la Unión Europea, conviene en esta sede centrarse en un estudio analítico-crítico de aquellos aspectos de la nueva normativa que presentan un mayor interés y una más amplia problematicidad, que bien pueden entenderse como los principales puntos críticos de la ley.

III. LA COMPLEJIDAD DEL MARCO COMUNITARIO DE REFERENCIA: NECESIDAD DE UNA «TRANSPOSICIÓN ASISTIDA»

Previamente, sin embargo, nos parece oportuno resaltar algunos rasgos básicos definidores del marco normativo que ha servido de puntual e indispensable referencia para la ley, y que no es otro que la Directiva CEU. Aunque, ciertamente, esta norma ha sido objeto de significativos estudios por la doctrina iuslaboralista, tanto en nuestro país como en el resto de los países europeos⁸, conviene recoger ahora las líneas fundamentales de la misma para dar cuenta con mayor claridad de la proyección final que la Ley 10/1997 ha realizado para nuestro ordenamiento de las disposiciones comunitarias.

A este respecto, quizás no sea ocioso volver a recordar que la particular complejidad de la norma española de transposición deriva, fundamentalmente aunque no sólo, como veremos, de la propia complejidad de la Directiva 94/45, que ha presentado dificultades de largo superiores a lo que había sucedido hasta ese momento en el ámbito del Derecho Comunitario del Trabajo. De ahí, la particular necesidad de proceder a una lectura lo más uniforme posible tanto en lo referente a las disposiciones incluibles en el campo transnacional como en el nacional, así como de las diferentes definiciones contenidas en la norma. Como advierte oportunamente el propio legislador, la Directiva 94/45, constituye un texto de aplicación compleja dada la finalidad que persigue: la mejora de los derechos de información y consulta de los trabajadores a través de la creación de un instrumento

7 Cfr. J-P. JACQUIER. «*Les chemins possibles du comité d'entreprise européen*». D.S. n.º 12. 1996, pág. 1.081: el primer círculo sería el de las culturas sociales nacionales, el segundo el de la cultura y estrategia de empresa y el tercero el del poder real ejercido por las partes sindicales.

8 Para el estado de la cuestión en diversos países europeos y para las primeras reflexiones en nuestro país sobre esta norma comunitaria nos permitimos reenviar a nuestro trabajo «Un impulso del "Derecho Social" Comunitario al proceso de normalización de las prácticas de grupo». *Gaceta Jurídica de la CE*. Octubre de 1995.

peculiar en un tipo también peculiar de organización empresarial, la empresa transnacional. La consecución de este objetivo, pues, obliga a la actuación conjunta y coordinada de tantas normas nacionales de transposición como países a los que se extienda la empresa o grupo de empresas afectado, regulando «de la manera más uniforme posible, los principios que constituyen el cuerpo básico de la directiva y que deben regir para la aplicación de la misma en relación con las empresas y grupos de empresas cuya dirección central se encuentre situada en su territorio...»⁹.

Por tanto, no sólo resulta altamente conveniente sino estrictamente necesario la mayor armonización posible de las legislaciones nacionales dada la peculiaridad, prevista por la propia directiva -art. 5. 2 b), art. 7. 1, Anexo 1 d-, según la cual habrá ocasiones en que será necesario aplicar en algún Estado miembro la de otro Estado miembro -donde esté situada la dirección central-. Lo que viene a sumarse al hecho de que todos los Estados miembros deberían transponerla en un mismo período de tiempo, puesto que en cualesquiera puede encontrarse situada o situarse en algún momento la dirección central de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria¹⁰. Así, y dada esta diversidad y la particular necesidad de coordinación -clave de su efectividad-, es claro que la aparición de contradicciones en la transposición de la directiva puede dificultar extremadamente su aplicación. Ahora bien, esta posibilidad no sólo se queda en el plano de la especulación sino que se ha actualizado en la realidad, como corresponde tanto a su carácter de texto jurídico, que como tal está permanentemente abierto a interpretaciones divergentes -textura abierta de las normas- como a la propia libertad dejada a los Estados en distintos aspectos de su integración, unos básicamente instrumentales y otros de naturaleza sustancial, a través de la posibilidad de adoptar disposiciones más favorables.

De tal complejidad han sido conscientes desde el principio las propias autoridades comunitarias, que evidenciaron la necesidad de una «transposición asistida» a través de la creación de un grupo especial de expertos. Este grupo de trabajo tendría como principal misión la identificación, a través de un amplio, intenso y argumentado debate en su interior, de aquellos problemas básicos, así como de los más eficaces métodos de solución, que deberían afrontar las normas nacionales de transposición¹¹. Sin embargo, aunque múltiples y significativos aspectos técnicos han sido resueltos por este grupo, recogiendo nuestra ley en buena medida sus aclaraciones y soluciones, la misma complejidad y la especial sensibilidad social de los problemas planteados no permitía conseguir fáciles y precisos consensos o acuerdos, por lo que han permanecido en el momento de la transposición importantes zonas de incertidumbre o de sombra, como es por ejemplo la propia definición del ámbito de la empresa de grupo, una de las cuestiones clave para la efectividad del derecho reconocido y promovido.

Pero además, debe tenerse en cuenta que la referida complejidad originaria o inherente a la directiva todavía se hace más intensa en aquellas situaciones nacionales caracterizadas por un sistema de relaciones industriales fuertemente institucionalizado y reglamentado, como sucede en España,

⁹ Cfr: Exposición de Motivos punto 4. Subraya este carácter complejo I. ALBIOL MONTESINOS. «El Comité de Empresa Europeo». T.S. n.º 64. 1996.

¹⁰ Resalta la complejidad de la directiva I. ALBIOL MONTESINOS. «El Comité de Empresa Europeo». *Tribuna Social*. n.º 64. 1996.

¹¹ Cfr: S. LAULOM. *op. cit.* pág. 606.

y a diferencia de sistemas más informales o contractualizados como el italiano o, en menor medida, el sistema francés. En estas experiencias nacionales específicas, pues, la recepción e integración de tal directiva plantea cuestiones de dificultad adicional por la necesidad de adecuar la norma comunitaria a los distintos sistemas de relaciones industriales en vigor, cada uno caracterizado por sus propias instituciones, reglas y prácticas ¹². Precisamente, el marcado recurso de la directiva al principio de subsidiariedad debe ser entendido como máxima revalorización del respeto de las diferencias existentes entre los sistemas nacionales y va ligado a la dificultad, si no a la imposibilidad, de crear un modelo rígidamente uniforme de derechos de información y consulta a nivel europeo ¹³.

Esta constatación nos obliga a sintetizar los rasgos básicos caracterizadores de esta directiva -y que buena parte de ellos es igualmente predicable de la Ley de transposición- porque nos puede permitir entender adecuadamente su razón de ser, su contenido y alcance, y, por tanto, nos puede proporcionar elementos importantes a la hora de interpretar sus preceptos y sus eventuales desarrollos, avances y modificaciones en la línea de la experimentalidad que en buena medida tiene esta normativa y pretende. Así, al varias veces referido dato de su *complejidad* adicional, habría que añadir:

1. *Norma subsidiaria.*
2. *Norma de mínimos.*
3. Norma de dimensión institucional u organizativa.
4. Norma de carácter procedimental.
5. *Norma con vocación experimental.*
6. *Norma promocional* o «Legislación de apoyo» o auxiliar.
7. *Norma de carácter eminentemente flexible.*

¹² Cfr. M. BIAGI. «La direttiva comunitaria del 1994 sull'informazione e consultazione dei lavoratori: una prospettiva italiana». En *DRI*. n.º 2. 1995; T. COLAIANNI. «Informazione e consultazione dei lavoratori nell'impresa multinazionale: la creazione dei comitati aziendali europei». *RIDL*. 1995. III. pág. 93 y ss.; *id.* «European Works Councils. A legal and Practical Guide». Sweet & Maxwell. 1996.

¹³ Significativos ejemplos de este recurso al principio de subsidiariedad aparece cuando reenvía a los distintos Estados la disciplina de algunas materias:

- Posibles exclusiones -art. 1.5-;
- Definición de «representantes de los trabajadores» -art. 2.1 d)-;
- El número medio de trabajadores empleados en los últimos dos años para calcular el umbral de la empresa o del grupo de dimensiones comunitarias -art. 2.2-;
- La individualización de la «empresa controlante» -art. 3.6.-;
- Las modalidades de elección o designación de los miembros del grupo especial de negociación -art. 5. 2 a)-;
- Las «disposiciones subsidiarias» -art. 7.1-;
- Las disposiciones en materia de reserva -art. 8.1- y de empresas de tendencia -art. 8.3-;
- La «observancia de la Directiva» a nivel nacional -art. 11.1.-.

En este sentido, tal es la flexibilidad que incluso encontramos diferentes supuestos en los que se permite clara y abiertamente la inexistencia del órgano o procedimiento comunicativo o comunicacional -informativo/consultivo/negociador-, tanto por un *comportamiento omisivo u abstencionista*, en ausencia de iniciativas para promoverlo por parte de quien estaría legitimado para ello como por la existencia de un *acuerdo expreso y formal suspensivo* de las negociaciones. Situación a la que habría que añadir la antes referida relativa a la existencia de un instrumento convalidable, pues generalmente son mucho más permisivos y tolerantes, dada la ausencia de normas de procedimiento y contenido. La directiva, pues, asume un fuerte sentido potestativo o facultativo para la autonomía colectiva y un carácter fuertemente transaccional. El problema se centrará, pues, en ver las garantías de convalidación previstas por la Ley de transposición porque, la directiva, aunque flexible, exige determinados controles, aunque su redacción ofrezca diversos aspectos oscuros o indeterminados ¹⁴.

Igualmente, en esta dirección, debe destacarse la preocupación legislativa por la limitación del impacto de costes de financiación -máxima autonomía, financiación obligatoria de sólo un experto, elección del procedimiento más adecuado-.

IV. UNA CUESTIÓN PROCEDIMENTAL PREVIA: LAS RAZONES DE LA OPCIÓN LEGAL POR LA VÍA ESTATAL DE TRANSPOSICIÓN

Como más arriba se ha señalado, la Directiva 94/45/CE, constituyó una emblemática manifestación de la nueva fase de subsidiariedad caracterizadora del proceso de integración de la Unión Europea, que abría un amplísimo juego al principio de subsidiariedad en su dimensión horizontal. Así, entre otras novedades formales y procedimentales, se destacaba la relativa a las nuevas posibilidades de transposición y puesta en práctica de la Directiva a través de una intervención en tal sentido de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas ¹⁵. Ahora bien, si bien podría haber sido recibida, en consecuencia, por los Estados miembros mediante una norma convencional, de origen profesional *ex art. 83.3 del ET -Acuerdo Interprofesional para Materias Concretas-* ¹⁶, en virtud del reenvío a la fuen-

¹⁴ Como por ejemplo delimitar de forma más precisa las condiciones que permitan su convalidación, identificación de regímenes supletorios pues la directiva se declara expresamente inaplicable en esos casos -art. 13.2 -, salvo que no hubiera prórroga de su vigencia por las partes.

¹⁵ Aunque se trata de una posibilidad que no es completamente novedosa, pues la aplicación convencional de las directivas comunitarias ya había sido prevista por la jurisprudencia del Tribunal Comunitario de Justicia. Sobre los criterios jurisprudenciales para admitir la transposición de las directivas sociales a través de convenios colectivos, *Cfr.* A. OJEDA AVILÉS. «La negociación colectiva europea». *R.L.* 1993-II.

¹⁶ El señalado valor diferenciador asumido por el nuevo modelo de relaciones industriales europeo ha sido ampliamente asumido por la organización sindical comunitaria, propiciando el desarrollo de la colaboración entre los interlocutores sociales. Esta colaboración aparecería, además, como una necesidad derivada de la propia libertad de circulación de los trabajadores que, a su vez, ha venido determinando una profundización de la autonomía colectiva como instrumento para producir normas efectivas y eficaces en el Derecho del Trabajo Comunitario. *Cfr.* G. DÍAZ FANDOS. «Nuevas perspectivas para la acción de la Comisión Europea en materia social». En II Jornadas sobre la Comunidad Europea. Sevilla. 1994. pág. 70. Críticamente *vid.* J. APARICIO, «¿Ha incluido el Tratado de Maastricht a la negociación colectiva entre las fuentes del Derecho Comunitario?». *REDT.* n.º 68. 1994, pág. 15.

te colectiva realizado por su artículo 14, de conformidad con la preferencia actualmente otorgada, en líneas generales, por la autonomía normativa de los interlocutores sociales, la elección española, al igual que otras experiencias nacionales recientes, como por ejemplo la francesa, se ha decidido en favor de una norma estatal, por tanto de origen heterónomo, y de carácter formalmente legal ¹⁷.

De este modo, una vez más, y aunque ciertamente la vía de recepción autónoma y convencional asumía en esta directiva un peculiar relieve y una singularísima significación, en cuanto forma privilegiada para institucionalizar instrumentos y/o procedimientos de información y consulta realmente eficaces y efectivos ¹⁸, nos encontramos con una opción conocida del Derecho del Trabajo clásico, ahora reproducida en el ámbito comunitario: una intervención legislativa en garantía de los derechos de los trabajadores y de promoción o incentivación del sistema de relaciones industriales en la empresa -legislación de apoyo ¹⁹-. Sin embargo, este protagonismo estatal pudiera resultar sorprendente en el actual contexto político y socio-económico de nuestro sistema de relaciones laborales, particularmente afectado y promovido por los principios y técnicas del diálogo social y por los procedimientos.

Además, debe tenerse en cuenta que en aquellos países donde ha habido un particular protagonismo convencional, aparecen interesantes disposiciones que prevén soluciones a problemas concretos que no han sido resueltos por los textos legislativos de recepción de otros países comunitarios y que han emergido en la práctica o que tienen un carácter innovador respecto a cuanto ha previsto

¹⁷ La facultad de recibir la directiva mediante acuerdo colectivo ha sido utilizada en Noruega -noviembre de 1995-, en Bélgica -febrero de 1996- e Italia -Acuerdo interconfederal de noviembre de 1996-, en los que en cualquier caso se ha evidenciado la necesidad de adoptar textos legislativos para completar las normas convencionales, especialmente para definir materias tales como las sanciones por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la norma comunitaria, que no podían ser dejados a la autonomía colectiva. Por su parte, Dinamarca -abril de 1996-, Suecia -mayo 1996-, Finlandia -junio 1996-, Irlanda -julio 1996-, Alemania y Austria -octubre de 1996-, Francia -noviembre 1996-, han adoptado ya los respectivos textos legislativos de recepción, mientras que los restantes Estados miembros tienen ya muy avanzado el proceso parlamentario de aprobación de la normativa en materia. Por su parte, esta opción ha sido saludada favorablemente como señalada excepción en la política de transposiciones que hay que legitimar por las garantías exigidas en este caso.

¹⁸ En este sentido, la actuación de directivas mediante acuerdos sindicales es ampliamente fundada y promovida por el mismo Tratado de Maastricht y por el Protocolo sobre la política social anexo, que vinieron a reconocer un verdadero y genuino reconocimiento del poder normativo de la negociación colectiva en el sistema de fuentes del Derecho Comunitario del Trabajo. Así, el artículo 2.4 prevé que cualquier Estado miembro podría confiar a las partes sociales sobre una solicitud común, la actuación de las directivas sobre información y sobre consulta de los trabajadores. Así, es sabido que la principal intención de la directiva, y prueba de fuego para su viabilidad normativa, es la limitación de la intervención normativa a la predisposición de prescripciones mínimas dentro de las que ubicar y estimular la autonomía de las partes sociales. La aplicación de la directiva revaloriza, en este sentido, el papel de las partes sociales a la hora de sostener la legislación comunitaria y su transposición en los ordenamientos internos de los singulares Estados miembros.

¹⁹ Esta línea aparece igualmente confirmada con la Directiva 96/34/CE, de 3 de junio, sobre permiso parental -DOCE 19 de junio de 1996-, que viene a respaldar el acuerdo sobre el mismo tema de los actores sociales europeos -UNICE, CEEP, CES-, adscribiéndose al campo de la «legislación negociada» y de los «euroacuerdos», y que reconocía un significativo margen de actuación a los acuerdos colectivos en orden a su transposición. Distinta parece ser la línea inspiradora de la Directiva 96/71/CE, sobre desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, que omite en su artículo 7 la posibilidad de transposición mediante acuerdos colectivos nacionales. *Cfr.* A. OJEDA AVILÉS. «Negociación colectiva europea y trabajadores desplazados». AS. n.º 2. 1997.

la directiva ²⁰. Quizás por todo este cúmulo de razones el propio legislador ha sentido la necesidad o la obligación -que de otro modo casi aparece como una *excusatio non petita*- de dar una explicación que justifique esta intervención estatal en un sistema de fuentes de Derecho del Trabajo marcado cada vez más por los productos autónomos y convencionales.

Ahora bien, que la transposición se haya producido por la vía legal estatal no sólo no supone un desconocimiento de la subsidiariedad horizontal o protagonismo de la autonomía negocial de las partes socio-económicas, que, antes al contrario, aparece como auténtico «principio básico de la norma» -v.g. arts. 10, 12 y disp. adic. 1.ª de la ley-, tanto por imperativo comunitario como por imperativo constitucional, sino que además resulta ampliamente conveniente y absolutamente imprescindible, pues determinados aspectos de la directiva no podrían haber sido nunca introducidos por vía convencional -v.g. definiciones de conceptos básicos como grupos de empresas, representantes de los trabajadores; mecanismos de tutela jurisdiccional y administrativa...-. Y en cualquier caso, como vuelve a reconocer el propio legislador, la participación de los interlocutores sociales en el procedimiento legislativo ha quedado asegurada formal y materialmente a través del Dictamen preceptivo del Consejo Económico y Social.

V. EL CONTENIDO DE LAS NORMAS PRELIMINARES: OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

1. Los objetivos: la significación político-jurídica general de la «mejora» de los instrumentos de participación.

Enfrentados ya al análisis directo e inmediato de la Ley de transposición, una somera lectura de la misma evidencia una estructura articulada en cuatro Títulos, algunos de los cuales se dividen a su vez en diferentes Capítulos. El primero de ellos, el Título preliminar, se proyecta en todo el conjunto del articulado legal -carácter horizontal-, y se centra en la delimitación de tres cuestiones básicas: determinación del objeto o finalidad de la norma -art. 1-, delimitación de su ámbito de aplicación -art. 2- y fijación de las definiciones de lo que debe entenderse por determinados conceptos jurídicos básicos «a los efectos de la ley» -art. 3-, en particular del concepto clave de «empresa que ejerce el control» -art. 4-.

²⁰ Así ha ocurrido respecto a cuestiones tales como la promoción de estos procedimientos a través de una particular financiación empresarial adicional, mediante la ampliación de derechos como los relativos a permisos retribuidos para los componentes de la delegación especial de negociación y CEU; o como por ejemplo respecto a mecanismos adecuados para un control permanente y preventivo de la efectividad de los derechos reconocidos, como por ejemplo a través de la creación de especiales Comisiones técnicas de conciliación encargadas de establecer la justificación del comportamiento empresarial que no confiere informaciones por su pretendido carácter reservado o confidencial; o bien por la constitución de Comités obligatorios finalizado el período de validez de un acuerdo previo -acuerdo de anticipación-. Cfr. Acuerdo Interconfederal alcanzado en Italia entre la Confindustria, Assicredito, CGIL, CISL e UIL, el 6 de noviembre de 1996, cuyo texto puede leerse en *RIDL*, 1997, parte III. Vid. T. COLAIANNI-A. LUCCHESI. «Informazione e consultazione dei lavoratori a livello transnazionale. Due anni di esperienza: settembre 1994-Settembre 1996». *RIDL*. 1997. I, pág. 59 y ss.

Por lo que refiere a la primera cuestión, el artículo 1 de la ley, ya ofrece una referencia literal diferente a la contenida en el artículo 1 de la Directiva CEU, pues mientras ésta fija su objeto en la «mejora» de los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, la norma nacional afirma que su objeto es «regular» tales derechos. Ahora bien, pese a estas diferencias terminológicas, que parecen evidenciar una mayor conciencia del legislador español sobre la falta de un auténtico carácter innovador y de un efectivo alcance extensivo del umbral de derechos de información y consulta de los trabajadores en la empresa, es claro que el significado primario de la Ley 10/1997, como el de la norma comunitaria, es netamente garantista de un derecho social fundamental de los trabajadores europeos: pretende garantizar la efectividad de sus derechos de información y consulta a través de la adaptación de los procedimientos nacionales tradicionales a la actual estructura compleja -*principio de simetría* de las representaciones- y transnacional -*principio de transparencia* territorial- de las empresas. Lo que se persigue es, en realidad, asegurar la neutralidad de la estructura de la empresa para la efectividad de tales derechos -*principio de indiferencia de la forma jurídica*-, por un lado, y suprimir las autolimitaciones derivadas del «atavismo» territorial, por otro ²¹.

El punto de partida no es sólo, pues, la insuficiencia e incluso la ineficacia de los procedimientos de información y consulta regulados en el ámbito nacional -límites territoriales y funcionales- sino el carácter obstativo y opaco que en muchas situaciones asume la nueva estructura compleja de las empresas para la eficacia de los derechos no ya sólo en el ámbito de grupo sino también para los propios derechos equivalentes en los sistemas nacionales, que perderían en parte su sentido por su alejamiento de los centros reales de decisión de la empresa. Precisamente, este punto de partida habría llevado a un autorizado sector doctrinal a criticar el planteamiento excesivamente «patológico» y la lógica meramente «defensiva» respecto de la realidad de grupo asumidos, en línea con la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales, por la normativa comunitaria en este punto.

La regulación de mejora pretende básicamente, en consecuencia, introducir una garantía de efectividad de determinados derechos frente a eventuales políticas de grupo penalizadoras u obstaculizadoras para un adecuado ejercicio de los mismos en ámbitos transnacionales. Ahora bien, no debe olvidarse que, en última instancia, la norma reconoce una facultad de acceso directo de los representantes de los trabajadores a los niveles o centros de decisión más adecuados, y en particular a las direcciones centrales de los grupos aunque no sólo. Lo que revela que la normativa en materia comunitaria y de transposición, más que una lógica patológica asume una lógica transaccional o de compromiso, que se preocupa menos por distinguir lo patológico de lo fisiológico y más por establecer un equilibrio entre determinados intereses de las dos partes en conflicto que considera igualmente legítimos, tratando de evitar que uno de ellos resulte indebidamente penalizado por el otro ²².

²¹ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. «Los derechos de información y consulta de los trabajadores y la dimensión comunitaria de la empresa». *RL*. 1990-I.

²² En esta dirección, la misma referencia a la idea de «mejora» de tales derechos, no sólo expresa la situación real del Derecho Comunitario, pues ya aparece recogido en diferentes directivas, sino que además puede expresar más ampliamente la idea del carácter mínimo de la medida y del carácter progresivo que pretende implantar de forma gradual, lo que puede determinar la idea de mayor efectividad, en cuanto que aspira a reforzar derechos ya existentes en el plano transnacional.

2. Los canales de información-comunicación previstos: preferencia legal por los Comités Europeos de Empresa.

A tal fin, sin embargo, la normativa se propone garantizar derechos de información y consulta, sin hacer referencia en ningún momento a derechos de participación en sentido estricto o «fuerte», es decir, de influencia codecisoria de los trabajadores en la gestión de la empresa. En este sentido, las instituciones comunitarias, se orientarían ahora más bien en una diferente posición, que si no puede configurarse como absolutamente neutral, sí aparece claramente caracterizada por la búsqueda de un razonable equilibrio entre dos lógicas aparentemente contradictorias: la lógica cooperativa o de colaboración asumida en determinados Estados miembros respecto de estos procedimientos de información y consulta, de un lado, y la lógica conflictual y reivindicativa asumida en otros Estados miembros, en los que tales derechos sirven únicamente de apoyo a la acción sindical y a la negociación colectiva ²³.

Precisamente, este mismo principio de respeto a la diversidad se refleja en el tipo de instrumentos previstos para canalizar esta nueva «filosofía» de control de la gestión empresarial. En este sentido, es cierto que esta directiva ilustra bien la política comunitaria orientada a introducir reformas que garanticen una mayor capacidad de influencia de los trabajadores en los procesos de gestión de la empresa, decantándose progresivamente por un modelo de democracia industrial en el que la participación, entendida en sentido amplio, aparece como condición de legitimidad de tales procesos -principio de procedimentalización del poder empresarial ²⁴-. La directiva, pues, y con ella nuestra Ley de transposición, en aplicación de los principios de equivalencia funcional de las técnicas y de respeto a la diversidad nacional, configura un modelo abierto y diversificado de los procedimientos de información-consulta en las empresas de dimensión comunitaria, partiendo de su estricta funcionalidad a diferentes modelos participativos ²⁵.

Esta posición flexible se ha traducido de forma concreta en la aportación de una solución que contempla distintos instrumentos de información y consulta. En efecto, y a diferencia de lo sucedido en los proyectos inmediatamente anteriores a la redacción definitiva de la directiva, el objetivo de la «mejora» de los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria, puede realizarse no sólo a través de la creación en la empresa de un órgano interno de representación en el ámbito europeo, el denominado Comité Europeo de Empresa -CEU-, sino también mediante cualquier fórmula o procedimiento capaz de garantizar aquel objeti-

²³ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. «Los derechos...» *op. cit.* pág. 77.

²⁴ Ahora bien, este marcado significado garantista adquiere en la opción de política jurídica impulsora de la actual normativa en materia, y en línea con lo que viene sucediendo en las dos últimas décadas en las legislaciones laborales de los países europeos, un enfoque particularmente pragmático, dinámico, flexible, colectivo y transaccional.

²⁵ Lo que ha llevado a afirmar que la Comisión «parece insistir más en la idea de consulta e información, adoptando una posición neutra que pueda ser aceptable tanto para ordenamientos en los que la consulta e información se hacen desde una lógica de cooperación, como para aquellos en los que esa consulta e información sirven más bien de apoyo a la acción sindical y a la negociación colectiva». Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. «Los derechos de información...» *op. cit.* pág. 115. Esta posición flexible se extendería también a la misma indefinición comunitaria de un modelo de representación, respetando la pluralidad de sistemas representativos imperantes en los Estados miembros.

vo -art. 1 párr. 2 ley-. En esta dirección, es innegable el riesgo de que en la práctica sindical, los procedimientos de negociación, cuya organización constituye un objeto principal de la normativa reguladora, conviertan en algo marginal lo que, sin embargo, debería aparecer como la regla, es decir, la garantía, generalización e institucionalización de los CEU ²⁶.

Ahora bien, pese al expreso carácter alternativo de los mecanismos o procedimientos previstos en la normativa reguladora, es claro a nuestro juicio, no sólo en el espíritu sino en la propia letra de la normativa comunitaria, la preferencia por la constitución de un CEU. Esta falta de radical neutralidad o de indiferencia o indefinición vendría evidenciada, entre otros datos, por la facilitación o flexibilización de las vías a seguir para su constitución, o por la previsión únicamente de este mecanismo cuando sean aplicables las disposiciones subsidiarias. A este respecto, no debe olvidarse que la creación de un órgano de representación y tutela de los intereses de los trabajadores en el marco europeo es la mejor forma de garantizar de forma efectiva la regularidad, la coherencia y la transparencia de un procedimiento de información y consulta en la empresa compleja y transnacional.

3. Delimitación del ámbito de aplicación de la ley: la incierta noción de «grupo de dimensión comunitaria».

Por lo que a la delimitación del ámbito de aplicación se refiere, debe destacarse que el artículo 2 de la Ley de transposición responde a tres reglas generales:

- 1.º El carácter transnacional comunitario de las empresas o grupos: las normas serán aplicables únicamente a las «empresas» y «grupos de dimensión comunitaria», con la consiguiente exclusión de empresas y grupos nacionales.
- 2.º Generalidad del ámbito subjetivo de aplicación, resultando indiferente la naturaleza jurídica y el tipo de actividad realizado por la organización empresarial: aplicable a empresas y grupos «públicos o privados y de cualquier rama o sector de actividad». La ley española, pues, no ha hecho uso de la facultad excluyente prevista por la directiva.
- 3.º Globalidad del ámbito subjetivo de aplicación: las competencias de los CEU o de los procedimientos alternativos de información y «consulta» abarcarán a todos los centros de trabajo o a todas las empresas del grupo situadas en los «Estados miembros», pudiendo ser más amplio si así lo prevé el acuerdo *ex* artículo 12 entre la «Comisión Negociadora» y la «Dirección Central».

²⁶ Cfr. P. RODIÈRE. «Les Comités d'entreprise à l'heure européenne». Dr. ouvr. 1995, pág. 61.

Ahora bien, es claro que los conceptos a los que la norma recurre para definir o delimitar su ámbito tienen un significado eminentemente funcional -conceptos funcionales o teleológicos-. De ahí, la particular necesidad de que la propia ley determine qué se entiende por tales en este contexto normativo y sistemático, es decir, «a sus efectos»²⁷. En este marco conceptual, sin duda el concepto de mayor relieve, y por tanto también más problemático, es el relativo a la empresa o grupo «de dimensión comunitaria», que, como es sabido, la ley, en línea con la directiva, delimita a través de la utilización de dos parámetros -art. 3.1. 2.º y 4.º-:

- a) Numérico: umbral mínimo de trabajadores -total de al menos 1.000-.
- b) Cualitativo: dimensión transnacional de la empresa, que viene determinado por la implantación en al menos dos Estados miembros diferentes, que empleen al menos 150 trabajadores en cada uno de ellos.

Es totalmente indiferente, a los efectos de reconocimiento de la dimensión comunitaria, que la empresa o, en el caso del grupo, la empresa dominante, tenga o no su sede social sobre el territorio de los Estados destinatarios de la directiva. La carga de organizar un Comité de Empresa Europeo -o un procedimiento de información y de consulta de carácter transnacional- incumbe, en caso de estar situada fuera del territorio comunitario, al representante de la dirección central en estos Estados especialmente designado al efecto. Ahora bien, si no hubiese tal designación expresa la responsabilidad recaerá, según un criterio meramente cuantitativo referido a la dimensión ocupacional o tamaño de la plantilla de la empresa, en la dirección del centro de trabajo de la empresa o en la dirección central de la empresa del grupo que emplee el mayor número de trabajadores sobre el territorio de estos mismos Estados -art. 3 párr. 1 n.º 6-.

En consecuencia, por múltiples aspectos, sí es de la máxima importancia el cálculo de los efectivos ocupados por las empresas o grupos comunitarios -dimensión de la plantilla de la empresa-. El criterio numérico, sin embargo, presenta algunas cuestiones problemáticas²⁸. En primer lugar, determinar qué tipo de trabajadores: fijos o indefinidos, y/o temporales. A este respecto, la directiva sólo establecía unos criterios genéricos -media del número de trabajadores, con indiferencia del carácter

²⁷ Y, así, el artículo 3, se ocupa de definir conceptos tales como «Estados miembros», puesto que no sólo incluye a los once originariamente destinatarios de la directiva, sino también los tres nuevos países incorporados -Austria, Finlandia y Suecia- y, además, los firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo -Noruega, Islandia y Liechtenstein. O bien «representantes de los trabajadores», para lo que sigue la regla común de indiferencia respecto al modelo de representación, tratando con ello de respetar al máximo, al menos en línea de principio, la pluralidad de sistemas vigentes en los diferentes Estados miembros. Lo que significa que en nuestro caso, las referencias a los representantes en el procedimiento de elección de la comisión negociadora, o a los pertenecientes a cualquiera de los procedimientos de información y consulta previstos, deberán referirse tanto a los unitarios -comités de empresa y comités intercentros-, como sindicales -secciones y delegados sindicales- (respecto del sistema dual español).

²⁸ Como luego veremos con más detenimiento, este doble umbral pretende precisar un doble efecto excluyente: por un lado, que no se aplica a las pequeñas y medianas empresas, quedando excluidas las empresas aún vinculadas de menos de 150 trabajadores; por otro, que la norma no afecte a la forma de regular la información y la consulta dentro de cada Estado miembro.

pleno o parcial de la contratación, en período bianual- de referencia para el cómputo de la plantilla mínima, reenviando su especificación a cada legislación nacional de transposición -art. 2.2 directiva y 3.2 ley-²⁹. Pero en esta materia la armonización resulta importante porque eventuales diferencias significativas en el cómputo de trabajadores y criterios a utilizar puede forzar a las empresas a situar sus establecimientos o empresas en territorios de Estados miembros cuyas legislaciones les permitan un mayor margen de acción o maniobra en orden al cómputo de trabajadores³⁰.

Finalmente, y a este respecto, puede comprobarse nítidamente que en materia de delimitación del ámbito de aplicación de los derechos de información y consulta previstos se plantean los mismos problemas que en las legislaciones nacionales en las que, como ocurre de forma creciente y aguda en nuestro ordenamiento laboral, el criterio numérico y no la real capacidad económica de la empresa es determinante del estatuto de derechos de los trabajadores, y por tanto de obligaciones de los empresarios, y además no ya en función de la dimensión global del complejo organizativo de la actividad económica sino de los distintos establecimientos. Nos encontramos así con dos problemas de primer relieve:

1. La criticable exclusión indiscriminada de las pequeñas y medianas empresas de dimensión transnacional, con los consiguientes efectos de multiplicación de las diferencias de protección de los trabajadores en empresas que cuentan, sin embargo, con similar potencialidad económica.
2. El problema del carácter cumulativo de la exigencia de los requisitos para determinar la dimensión comunitaria de la empresa, que amplía las posibilidades elusivas de las responsabilidades derivadas de la normativa en esta materia.

Pero, sin lugar a dudas el tema de máxima magnitud para determinar la noción de empresa de dimensión comunitaria es identificar la «dirección central». Pero la identificación de la dirección central presupone la identificación fundamentalmente de la «*empresa que ejerza el control*», que como hemos señalado aparece como una noción clave de la entera directiva que debe permitir no sólo designar la dirección central, destinataria de la mayor parte de las obligaciones de la directiva, sino igualmente circunscribir las fronteras del grupo de empresas y, pues, de designar las filiales y establecimientos que deberán ser representados en el interior de la comisión negociadora y del comité europeo de empresas. Consecuentemente, junto a la necesidad de una adecuada coordinación de las legislaciones de los Estados miembros, derivada de la especial complejidad de la Directiva CEU, otro concepto absolutamente clave para la efectividad de los objetivos de la norma comunitaria se centra en la necesidad de delimitar con la mayor precisión posible su ámbito de aplicación, y en particular, dejando al margen la noción de empresa, lo suficientemente flexible y funcional como para no suscitar problemas relevantes en orden a su adaptación en el ordenamiento español, el concepto de grupo de empresas de dimensión comunitaria, clave de arco del entero edificio normativo construido por la Ley de transposición.

²⁹ La utilización del criterio relativo a la media en un período de tiempo bianual resulta adecuado a los actuales métodos de gestión del empleo en las empresas contemporáneas, caracterizados por una relativa amplia frecuencia de reorganizaciones productivas y de cambios estructurales, en particular en el seno de los grupos de empresas.

³⁰ Reenviamos al apartado relativo a las disposiciones nacionales.

A este respecto, conviene recordar que la Directiva CEU trata de garantizar el acceso de los representantes de los trabajadores a los *ámbitos o niveles de decisión más adecuados*, o lo que es lo mismo, a los centros de dirección que en cada caso tengan la competencia para adoptar de manera efectiva y real las decisiones de organización, gestión y gobierno de la empresa, a los efectos de recibir la oportuna información y de ser consultados sobre ellas -transparencia de la empresa y simetría de estructuras de representación-. Niveles que, en unos casos, aquellos que afecten al conjunto de la empresa o del grupo serán las direcciones centrales y, en otros casos, cuando se trate de situaciones que afectan a escalas o estructuras organizativas inferiores, serán las respectivas direcciones locales -art. 18.3 ley-.

De este modo, el «grupo de empresas», aparece aquí como un concepto jurídico relevante, definido operativamente por este estatuto normativo como un complejo empresarial integrado por la empresa que ejerce el control y las empresas controladas, con arreglo a los criterios que se establecían en la propia directiva. Pero aquí la normativa comunitaria, una vez más, se limitaba a suministrar una definición extremadamente genérica, extraída fundamentalmente del Derecho Comunitario de Sociedades. Así, la noción comunitaria de empresa controlante se asienta en torno al concepto clásico de «influencia dominante» de una empresa sobre otra, a través de la creación de una red de vínculos articulada sobre la base de motivos de propiedad, participación financiera o estatutos sociales. Esta definición, sin embargo, aparece de forma extremadamente abierta, como acredita el hecho de que la enumeración no sea en modo alguno cerrada sino meramente ilustrativa o ejemplificativa, dejando un amplio margen, por tanto, a la ya de por sí extensa gama de instrumentos de control acreditados en la práctica societaria, mercantil y empresarial en general ³¹.

Ahora bien, la extrema generalidad y la amplia concesión al principio o método realista de definición, obliga a establecer unos criterios que ofrezcan mayor visibilidad, nitidez, transparencia y concreción, en la medida de lo posible, a la delimitación de la empresa que ejerce el control. De ahí que, a la hora de precisar la existencia de esta influencia dominante, la directiva acude a dos grupos de criterios -arts. 2 y 3-:

1. Criterios presuntivos, a fin de dar mayor concreción y visibilidad a la existencia de la influencia dominante ³².
2. Criterios jerárquicos, al objeto de evitar la eventual existencia de conflictos de leyes.

³¹ Así, aunque la Directiva CEU, a diferencia de otras directivas y propuestas comunitarias, no hace referencia a la influencia dominante derivada de un acuerdo específico, es claro que el tenor amplio utilizado obliga a incluir también este tipo de vinculaciones, en la línea de la regulación amplia contenida en la propuesta de Novena Directiva. Cfr: J. M. EMBID IRUJO. «La Regulación de los grupos de sociedades en el Derecho Comunitario». *G. J* de la CEE. 1987; A. PAVONE LA ROSA. «Osservazioni sulla proposta di nona direttiva sui gruppi di società». *G. Comm.* 1986-I.

³² a) Mayoría del capital (poder económico-patrimonial de la empresa);
 b) Mayoría de los derechos de voto (poder político de la empresa);
 c) Facultad de nombramiento de al menos la mayoría de los miembros de los órganos de dirección, administración o control (poder de gobierno y administración de la empresa).

Siguiendo de cerca estas previsiones comunitarias, el artículo 4.2.2 de la Ley de transposición, delimita el concepto de empresa que ejerce el control. Sin embargo, éste es un tema importantísimo que queda máximamente abierto también en nuestro país pues no resuelve de manera satisfactoria las imprecisiones, incertidumbres y dudas interpretativas suscitadas por la normativa comunitaria. Así, si bien la norma española ha completado la jerarquía establecida en la norma comunitaria, estableciendo como más relevante el criterio de la mayoría de los derechos de voto -b)- sobre el de la mayoría del capital suscrito -a)-, siendo, en cualquier caso, preferente el relativo al nombramiento de los miembros de los órganos de gobierno o de control -c)-, es claro que no por ello se evita todo riesgo de conflicto, porque la definición prevista con carácter general es más amplia: cubre todo aquel conjunto de vínculos que determinen una *influencia efectiva de una empresa sobre su comportamiento económico y financiero*.

En efecto, como es bien sabido, el grupo de empresas, o mejor la empresa con estructura de grupo, se conceptualiza a partir de tres elementos: relación de dependencia, instrumentalizada a través de diversas técnicas o formas de control; dirección económica unitaria, que determina la existencia de una «unidad de organización» y de «gestión» -unidad de decisión-, e interés unitario de grupo -interés general de empresa-. De estos tres elementos, estrechamente relacionados e interdependientes, pero con relaciones no meramente lineales ni unívocas, la ley, en atención a la normativa que transpone -aquí prácticamente se limita a transcribir, adoptando, pues, una perspectiva muy restrictiva respecto a las posibilidades abiertas por la directiva- parece hacer referencia sólo al primero de ellos, es decir, la relación de dependencia o control, ya sea de forma directa o indirecta -art. 4.3-. Sin embargo, de una lectura más atenta de la regulación comunitaria y nacional, es posible rastrear en otros preceptos una cierta presencia, si bien de forma difusa e implícita, de las otras dos notas. Así, en el artículo 18.3 de la ley, por ejemplo, se alude al concepto de «*nivel de dirección más adecuado*», lo que no puede dejar de sugerir el concepto presente en las legislaciones nacionales, en particular en España, de unidad de decisión, al menos a determinados y específicos efectos. Además, la propia referencia a la existencia de decisiones que pueden afectar de forma global a los trabajadores de un complejo empresarial transnacional, evidencia la existencia o individualización en el plano jurídico-profesional o sindical de un interés colectivo de grupo -v.g. art. 12.2-.

En cualquier caso, lo que sí parece claro en la Ley de transposición, es que el concepto de grupo por subordinación acogido es extremadamente amplio, incluyendo no sólo el modelo de regulación contractual -de inspiración germánica-, sino también el denominado modelo de regulación orgánica o institucional -de inspiración francesa-, puesto que alude de forma genérica a cualquier vía -personales, institucionales, contractuales «u otros»- que permita, en la práctica, el ejercicio de una influencia dominante. Igualmente, deben entenderse incluidos aquellos grupos en el que esta influencia dominante no sólo sea efectiva, es decir, se ejerza de hecho este poder de dirección unitario, sino que basta con que sea potencial, es decir, que exista posibilidad de ejercerlo por contar con los vínculos apropiados para ello, aunque el poder de control no sea real y efectivo -v.g. «pueda ejercer ...»-.

Ahora bien, la determinación de si una empresa es o no «una empresa que ejerce el control», se hará, con carácter general, de conformidad con la legislación del Estado miembro por la que se

rija dicha empresa -art. 4.5-³³. Consecuentemente, aquella definición enormemente amplia y genérica, por tanto, altamente imprecisa e incierta, será aplicable a las empresas de nacionalidad española que puedan ejercer el control, así como a las que tengan su domicilio en territorio español. Y en nuestro Derecho, ciertamente, este tipo de definición no es totalmente ajeno, pues, en múltiples sectores normativos el concepto de grupo se identifica bien por la existencia de una situación de control -art. 42.1 Código de Comercio- bien por una unidad de decisión realizada única y exclusivamente a través del control de una entidad sobre las decisiones de otra u otras -v.g. art. 4 de la Ley 24/1988, 28 de julio, sobre Mercado de Valores-.

Sí contrasta, en cambio, con el concepto individualizado por la jurisprudencia a través de una reiterada y consolidada, aunque no exenta de críticas, intervención de los diferentes Tribunales laborales, en particular del Tribunal Supremo. Un concepto que, incluso a los efectos de la constitución y acción colectiva en estos niveles o ámbitos empresariales complejos, puede calificarse como restrictivo, centrado en el concepto de unidad de dirección económica o administrativa -v.g. STS 27-4-1995-, que, sin embargo, no coincide ni conceptual ni prácticamente en todos los casos con las situaciones de control económico y financiero, como el propio Tribunal Supremo ha señalado en alguna ocasión. De esta forma, aunque esta definición funcional a los efectos de los derechos de información y consulta en el marco de los grupos europeos no choca con nuestro ordenamiento, pudiéndose transponer adecuadamente, tal transposición no está exenta de problemas³⁴.

Además, la jerarquía existente no va a resolver todos los problemas, dado el recurso a normas tan indeterminadas y tan flexibles como las que toman como parámetro de referencia un control por «motivos previstos en los estatutos sociales u otros», que son normas de origen privado. Por lo tanto, una vez más se concede un amplio margen de maniobra para la empresa controlante a través de normas de funcionamiento empresarial interno y privado, promocionando un modelo de autorregulación de carácter unilateral y no bilateral o consensual, de conformidad con el principio básico de toda la normativa.

En este sentido, y a modo de síntesis, podría realizarse una crítica tanto por defecto como por exceso de la actual normativa. En el primer caso, por la exclusión de los grupos horizontales, cuando la realidad es que existe una amplia interacción de modelos en la práctica, y en el segundo caso por acudir a un concepto extremadamente amplio de control que no siempre implica una unidad de decisión, de modo que, si el segundo puede realizarse por el primero el primero no siempre implica, ni puede confundirse, con el segundo.

³³ Cuando la legislación por la que se rige la empresa no sea la de un Estado miembro, la legislación aplicable será la del Estado miembro en el que esté establecido su representante o, en su defecto, la del Estado miembro en que esté situada la dirección central de la empresa del grupo que emplee al mayor número de trabajadores -art. 4.5 párrafo segundo-.

³⁴ Con lo que se expone el problema de su legitimidad en orden a ejercer un poder unitario, tanto para los grupos como para las organizaciones sindicales: si es verdad que el primero dispone de un poder central, si bien en ocasiones limitado, las segundas tienen más dificultades para modificar su filosofía organizativa, pues carecen de capacidad de mandato aunque sí de influencia. Por lo que ambos, pero sobre todo, la parte sindical, se encuentra ante una nueva etapa en la concepción de las estructuras europeas de sindicación. *Cfr.* J.P. JACQUIER. *op. cit.* pág. 1.085.

VI. LAS NORMAS DE CARÁCTER TRANSNACIONAL: LAS VÍAS LEGALMENTE PREVISTAS PARA LA CONSTITUCIÓN DEL COMITÉ EUROPEO DE EMPRESA

1. La subsidiariedad horizontal como principio básico: la primacía del modelo convencional.

1.1. Los acuerdos de anticipación.

A la vista de lo dispuesto en la Ley 10/1997, en plena armonía con lo ya previsto por la Directiva 94/45/CE, tres son los criterios generales presentes para establecer el CEU o, en su caso, el correspondiente mecanismo alternativo de información y consulta. Y en ellos es claro, en líneas generales, como cuida de subrayar el propio legislador, el favor hacia la autonomía de la voluntad y la negociación, en coherencia con el nuevo papel asignado a las fuentes profesionales en el Derecho Comunitario del Trabajo ³⁵. Todo ello no es expresión sino de la primacía otorgada al modelo de autorregulación convencional derivada del principio de subsidiariedad horizontal o principio de respeto a la autonomía colectiva de las partes, como ya se indicó.

Ahora bien, si este carácter privilegiado otorgado a la intervención autónoma o convencional se manifiesta fundamentalmente en el protagonismo reconocido a los acuerdos a que pueden llegar las partes para constituir o establecer un comité de empresa europeo, o un procedimiento alternativo de información y consulta, igualmente puede entenderse privilegiado el reconocimiento de plena validez a los acuerdos preexistentes a la entrada en vigor de las leyes nacionales de transposición, así como la convalidación de los previos a la adopción de la directiva -Acuerdos de Anticipación o predirectiva-. En este sentido, para entender adecuadamente la primacía que en este marco normativo adquiere el modelo convencional, como primera y principal vía de creación de estos instrumentos informativos-comunicativos entre los actores socio-económicos de la empresa de dimensión comunitaria, no debe olvidarse que la viabilidad de la directiva se debió en buena medida al avance que en esta materia implicó el desarrollo de diferentes prácticas negociadoras, que hicieron una realidad la existencia y el desarrollo de específicas relaciones convencionales en el marco comunitario, primando las necesidades prácticas sobre las declaraciones programáticas ³⁶.

³⁵ Así pueden citarse como ejemplos: atribución a las partes sociales la determinación de la naturaleza, composición, atribuciones y modos de funcionamiento del CEU -n.º 15-; decisión de acudir a la aplicación de las disposiciones subsidiarias -n.º 17-; cuando se salva su facultad de no pedir la institución de un comité empresarial europeo -n.º 18-.

³⁶ No debe olvidarse tampoco que para el desarrollo del diálogo social y la consiguiente apertura de diversas vías a la participación de los agentes sociales en la construcción del mercado único tuvo una especial importancia el acuerdo logrado por los interlocutores sociales el 31 de octubre de 1991, que daba explícitamente paso a la regularización de unas relaciones convencionales a nivel europeo, acuerdo que fue incluido en su integridad en el Protocolo Social y en el Acuerdo anexo. Destacan en particular los artículos 2.4 -posibilidad de desarrollar convencionalmente las decisiones adoptadas por el Consejo-; artículo 3.2 y 3 -procedimiento de doble consulta a los agentes sociales sobre la elaboración de directivas en materia social- y 4.2 del APS posibilidad de adopción de normas convencionales de eficacia comunitaria-. Cfr: F. PÉREZ DE LOS COBOS. *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*. Civitas. Madrid. 1994.

Así, este protagonismo del modelo negocial aparece en un doble plano:

- a) La exclusión de la aplicación de la normativa legal en aquellas empresas o grupos de dimensión comunitaria en los que antes del 22 de septiembre de 1996 estuviese vigente algún acuerdo sobre información y consulta -disp. adic. 1-.
- b) Prevalencia otorgada a la regulación dada por las partes frente a las disposiciones subsidiarias -art. 12-. En efecto, otra prueba inequívoca de la revalorización del consenso y de la autonomía colectiva es sancionada por la posibilidad que tienen las partes sociales de determinar los contenidos de los acuerdos relativos a la institución de un comité empresarial europeo, sea en la fase constitutiva, cuando la confrontación nace entre delegación especial de negociación por parte de los trabajadores -comisión negociadora- y dirección central, sea en la fase de funcionamiento del Comité Europeo mismo.

Por lo que refiere a la primera vía, en base a estimaciones efectuadas por la comisión, de las 1.200 empresas que deberían respetar la directiva, cerca de 350 han concluido un acuerdo de forma previa. Así, la experiencia de las empresas que han instaurado un comité europeo y que se han reunido ya con sus representantes ha permitido individualizar y valorar ampliamente los primeros resultados de la aplicación de la directiva comunitaria ³⁷. En esta dirección, el artículo 13 de la directiva, no sólo tiene el sentido primario de permitir la convalidación de tales experiencias previas, sino que se inserta en un claro objetivo promocional de la creación negociada de instancias europeas de representación, en cuanto favorecía la firma inmediata de nuevos acuerdos al definir un marco de negociación más flexible del que debería derivar de la transposición de la directiva ³⁸.

Ahora bien, si estos acuerdos se inscriben ciertamente en un marco de negociación más informal y flexible que el que resulta de la directiva, deben presentar no obstante las debidas garantías y ello pese a la formulación imprecisa del artículo 13, sin duda buscada a propósito precisamente para favorecer los dos objetivos señalados -validez de la mayor parte de las prácticas desarrolladas y estimulación de nuevas negociaciones-. Así, tal y como enfatizaba el grupo de expertos encargados de cuidar por una adecuada transposición de la directiva, de la norma comunitaria deberían derivarse dos grupos de garantías de efectividad:

³⁷ Un estudio sobre la experiencia de 110 acuerdos se ha realizado, por cuenta de la comisión, por parte de la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, cuyo informe ha sido publicado en julio de 1996, evidenciando una variedad extremada de signatarios, aunque una elevada uniformidad de contenidos, en virtud de la significativa acción de coordinación desarrollada por los sindicatos tanto a nivel europeo como nacional.

³⁸ Las negociaciones se vienen desarrollando en el interior de un número cada vez mayor de grupos de empresas y llevan regularmente a nuevos acuerdos, que hacen una creciente referencia al artículo 13 de la directiva. Cfr. «*European Work councils update-trend and issues*». EIRR. 256, mayo 1995, que mensualmente recensiona los nuevos acuerdos. Los textos aparecen publicados por la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. Vid. «*Accords volontaires concernant l'information et la consultation dans les multinationales européennes*». Working paper n. WP/94/50/Fr. En este sentido, es claro que cualquier comentario, reflexión o relectura crítica de la normativa debe partir de la constatación no ya de la apertura de una dinámica social que llevó a principios de los años 90 al nacimiento y desarrollo de un significativo número de acuerdos sobre base voluntaria que tenían por objeto la creación de instancias de representación europea en empresas y grupos europeos, sino a su posterior consolidación de tales experiencias a través de su renegociación de viejos acuerdos con los ajustes necesarios por la exigencia de la superación de su carácter experimental y por la apertura de nuevas y múltiples iniciativas.

- En primer lugar, un régimen de transitoriedad para los acuerdos previos o *praeter legem*. Esta obligada introducción de un régimen de vigencia temporal vendría aconsejado por la menor favorabilidad general de estos acuerdos y su mayor flexibilidad en cuanto a la duración temporal y otras condiciones.
- En segundo lugar, la necesidad de adecuar de forma plena y rigurosa tales acuerdos a los requisitos formales exigidos por los Ordenamientos nacionales para la plena validez y eficacia de los productos de la negociación colectiva en el seno de empresas de carácter nacional. Lo que trasladado a nuestro Derecho implicaba la necesidad de requerir la forma estatutaria para la validez de los acuerdos suscritos en España con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la ley.

En este marco normativo, la Ley española de transposición condiciona el reconocimiento de validez a los acuerdos de anticipación, de conformidad con la disposición adicional primera, al efectivo cumplimiento de tres requisitos:

- Que tenga un alcance global o una eficacia general, es decir, que resulte aplicable al conjunto de los trabajadores de la empresa o grupo.
- Que hayan sido concluidos por los representantes legitimados para negociar conforme a lo dispuesto en los artículos 87 y 88 ET.
- Que ha sido formalizado por escrito y ante la autoridad laboral competente para su registro, depósito y publicación oficial, de conformidad con el artículo 13.2 ley.

De esta forma, y en relación a las garantías formales, nuestra ley también resulta en buena medida más permisiva con tales acuerdos extralegales, dado que, desoyendo la recomendación del Dictamen del CES que proponía la sustitución de los dos últimos condicionantes por la obligación de que tales acuerdos se hubiesen suscrito de conformidad con el Título III del ET, sólo exige el respeto a las reglas estatutariamente previstas para los convenios colectivos nacionales en materia de legitimación y formalización pero no a las restantes (v.g. las normas de eficacia -art. 82-, unidades de negociación -art. 83 ET-, concurrencia -art. 84-, contenido -art. 85- y vigencia -art. 86 ET-, tramitación -art. 89-; aplicación e interpretación -art. 91- y adhesión y extensión -art. 92-). Lo que vuelve a revelar, ahora en los distintos planos nacionales, un principio de favor hacia la empresa en general, y en particular hacia la estructura de los grupos, así como el máximo respeto a la autonomía de la voluntad incluso a riesgo de una cierta desregulación, con la consiguiente apertura hacia conductas en alguna medida elusivas de la aplicación de la directiva ³⁹.

³⁹ Aunque en España, y a diferencia de lo ocurrido en otros países comunitarios, fundamentalmente en Italia, Alemania y Francia, esta previsión resulta materialmente inaplicable por la inexistencia de acuerdos de este tipo, conviene insistir en la trascendencia que este privilegio tiene, pues la proliferación de este tipo de Acuerdos fuera de nuestras fronteras plantea difíciles cuestiones. Vid. F. GUARRIELLO. «Luce ed ombre nell'esperienza dei consigli europei d'impresa». *op. cit.* passim.

Por lo que respecta a la vigencia temporal, las partes signatarias de tal acuerdo previo podrán decidir su reconducción hacia las disposiciones de la ley al término de su vigencia. Sin embargo, tal reconducción no viene impuesta sino que, a tenor del apartado segundo de esta disposición adicional, y en la línea de mantener un pleno y permanente respeto al principio de la autonomía colectiva, las partes pueden seguir aplicando las obligaciones y las formas establecidas en el acuerdo, para lo cual sólo bastará con un acuerdo expreso de prórroga. Únicamente si no se acuerda tal prórroga sería aplicable de forma automática las obligaciones derivadas de la ley, con objeto de evitar que los trabajadores puedan verse privados de todo procedimiento o canal de información y consulta.

En definitiva, también en este punto, la ley española, como sucede en el resto de las normas nacionales de transposición y en buena parte de sus contenidos reguladores, se orienta en la dirección promocional de estas instancias representativas, tal y como queda plasmado en el espíritu y en la letra de la directiva, orientada en su enfoque pragmático y flexibilizador a eliminar cuantas barreras puedan obstaculizar su constitución -sentido negativo- y a impulsar cuantos elementos puedan favorecer su constitución -sentido positivo-. En este sentido, si con posterioridad al 22 de septiembre de 1996, fecha de entrada en vigor de la directiva, ningún acuerdo de anticipación podría ser concluido, esto no empece en modo alguno el papel central otorgado y reservado a la autonomía colectiva -principio de subsidiariedad horizontal-, puesto que, como ya se ha insistido, es una vía central para dar aplicación a la directiva y a la Leyes de transposición.

1.2. Los acuerdos de aplicación.

1.2.1. El procedimiento de negociación para la constitución del comité europeo de empresa.

A) Responsabilidad e iniciativa del procedimiento de negociación.

De esta forma, debe recordarse que la directiva aparece como una normativa sobre el sistema de fuentes, que asigna a la negociación colectiva el rango de fuente principal de la dinámica de los CEU, precisando los sujetos y las materias que deben constituir objeto de negociación -art. 5-, y estableciendo una obligación para las partes de negociar de buena fe para alcanzar el acuerdo. Se pretende, por tanto, la búsqueda de un objetivo o de un resultado común equivalente a través de vías flexibles y consensuadas, «en el marco de un particularismo que no se limita a las peculiaridades nacionales sino también el estilo o cultura de la propia empresa, favoreciendo con ello, al mismo tiempo, una aplicación de esa cultura a nivel transnacional»⁴⁰.

A tal fin, a tenor del artículo 6.1 de la ley, en transcripción literal del artículo 4.1 de la directiva, incumbe a la «dirección central» de la empresa o, en el caso de un grupo de empresas, de dimensión comunitaria, la empresa que ejerza el control, la *responsabilidad de crear las condiciones y*

⁴⁰ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO. «Información y Consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: el modelo negocial». R.L. n.º 19. 1995.

medios necesarios para la constitución del CEU o, en su caso, el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta a los trabajadores. Para hacer efectiva tal responsabilidad, se obliga a abrir un procedimiento de negociación cuya iniciación puede realizarse a través de dos formas: bien por iniciativa de la misma dirección central -art. 5.1 directiva y 7.3 ley- o bien tras la recepción por ésta de una solicitud de al menos 100 trabajadores, o de sus representantes, en dos Estados miembros -art. 7.1 párr. 1-. Todos los textos de recepción especifican que la solicitud debe ser efectuada por escrito, permitiéndose en algunos casos, como es el nuestro -art. 7.1 párr. 2-, junto con Alemania, que pueda ser presentada conjunta o separadamente.

Puesto que la dirección central, tal y como viene definida por la normativa, puede ser desconocida para los trabajadores e incluso para sus representantes, dada la estructura compleja y transnacional de las nuevas formas de empresa -no debe olvidarse además el carácter impreciso y general de la definición de empresa controlante-, y la proliferación de las formas reticulares, o bien puede estar situada en un territorio externo a la Unión Europea, el texto español, en línea con la mayoría de las normativas nacionales de integración, permite que la solicitud, además de a la dirección central, se envíe como a las direcciones locales. En tal caso, serán estos centros de trabajo o empresas donde prestan efectivamente sus servicios profesionales los que están obligados a transmitirla a la dirección central, que «no podrá negarse al inicio de las negociaciones basándose en la falta de traslado de las peticiones» -art. 7.1 párr. 3-⁴¹. De esta forma, la responsabilidad de individualizar la dirección central no recae ni sobre los trabajadores ni sobre sus representantes dada la incertidumbre y las dificultades que circundan tal noción, sino sobre las direcciones locales que son las inmediatamente responsables de la transmisión de la solicitud a la dirección central, que deberán dotarse de procedimientos eficaces, transparentes y con plazos reducidos para hacer efectiva esta responsabilidad⁴², sin que en ningún caso su omisión perjudique la apertura del proceso, como acaba de señalarse.

La ley establece, pues, una obligación de iniciar el procedimiento negociador a cuyo cumplimiento en tiempo y forma útiles sólo podrá negarse en los cuatro casos taxativamente establecidos por el artículo 7.2, ya sea por razones formales -apartados a) y b)- ya sea por razones convencionales -apartados c) y d)-. Una obligación que, como veremos, se complementa plenamente con la obligación de negociar de buena fe puesta por el artículo 10. 1 de la ley a la dirección central respecto de la comisión negociadora⁴³.

B) Caracteres, constitución, composición y funcionamiento de la comisión negociadora.

Una vez que la solicitud ha sido válidamente presentada, o bien actuada la iniciativa de la dirección central de la empresa o grupo, se activan los procedimientos de creación de una delegación o grupo especial de negociación que, de conformidad con nuestra tradición, se denomina

⁴¹ Una excepción viene representada por la ley francesa que sólo se refiere a la dirección central, mientras que los textos finlandés y sueco no hacen ninguna mención en tal sentido.

⁴² El texto legislativo irlandés concede 15 días a la dirección local para transmitir la solicitud, vencido el cual el término de 6 meses comienza a computarse.

⁴³ Con «espíritu de colaboración» afirma el artículo 6. 1 de la directiva y el propio artículo 1.2 de la ley.

«Comisión Negociadora». La constitución de esta comisión negociadora se basa en una distinción de responsabilidad entre los diferentes Estados: la ley del país donde está situada la dirección central debe fijar las reglas de reparto de los delegados en su interior, mientras que la naturaleza, modalidades de elección o designación de los miembros corresponde a cada Estado miembro -art. 8.1-. Como caracteres fundamentales de esta comisión negociadora destacan:

- *Unilateralidad* en la composición: a diferencia del modelo español, que tiene un carácter mixto, al estar incluidos los empresarios, sólo tienen cabida representantes de los trabajadores. Lo que resulta necesario para mantener el equilibrio negociador, puesto que es interlocutor de la dirección central ⁴⁴.
- Plena *autonomía o soberanía* en la gestión del procedimiento: en cuanto que dispone de plena competencia y de total capacidad tanto para iniciar -facultades de impulso- como para suspender las negociaciones ya iniciadas con la dirección central -facultades de veto, en cuyo caso se pone fin al procedimiento. Consecuentemente, tanto la fase constitutiva como la fase de desarrollo es plenamente conducida por la comisión.
- *Instrumentalidad* de su función: en cuanto que su razón de ser reside únicamente en la puesta en marcha de un procedimiento orientado a la creación del CEU, o procedimiento alternativo, tras lo cual está llamada a desaparecer.

Por lo que refiere al *número de miembros* de la comisión negociadora, la Ley de transposición, de conformidad con la directiva, se prevén tres reglas generales:

- Representatividad territorial: un representante por Estado miembro donde la empresa cuenta con al menos un establecimiento, cualquiera que sea su volumen de ocupación ⁴⁵.
- Representatividad proporcional en atención a la dimensión ocupacional del centro o empresa: representantes adicionales o suplementarios en proporción del número de trabajadores ocupados. Los criterios para establecer esta proporción entre miembros suplementarios y dimensión ocupacional no se fijan en la directiva que, en este punto, remite a lo dispuesto en la legislación del Estado miembro en cuyo territorio esté situada la dirección central -art. 5.2 c)- ⁴⁶. Estos criterios son establecidos para nuestro país en el artículo 9.1 de la ley,

⁴⁴ Aunque no así el equilibrio empresarial en cuanto que se negocia directamente con la dirección central y no con los diferentes miembros empresariales, con el problema que eso supone en orden a la imposición de una normativa a empresas que no participan en su firma, debiéndose recordar que el criterio de la subordinación no anula el margen de autonomía negociadora de los empresarios. En cualquier caso, es un ejemplo de reconocimiento del poder de dirección unitario de empresa en interés colectivo del grupo en cuanto organización.

⁴⁵ En el caso de grupo de empresas de dimensión comunitaria, un representante por Estado miembro que tenga en su territorio la empresa que ejerce el control y de aquellos que tengan una o más empresas controladas.

⁴⁶ De este modo, por imperativo de la norma comunitaria, se acepta la vigencia de la legislación de un Estado miembro en otro Estado miembro de la Unión.

que va de 1 -desde el 25% hasta el 50% de la plantilla- a 3 -más del 75%-. Consecuentemente, se prima un criterio de proporcionalidad ocupacional frente al clásico español de proporcionalidad sindical.

- Topes mínimos y máximos: mínimo de 3 y máximo de 17. No fija la ley española el número máximo. Por tanto, el número de representantes podría subir a 20 y no respetar la indicación de la directiva. La razón por la cual la mayor parte de los Estados ha adoptado esta fórmula se concreta en la circunstancia de que inmediatamente después de la adopción de la directiva, su aplicación ha sido extendida a países miembros del espacio económico europeo -Noruega, Islandia y Liechtenstein-, por lo que es más amplio el colectivo de trabajadores que debe encontrar adecuada representación en la comisión negociadora ⁴⁷.

En este punto, una cuestión importante, no resuelta expresamente por la directiva, es el de las posibles repercusiones que pueden tener sobre la composición del grupo especial de delegación negociadora -comisión negociadora- o del órgano colegiado y representativo constituido -CEU-, los eventuales aumentos o disminuciones del número de trabajadores contratados. A este respecto, la normativa comunitaria parecería dar mayor solidez a la interpretación basada en la *regla de la inmodificabilidad* de la composición del CEU creado por acuerdo, independientemente de las variaciones de trabajadores empleados ⁴⁸, salvo que el propio acuerdo de creación dispusiera otra cosa. Sin embargo, no parece ser éste el criterio que ha predominado en determinadas Leyes de transposición, como evidencia la reciente ley francesa, que permite incluso la supresión del CEU en caso de una reducción significativa y duradera del personal empleado. En este punto, nuestra ley no establece nada de forma expresa por lo que puede entenderse que adopta la regla de la inmodificabilidad ⁴⁹.

Cosa distinta es, a nuestro juicio, la posibilidad -por tanto prevista con carácter facultativo y no obligatorio- legalmente prevista de renovar total o parcialmente la comisión negociadora o el propio Comité de Empresa Europeo -CEU- cuando las modificaciones en la estructura de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria o en la composición de los órganos nacionales de representación de los trabajadores. En efecto, por lo que respecta a su posible modificación de su composición, las discusiones en el seno del grupo de trabajo *ad hoc* hicieron aparecer una dificultad ignorada por la directiva: necesidad de adaptar las instancias de representación a la modificación de las

⁴⁷ En este contexto, debe recordarse el carácter transitorio que parece adquirir la autoexclusión del Reino Unido, dada la nueva postura que parece asumir el Gobierno laborista inglés, al menos en esta materia, aunque sigan siendo ciertas las dificultades que oponen el movimiento sindical en este país, pues pese a ser un modelo fuertemente autónomo y convencional, frente al clásico predominio del principio heterónimo propio de los países continentales, hoy muy atenuado tras los recientes procesos de reforma, es un sistema muy fragmentado y un ámbito de negociación extremadamente reducido, frente a la dirección centralizadora que parece orientar la normativa comunitaria. Cfr: K. MASSON. «*La postura del Reino Unido*». II Jornadas sobre la Comunidad Europea. Sevilla. 1994, págs. 88-89.

⁴⁸ Éste es el criterio que parece deducirse también de las reglas a observar en las disposiciones subsidiarias.

⁴⁹ En este sentido I. ALBIOL MONTESINOS. «El Comité...» *op. cit.* pág. 48.

estructuras de la empresa europea. Este problema, que se situaba en la frontera de las competencias de la ley del Estado donde se encuentra la dirección central y la ley del país donde están situados los centros o empresas, no ha sido resuelta expresamente, a pesar de la duración limitada de su existencia -no más de tres años- y de sus poderes importantes -rechazar la actuación de cualquier forma de información y consulta-, al igual que tampoco respecto al CEU, por lo que debe ser colmada por las leyes nacionales. Así lo hace el artículo 12 c) de nuestra ley para el Comité de Empresa Europeo, pero sobre todo el artículo 23 de la ley relativo a la «representatividad de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo».

A tal fin, el artículo 23 requiere tres condiciones:

1. Que tales modificaciones afecten «significativamente a la representatividad del órgano correspondiente», con la consiguiente incertidumbre o imprecisión que genera el recurso a esta suerte de concepto jurídico indeterminado.
2. Que tal renovación sea expresamente solicitada por cualquiera de las partes, por tanto, conjunta o unilateralmente, o mediante petición en los términos del artículo 7.1 -al menos 100 trabajadores o sus representantes pertenecientes al menos a dos centros o empresas de Estados miembros diferentes-.
3. Que, respecto del CEU ya constituido, *ex* artículo 12 de la ley, no haya ninguna previsión diferente por el acuerdo de constitución, con lo que tal previsión normativa tiene un carácter subsidiario y disponible respecto de la autonomía negocial.

En las reuniones de la comisión negociadora y en las que ésta celebre con la dirección central, nuestra ley, en línea con lo sucedido en Alemania, Austria, Francia e Irlanda, prevé la posibilidad de que representantes de «países terceros» participen con voz pero sin derecho de voto -art. 9.3 ley-. Esta disposición pretende permitir la intervención de trabajadores británicos⁵⁰, suizos, húngaros o polacos, que podrán ser invitados a participar en las reuniones de la comisión negociadora, en algunos casos, como el español, previa decisión de común acuerdo de la dirección central y la comisión negociadora, pero sin derecho de voto, ni sobre la decisión de la comisión de iniciar las negociaciones ni sobre la aceptabilidad de las propuestas de la dirección respecto de la creación del Comité Europeo⁵¹.

⁵⁰ No debe olvidarse que la exclusión inglesa no impide que grupos ingleses cuenten en el resto de territorio de la Unión con empresas o filiales, o bien que grupos de los diecisiete países firmantes de la Directiva CEU, estén establecidos en el Reino Unido, situación en la que en tales agrupaciones empresariales el CEU no contará con representación de los trabajadores ingleses y lo que es más importante, tales trabajadores quedarán al margen de todos los derechos que la directiva reconoce, sin poder tampoco beneficiarse de las condiciones que tal CEU llegue a negociar. Esta situación bien podría amparar conductas de *dumping social* y siendo conforme con el principio de respeto a la soberanía nacional del Derecho Internacional es posible que condujese a vulnerar el Derecho Comunitario, al permitir actitudes que falsearían la competencia entre los Estados miembros.

⁵¹ Así, viene a resolverse un problema importante en la experiencia: necesidad de permitir una efectiva presencia de un ámbito de representación no limitado al estricto territorio comunitario, considerando la dimensión europea en un sentido más lato, incluyendo las empresas situadas en el espacio económico europeo y del Este europeo, e incluso la dimen-

Una vez elegidos los miembros de la comisión negociadora se informará a la dirección central de la empresa o del grupo, así como a las direcciones locales, de su composición -art. 5.2 d) directiva, art. 9.4 ley-. A continuación deberá convocar la dirección central una reunión con la comisión negociadora antes de que finalice el período tope de seis meses desde la solicitud de apertura de las negociaciones -plazo máximo tanto para la constitución como para la convocatoria de la comisión negociadora-, entendiéndose en caso contrario que la dirección central ha rechazado la apertura de las mismas, con la consiguiente aplicación de las disposiciones subsidiarias -art. 15.1 b) ley.

Naturalmente, la continuidad del procedimiento negociador implica la decisión por parte de la comisión negociadora de acudir a esta convocatoria a cargo de la dirección empresarial. A estos efectos, la ley española, en aplicación de los mandatos de la Directiva, prevé dos regímenes diferentes de mayorías para la adopción de acuerdos por parte de la comisión negociadora, en atención al contenido de la decisión a adoptar. Así, si se trata de negociar acuerdos con la dirección central, la comisión negociadora, tomará sus acuerdos «por mayoría de sus miembros» -art. 11.1-. En cambio, si se pretende excluir la negociación del acuerdo, la comisión negociadora, necesitará el pronunciamiento de una «mayoría de dos tercios de sus miembros» -2/3 de los votos a tenor del art. 10.2 y 11.1 ley-. Si la necesidad de una mayoría absoluta, en el primer caso, tiene el sentido de promover un amplio consenso en la toma de decisiones en el seno de la comisión negociadora, la exigencia de una mayoría cualificada, en el segundo caso, pretende reducir al mínimo las posiciones abstencionistas que podrían determinar, en realidad, posturas obstruccionistas a la continuidad del procedimiento negociador ⁵².

Como es obvio, este tipo de decisiones negativas pondrán fin al procedimiento sin que sean de aplicación las disposiciones subsidiarias previstas en el Capítulo II de este Título -art. 10.2 párr. final-, puesto que las dificultades no provienen de la posición unilateral de la dirección central sino de una postura común o consensuada con los representantes de los trabajadores. Sin embargo, esta frustración convencional del procedimiento de constitución de un mecanismo de información y consulta no impedirá una nueva solicitud de (re)apertura de negociaciones a la dirección central, si bien esta petición de una nueva convocatoria de la comisión negociadora, no podrá realizarse antes del transcurso de un período mínimo de dos años, salvo que se haya acordado otro plazo más corto ⁵³.

sión mundial del grupo. La cuestión presenta una estricta correspondencia con las funciones de los Comités de grupo europeos, siendo evidente como la fuerte interdependencia de los procesos económicos en un mercado mundializado y de competencia global, hace que decisiones atinentes a situaciones de cualquier área del mundo pueden tener considerables repercusiones, inmediatas y directas, sobre trabajadores del grupo situados en Europa. Existe una valoración positiva por parte de la autonomía de las partes sociales de la oportunidad de asociar a las instancias europeas representantes extracomunitarios, que pasa así de una primera fase de veste informal de observadores a otra de intervinientes aunque no todavía de codecisores. *Vid.* F. GUARRIELLO. *op. cit.* pág. 289. Lo que muestra el papel más normalizador que normativizador del Derecho, y la enorme influencia de la práctica sobre el Derecho en general y en particular del Derecho del Trabajo. Para esta vocación globalizadora o mundializadora. *Vid.* J. P. JACQUIER. *op. cit.* pág. 1.084.

⁵² *Cfr.* I. ALBIOL MONTESINOS. *op. cit.* pág. 52.

⁵³ Por tanto lo que finaliza en realidad no es el procedimiento negociador que vendría a dilatarse durante dos años como máximo, quedando mientras tanto en suspenso. Lo que se pide no es la constitución de la comisión sino la apertura de nuevas negociaciones con la constituida previamente.

Ahora bien, de no adoptarse estas decisiones de carácter negativo y temporalmente excluyente respecto de la constitución del CEU -o procedimiento alternativo-, las funciones de la comisión negociadora no finalizarán hasta tanto no se haya celebrado o concluido un acuerdo en tal sentido -art. 10.4 ley-. Un factor de extrema relevancia para el desarrollo útil de las negociaciones, además claro está del derecho a reuniones periódicas y previas, así como la posibilidad de definir los procedimientos a emplear para moderar las sesiones, incluida la posibilidad de elegir a un presidente, y de dotarse de un reglamento interno de funcionamiento -art. 11.1 y 2 ley-, radica en la facultad legalmente reconocida de recurrir a la presencia y a la experiencia de uno o más expertos de su elección, aunque la dirección central sólo estará obligada legalmente a financiar a un experto designado por la comisión negociadora para asistirle en sus funciones. En este sentido, tal y como se ha evidenciado en el caso de la experiencia previa de los acuerdos voluntarios, es posible que algunos representantes de las federaciones sindicales europeas desarrollen un papel de primer orden en la negociación de estos acuerdos ⁵⁴.

Consecuentemente, aparece claro que la misión o el objetivo principal de la comisión negociadora es determinar con la dirección central, a través de un acuerdo realizado por escrito y de conformidad a las reglas legal y convencionalmente establecidas al respecto, una serie de elementos, tales como por ejemplo la identificación de las partes negociadoras, determinación de su ámbito territorial y funcional de aplicación, las atribuciones y el funcionamiento en general del Comité Empresarial Europeo, etc. De este modo, y frente a lo que sucedía en aquellos acuerdos negociados previamente en ausencia total de reglas y procedimientos, aparece una determinada regulación para ordenar y racionalizar el procedimiento negociador y sus resultados convencionales, siempre claro está «sin perjuicio de la autonomía de las partes».

Esta autonomía plena concedida a la comisión negociadora sobre la gestión del entero procedimiento difiere sensiblemente con la obligatoriedad o imperatividad de cumplimiento de determinadas exigencias puestas a cargo de la dirección central de la empresa, como conviene a una normativa que pretende ser promocional o de apoyo a la acción representativa de los trabajadores en el ámbito transnacional de las contemporáneas organizaciones económicas. Así, como se señaló, a las obligaciones de iniciativa del procedimiento -art. 7.2 y 8.1- y convocatoria de la comisión para impulsar el procedimiento negociador -art. 8.2-, la normativa prevé expresamente un deber de negociar de buena fe a cargo de la dirección empresarial. No obstante, la previsión de este deber de negociar de buena fe «con vistas a la obtención de un acuerdo», tiene un carácter recíproco. En cualquier caso, lo auténticamente significativo es que todas estas previsiones normativas constituyen inequívocas manifestaciones del referido carácter promocional que define a la nueva regulación, tanto de la directiva como de la ley, decididamente orientada a apoyar el pleno ejercicio de la autonomía de las partes en orden a la creación de Comités Europeos de Empresa o de otros sistemas de información-comunicación entre los actores sociales de la empresa -legislación promocional-.

⁵⁴ En este sentido, es posible que un acuerdo de sindicalistas «profesionales», consciente del significado de la directiva y de sus implicaciones y comprometido a tiempo pleno en las negociaciones emergerá, transfiriéndose tácticas y estrategias de una delegación de negociación a otra. De ahí que varias Federaciones sindicales europeas estén formando un equipo de sindicalistas que tendrán la tarea de participar en calidad de expertos en las delegaciones de negociación. Estos proyectos de formación de expertos son financiados por la Comisión Europea a través de la línea de financiación B3-40004, que prevé actividades de formación y soporte para la creación de un Comité Empresarial Europeo.

1.2.2. Contenido, eficacia jurídica y vigencia del acuerdo.

Este respeto al principio de subsidiariedad horizontal determina que también por lo que se refiere al contenido del acuerdo de constitución del CEU exista una máxima libertad de actuación y configuración para las partes, de modo que tanto las materias a negociar como el posible contenido de los acuerdos queda plenamente disponible para la autonomía de la voluntad. En este sentido, es claro que la ya relativamente amplia experiencia acumulada de los sindicatos europeos a través de la conclusión de 350 acuerdos voluntarios servirán de soporte para la negociación de los acuerdos post-directiva en nuestro país. Ahora bien, debe subrayarse en este punto que no sólo el modo o procedimiento sino que también el contenido deberá ser influenciado por las previsiones, aunque mínimas, de la Directiva, de modo que se abre una nueva fase caracterizada por reglas y procedimientos que pretenden enriquecer las experiencias negociadoras previas, y para cuya dirección adecuada las organizaciones representativas de los trabajadores deben prepararse.

En cualquier caso, y una vez que se ha tomado la primera decisión de continuar con el procedimiento, lo primero a decir es si se opta por la constitución de un Comité de Empresa Europeo o bien, alternativamente, por el establecimiento de uno o más procedimientos de información y consulta a los trabajadores «sobre aquellas cuestiones transnacionales que puedan afectar considerablemente a sus intereses». Aunque ciertamente esta opción ya deberá haber aparecido resuelta en la solicitud de apertura de negociaciones ello no impide en modo alguno que sea modificada en este momento, pudiendo bien decidirse por el CEU aunque se hubiese seleccionado previamente la vía del procedimiento de información y consulta bien por éste aunque se hubiese seleccionado previamente la vía del CEU. En todo caso, el acuerdo deberá tener un contenido obligatorio y de carácter mínimo para garantizar no sólo su validez sino su utilidad y su eficacia, de ahí que sean tanto de naturaleza formal como material ⁵⁵.

Si se opta por la constitución de un CEU de empresa, y sin perjuicio de lo dispuesto por la autonomía colectiva de las partes, que puede establecer el contenido que estime conveniente o bien remitir total o parcialmente por acuerdo expreso a las disposiciones subsidiarias, que actuarán como parámetro de regulación, «deberá» contener necesariamente todos los aspectos relativos a la:

1. Identificación de los *sujetos negociadores*;
2. Delimitación del perímetro de *sujetos obligados* por su integración en el complejo económico-organizativo;
3. Composición, vicisitudes modificativas, competencias, funcionamiento, recursos materiales y financieros del CEU;
4. A todas las condiciones de vigencia y renegociación -art. 12.1-.

⁵⁵ La directiva, a efectos de garantizar el contenido del derecho de información, establece un necesario contenido mínimo a los acuerdos, sin perjuicio de su mejora, con las dos reglas siguientes -art. 1-: el alcance ha de ser total y global, en cuanto debe afectar a todos sin exclusión y en todas sin exclusión, salvo acuerdo en contrario en caso de CEE de grupo que tengan varias empresas de dimensión comunitaria.

Si, en cambio, se opta por el establecimiento de uno o varios procedimientos de información y consulta, el acuerdo, nuevamente sin perjuicio de la libertad de las partes para configurarlo del modo que entiendan más oportuno, deberá contener de forma ineludible -art. 12.2-:

- La obligación de informar sobre todas aquellas cuestiones transnacionales que puedan afectar «considerablemente a sus intereses». Lo cual plantea el problema interpretativo del concepto, en cierta medida indeterminado, de «considerablemente».
- Previsión de las modalidades con arreglo a las cuales los representantes de los trabajadores puedan ejercer su derecho a reunión y deliberación acerca de la información comunicada.

Al objeto de garantizar el alcance global y no desvinculable para todos los centros de trabajo de la empresa de dimensión comunitaria, tanto para la parte empresarial como para la parte del personal, evitando situaciones de competencia desleal entre los empresarios de un mismo sector productivo y promoviendo la propia transparencia del sistema de negociación colectiva, el artículo 13 de la ley reconoce la eficacia *erga omnes* del acuerdo concluido entre la dirección central y la comisión negociadora. Aunque ciertamente puede llamar la atención, al menos si se tiene en cuenta la realidad actual de nuestro marco constitucional y estatutario de negociación colectiva, que el acuerdo sea directa e inmediatamente vinculante para las direcciones empresariales locales cuando éstas no han podido participar en el proceso de negociación, únicamente conducido con la dirección central -cuyo legítimo poder de dirección unitario no anula necesariamente la autonomía, ciertamente parcial y relativa, de los empresarios integrados en el complejo-, tal simplificación y generalización persigue como efecto potenciar la propia eficacia del acuerdo y, por tanto, la propia efectividad de los derechos reconocidos por la directiva y Ley de transposición.

Ahora bien, este plus de eficacia personal, forma de garantizar el deber de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la directiva que incumbe a los Estados miembros, no puede sino requerir en este punto una mínima intervención de control por parte de la Administración laboral, en orden a garantizar inexcusables principios de seguridad jurídica -protección de los intereses de las partes y de terceros implicados- y orden público -protección del interés general-. Así, el acuerdo, deberá formalizarse por escrito bajo sanción de nulidad y deberá ser presentado ante la autoridad laboral competente para su registro, depósito y publicación oficial conforme al artículo 90 del ET, considerándose autoridad laboral competente la que corresponda en función del ámbito del acuerdo dentro del territorio español -art. 13.2-. Lo que significa que, la Ley de transposición, equipara estos acuerdos de empresa con estructura unitaria o de empresa con estructura compleja o de grupo a los acuerdos estatutarios, con el consiguiente reconocimiento de su naturaleza de norma jurídica integrada en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo.

Por lo que se refiere a su vigencia en sentido amplio, en defecto de pacto en el acuerdo sobre las condiciones de duración, prórroga, denuncia o renegociación se aplicarán las reglas supletorias previstas en el artículo 14 de la ley, en las que puede apreciarse una vez más la dimensión promocional de la posición contractual de la parte social:

- Presunción del carácter indefinido de la vigencia;
- Necesidad de un período previo de denuncia y a través de una forma que no deje lugar a dudas («forma fehaciente»);
- Automaticidad de la prórroga en caso de ausencia de denuncia expresa;
- Reconocimiento de ultraactividad al acuerdo;
- Reconocimiento de legitimación suficiente al CEU para renegociar el acuerdo, que se convierte, así, en una específica instancia o nivel negociador dentro de las empresas con estructura transnacional y compleja.

2. El modelo estatal del Comité Europeo de Empresa: el significado promocional de las disposiciones subsidiarias.

2.1. La extensión nacional de los supuestos de aplicación comunitarios: la garantía de vigencia del principio de buena fe.

Pero como ya señalamos, el recurso a la vía negocial proporcionada por el modelo de autorregulación convencional -ya sea a través de los acuerdos de anticipación ya mediante los acuerdos de aplicación-, no es la única posibilidad abierta por la directiva para constituir un Comité Europeo de Empresa. En efecto, una segunda vía hace referencia a la apertura de un procedimiento para la constitución obligatoria de un CEU de empresa de conformidad con el modelo de heterorregulación estatal previsto en las denominadas disposiciones subsidiarias, que constituyen la regulación más sustantiva o de contenido de esta norma comunitaria. Este tipo de disposiciones, que por prescripción comunitaria deben aparecer necesariamente en todas las legislaciones nacionales y deben armonizarse de forma más amplia y precisa con las normas que aparecen en el anexo de la propia directiva y para los supuestos por ésta contemplados -art. 7-, presentan un nítido carácter promocional o de fomento de la negociación colectiva, de refuerzo del poder negociador de los representantes de los trabajadores, así como del valor institucional y organizativo de la directiva ⁵⁶.

Estas reglas subsidiarias, extraídas de las prácticas comunes a la mayor parte de las experiencias negociales previas y vigentes, contemplan únicamente la constitución de un CEU, con las competencias, composición y régimen de funcionamiento que se establezcan en las distintas normas de transposición. De esta forma, las disposiciones subsidiarias fijadas por la ley española regulan,

⁵⁶ Una uniformidad que puede verse contrariada en algunos casos puesto que no todas las normas son de Derecho necesario absoluto, sino que en parte son normas de contenido mínimo que pueden ser mejoradas por las diversas legislaciones nacionales.

en el Capítulo II, una amplia gama de aspectos de la constitución y funcionamiento del CEU cuando concurren determinadas circunstancias ⁵⁷. En este sentido, el recurso al modelo legal o estatal puede tener un doble origen:

1. Autónomo. En este caso son las propias partes las que pueden decidir acudir a esta normativa. Estamos aquí ante una situación conocida en los Derechos internos en virtud de los cuales es la propia autonomía colectiva la que se apoya o recurre a una intervención heterónoma para desarrollar las relaciones colectivas -art. 15.1 a) ley-.
2. Heterónomo. En estos casos, nos encontramos ante la prevalencia de la posición de los trabajadores y de la comisión negociadora sobre la postura de la dirección central impuesta por la normativa estatal, en la medida en que existen tres supuestos claros de aplicación de las disposiciones subsidiarias, y por tanto, con la consiguiente apertura de un procedimiento para la constitución obligatoria de un CEU ⁵⁸:
 - a) En el caso de que la dirección central rechace injustificadamente la apertura de las negociaciones solicitadas por los trabajadores -art. 7.1 directiva, art. 15.1 b) ley-. Esta actitud negativa debe incluir también la no convocatoria de la dirección de la comisión negociadora ya constituida.
 - b) Cuando en el plazo de tres años desde la apertura de las negociaciones no se hubiese alcanzado un acuerdo a que se refiere el artículo 12, y, por tanto, la comisión negociadora no hubiese tomado el acuerdo de anular las negociaciones en curso. Es un mecanismo de salida a una situación de *impasse* negociador.
 - c) Extensión de la aplicación de tales disposiciones a la renegociación del acuerdo de constitución del CEU o del procedimiento alternativo, que entendemos no plantea ningún problema de ajuste normativo pese a no estar previsto en la directiva -solución razonable y práctica ante la ausencia de una expresa previsión de las partes negociadoras- (art. 15.3).
 - d) Incumplimiento por la dirección central de sus obligaciones de constitución y de negociación de buena fe en la comisión negociadora, declarado judicialmente por sentencia firme -art. 15.2 ley-, vía de superación de una actitud o comportamiento obstruccionista o irrazonable de la dirección central.

⁵⁷ Dada la aplicación transnacional de la norma estatal, ésta debe limitar su alcance a aquellos puntos en los que la directiva remite a la legislación o práctica de los Estados miembros, sin perjuicio de que también puedan introducirse previsiones nacionales dirigidas a integrar lagunas de la directiva o introducir caracteres peculiares de los sistemas estatales de relaciones laborales, como por ejemplo la relativa a la posibilidad de constituir más de un comité atendiendo a la estructura económico-productiva y financiera compleja de la empresa de grupo. No ha sido éste el caso español -art. 16.1-.

⁵⁸ Debe recordarse que estas mismas normas son aplicables en el procedimiento de renegociación del acuerdo de constitución de un comité o de otro tipo de procedimiento de información y consulta -art. 15.3 ley-.

De esta manera, la ley española viene a adicionar una serie de supuestos primariamente orientados, según la propia memoria justificativa del proyecto de ley, a garantizar que la constitución y convocatoria de la comisión negociadora y las negociaciones se rijan por el principio de la buena fe. Esta extensión ha sido objeto de fuertes críticas, tanto porque no aparece en la directiva cuanto porque por su propia razón de ser sólo debería ser merecedor de sanción administrativa y/o judicial. En nuestra opinión, sin embargo, esta ampliación encuentra pleno encuadramiento en una interpretación finalista de los preceptos de la directiva comunitaria, y no debe olvidarse que el principio de buena fe constituye una regla ampliamente presente en todo el texto de la ley y está escrito en el espíritu y en la letra de la directiva comunitaria. Igualmente debe tenerse en cuenta que, en última instancia, la ley española permite el recurso a mecanismos alternativos de denuncia y sanción antes por la referida vía imperativa.

En cualquier caso, aparece claro que tales disposiciones pretenden cumplir con un triple objetivo inequívocamente presente en la directiva comunitaria:

- En primer lugar, y sobre todo, incentivar la creación de un procedimiento de negociación colectiva, reforzando la posición contractual de la parte social de la empresa transnacional -función promocional de la negociación colectiva en la empresa europea-.
- En segundo lugar, prestar una tutela efectiva, de carácter real o *in natura* y no meramente obligacional, de carácter pecuniario y administrativa, a los derechos de información y consulta. Así, se evidencia en la previsión de la norma española que posibilita la aplicación de esas disposiciones cuando la dirección central incumpla sus obligaciones en materia de constitución y convocatoria y actuación de mala fe en general -función de garantía de efectividad de las obligaciones empresariales-⁵⁹.
- En tercer lugar, y de modo reflejo, dar preferencia a la dimensión organizativa de la información y consulta, a través del fomento de la creación del CEU -fomento de las formas de participación organizativa o institucional de los trabajadores en la empresa-. De este modo, sin perjudicar el principio de subsidiariedad horizontal, dado su carácter de norma residual, ni el propio enfoque pragmático de los derechos, dado el carácter circunscrito de las competencias, vienen a reforzar algunos otros objetivos de la directiva, como el relativo a garantizar una influencia permanente y coherente de los trabajadores en las elecciones fundamentales, al menos en las de carácter estrictamente laboral, de la empresa.

A tal fin, la dialéctica fundamental que se abre ahora es determinar su papel y su peso específico respecto de las demás estructuras representativas, en la línea de favorecer más una instancia de representación de los trabajadores en el nivel transnacional de la empresa que una estructura autónoma. Para lo cual son importantes las reglas de composición y distribución de los miembros del CEU.

⁵⁹ De ahí, que no compartamos la crítica de C. SÁEZ LARA. «La Directiva 94/45/CE, sobre el Comité de empresa europeo...» *op. cit.* pág. 638.3.

2.2. Composición y funcionamiento interno del CEU.

A este respecto, la Ley española de transposición, configura el CEU como una estructura de representación de naturaleza unitaria, de segundo o tercer grado de representación y sin integración de representantes empresariales, adaptándolo en buena medida a nuestro modelo legal. Así, el CEU estará compuesto por trabajadores de la empresa o grupo, elegidos o designados «por» y «entre» los representantes de los trabajadores o, en su defecto, «por» el conjunto de los trabajadores de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales -art. 17.1-. Su distribución se realizará atendiendo, sin embargo, además de al criterio de proporcionalidad al número de trabajadores ocupados -dimensión ocupacional de la empresa- -[art. 17.2 b)-, no a una representación mínima por cada centro o empresa afectados sino a un representante por cada Estado miembro -art. 17.2 a), aunque tenga en él varios centros de trabajo o empresas controladas, relativizando de este modo las eventuales diferencias entre las unidades productivas de un mismo país ⁶⁰.

Por lo que se refiere a su funcionamiento interno, está previsto que el CEU adopte su propio reglamento interno -anexo 1 c), art. 19 ley-. Ahora bien, en esta labor existirán una serie de límites derivados tanto de la legislación interna del Estado miembro donde radique la dirección central, como las previsiones del Anexo de la Directiva en materia de reuniones del propio CEU, en cuanto que condicionan la asunción de sus gastos por la dirección central ⁶¹. En sus reuniones internas y en las que celebre con la dirección central igualmente se prevé la posibilidad de participación, con voz pero sin voto, de representantes elegidos por los trabajadores de Estados no miembros donde la empresa o el grupo tengan unidades productivas, por común acuerdo del CEU y dirección central.

De conformidad con nuestra normativa, el CEU de empresa viene obligado a elegir en su seno un comité restringido compuesto por tres miembros, cuando el número de miembros fuera superior a doce. En este caso, será el comité restringido de empresa y no el CEU de empresa el que tendrá derecho de información y consulta sobre determinadas materias especialmente graves, en circunstancias excepcionales. Estas materias vienen determinadas en el artículo 18.3 de la ley -relativas al deber de informar al comité «con la debida antelación de aquellas circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores...»-. En las reuniones en que participe el comité restringido tendrán derecho a participar igualmente aquellos otros miembros del CEU elegidos o designados en representación de las empresas o centros directamente afectados por las medidas de que se trate. El comité restringido deberá informar periódicamente de sus actuaciones y del resultado de las reuniones en que participe el CEU -art. 19.2.3-.

Por su parte, los gastos de funcionamiento correrán a cargo de la dirección central, incluido el recurso a un experto a elección -art. 19.5 ley-. Es la dirección central la responsable de suministrar los recursos materiales y financieros necesarios para cumplir sus funciones adecuadamente.

⁶⁰ Para la mayor adecuación de este criterio *vid.* C. SÁEZ LARA. «La Directiva...» *op. cit.* pág. 639.

⁶¹ En este sentido, el respeto de los límites rigurosos a las competencias del CEU establecidas en el propio Anexo de la Directiva determinará la imposibilidad de ampliar sus propias competencias a través de esta vía interna.

2.3. Atribución y ejercicio de las competencias del CEU.

Por su parte, el artículo 18.1 de la ley establece el conjunto de competencias atribuidas al CEU. En esta materia la directiva aparece particularmente estricta y precisa, debiéndose considerar las previsiones del Anexo como un auténtico y genuino derecho necesario absoluto para los diferentes textos normativos de recepción -Anexo 1-. Las atribuciones de este comité pueden organizarse en torno a tres términos o conceptos:

1. Derechos de *Información*.
2. Derechos de *Consulta*. Esta cuestión ha sido y permanece todavía la que ha planteado más resistencias por parte de los empresarios, en cuanto rechazan la idea de una consulta sistemática y regular sobre cada una de las decisiones importantes que pueden tener consecuencias sobre el empleo, según las reglas y los procedimientos en vigor para las instancias nacionales. De ahí el esfuerzo de la directiva de definir esta noción, identificándola como un mero intercambio de puntos de vista o de opiniones orientado hacia la «apertura de un diálogo» social -art. 3.1.7 ley-. Ahora bien, con ello no se resuelve definitivamente el tema puesto que no puede ser una simple explicación *a posteriori* de una decisión estratégica ya tomada.
3. *Negociación*. Aunque es verdad que la normativa, nacional y comunitaria, no habla más que de información y de consulta, el CEU no aparece concebido como una mera instancia informativa. Además, adicionalmente, otras razones podrían argüirse en favor de la evolución del CEU hacia una función negociadora, aunque no puedan ocultarse las enormes dificultades que existen para ello, entre otras las derivadas de la heterogeneidad de los contenidos.

Múltiples han venido siendo los problemas jurídicos, tanto conceptuales como aplicativos, relativos al correcto ejercicio de las funciones de información y consulta evidenciados por la experiencia previa de los CEU: v.g. exigencia de que la información se realizara por escrito; necesidad de un efectivo carácter preventivo, fidedigno y útil de la información -reglas de la buena fe-; apertura de mayores posibilidades de participación en la fijación del orden del día al objeto de configurarlo como una instancia de efectivo diálogo y de atribuirle un derecho de interlocución real; particular necesidad de reforzar las actividades preparatorias e instrumentales; mecanismos adecuados para satisfacer las exigencias de formación -derechos de formación adecuada-, organización y transparencia -recurso a expertos-, que si bien pesa sobre el empresario y las instituciones no puede dejar indiferente a los sindicatos...⁶².

⁶² Cfr. F. GUARRIELLO. *op. cit.* pág. 296.

Precisamente, a tratar de superar en alguna medida parte de los límites de las experiencias negociales previas se dirigen las previsiones subsidiarias en estos puntos. A este respecto, se precisa, por un lado, que las competencias del CEU se circunscriben a los aspectos concernientes a la dimensión comunitaria de las empresas o grupos de empresas, y por otro, se garantizan una serie de derechos. En efecto, las competencias materiales del CEU en orden al ejercicio de «su derecho a ser informado y consultado» están territorialmente limitadas de acuerdo con los siguientes criterios -Anexo 1 a)-:

- Afectación de intereses del conjunto de la empresa o grupo de dimensión comunitaria -art. 18.1 ley-, o al menos tengan una dimensión comunitaria, es decir, afecten cuando menos a dos centros de trabajo o empresas del grupo situados en Estados miembros diferentes.
- Este criterio resulta también aplicable a los casos en que la dirección central no esté situada en un Estado miembro, pero no cuando la información y consulta comprendieran lo relativo a establecimientos o empresas del grupo que no estén situados en los Estados miembros.

Las materias de interés general de empresa o de interés colectivo de grupo objeto de información y consulta son las enumeradas en el apartado 2 del artículo 18 de la ley -Anexo 2.2 de la directiva-. Esta enumeración, sin embargo, no tiene un carácter exhaustivo o de *numerus clausus* como acredita el hecho de que la normativa salve la posibilidad de que se planteen otras cuestiones diferentes ⁶³. En este sentido, particular interés reviste la inclusión entre estas otras materias posibles de aquellas relativas a la información relativa a las decisiones de movilidad, especialmente de la geográfica, dada la posición privilegiada que el CEU puede ocupar en orden a establecer un equilibrio efectivo y eficaz entre todos los establecimientos que tengan su sede en diversos países miembros.

Estas competencias pueden ejercerse a través de dos vías principalmente, y que constituyen otros respectivos derechos de instrumentalización del procedimiento informativo-comunicativo, en atención al carácter normal -reunión ordinaria- o excepcional -reunión extraordinaria- de la situación o del problema. En el primer caso, se realizará a través de, al menos, una reunión anual con la dirección central, previamente convocada por ésta con una antelación mínima de un mes y tomando como base un informe elaborado por aquella sobre la evolución y perspectivas de la empresa en materia económica, financiera y de empleo. Nos encontramos aquí con el reconocimiento de un *derecho de comunicación -que abarca el contacto y la expresión- directa* con la dirección central del complejo empresarial que, si es verdad que puede resultar de utilidad para evitar que el procedimiento consultivo se convierta en una mera toma de posición sobre una decisión ya tomada, aparece como un trámite previo a integrar en el procedimiento decisorio y destinado a influir sobre el mismo, suministrando elementos de reflexión y contraste a la dirección, no menos cierto es que tiene un carácter muy limitado, dada su cadencia temporal anualmente preestablecida.

⁶³ «Sin perjuicio de otras cuestiones que puedan plantearse, en la reunión anual se analizarán aquellas relacionadas con la estructura de la empresa, su situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas, la situación y evolución probable del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales que afecten a la organización, la introducción de nuevos métodos de trabajo o de producción, los traslados de producción, las fusiones, la reducción del tamaño o el cierre de empresas, centros de trabajo o partes importantes de éstos, y los despidos colectivos».

En el segundo caso, se reconoce un derecho reforzado de reunión, a petición propia, con la dirección central o «con cualquier otro *nivel de dirección* de la empresa o grupo *más adecuado* y con competencia para adoptar decisiones propias». El reforzamiento viene derivado del hecho de que tiene reconocida propia iniciativa en la solicitud de la oportuna reunión y en cuanto que el resultado de la consulta puede exteriorizarse a través de la emisión del oportuno dictamen. Los requisitos para esta situación son dos:

- Que existan circunstancias excepcionales, relativas a cualquier materia relativa a la empresa y al empleo, aunque «especialmente» en los casos de traslados de empresas, de cierres de centros de trabajo o empresas o de despidos colectivos ⁶⁴.
- Que afecten «considerablemente» a los intereses de los trabajadores, con lo que queda indeterminado tanto el número de trabajadores afectados, como si su cómputo ha de hacerse a nivel global de empresa o de grupo de dimensión comunitaria, o por unidad productiva más reducida. Aunque todo apunta hacia un principio de inmediatez en la medida en que se refiere a traslados y despidos colectivos especialmente y a niveles de dirección más adecuados.

De esta forma, vemos como la normativa establece concretas medidas para garantizar la obtención efectiva de la información y consulta:

- Emisión de un informe previo del empleador sobre los asuntos a tratar. Este carácter previo de la información, expresión del principio de efecto útil de los instrumentos previstos en la entera regulación e incluso derivado de las reglas de la buena fe, viene a constituir un significativo progreso respecto a las prácticas negociales previas y concreta de forma efectiva las previsiones extremadamente genéricas en este punto de la directiva.
- Derecho de reunión previa sin la concurrencia del empleador. De esta forma se garantiza una adecuada planificación y preparación de la intervención «sindical» respecto a las decisiones empresariales sometidas a consulta, permitiendo una reflexión preliminar de la parte social que dote su acción de una mayor coherencia, articulación y eficacia.
- Financiación a cargo de la empresa de los gastos de funcionamiento del Comité de Empresa Europeo, en la línea de la regla general de financiación a cargo de la dirección central que inspira la regulación.
- Tutela judicial efectiva del cumplimiento de tales exigencias que, junto a las posibles sanciones administrativas, contempla la posibilidad de una tutela cautelar por parte del juez, de modo que queda abierta la posibilidad de suspender e incluso, a nuestro juicio, invalidar aquellas decisiones que se adopten sin la intervención de estos órganos transnacionales de representación.

⁶⁴ Esta última referencia adquiere hoy una renovada actualidad a consecuencia del conflicto surgido con el cierre del centro de trabajo del Grupo automovilístico francés RENAULT en Vilvoorde, puesto que la empresa ha incumplido el deber de consulta al Comité Europeo del Grupo establecido por el Acuerdo de 5 de mayo de 1995. *Cf*: M.A. MOREAU. «A propos de "l' affaire Renault"». *D.S.* 1997. n.º 5. págs. 493 y ss.

En definitiva, tales disposiciones imponen una lógica de coordinación en las acciones y en los procedimientos de reestructuración de empresas en el seno de la Unión Europea que se orienta a impulsar, también en el ámbito comunitario transnacional de las empresas, auténtico centro de decisión real y efectivo, una gestión negociada de las políticas de empleo, de ayuda o asistencia de todo tipo a las empresas y de los procedimientos de reestructuración económico-organizativa de las unidades productivas y financieras. De este modo, es claro que asistimos a una profundización de estas funciones informativo-comunicativo hacia modelos más participativos y de formas de intervención e implicación de trabajadores y representantes, así en la línea de la formación, seguridad y salud, que se abren como materias interesantes para la reflexión conjunta y el diálogo en particular de aquellas especialmente complejas y articuladas como los grupos. Consecuentemente, potencialmente la nueva estructura representativa tenderá a convertirse en la instancia más importante y privilegiada en los ámbitos estratégicos de dirección, configurándose como una instancia normalizada y regular de confrontación, diálogo, reflexión y negociación ⁶⁵.

De esta forma, el interrogante fundamental que se abre en este punto es de si estas estructuras representativas lo son a los meros efectos de información y consulta o si, además, se orientarán, en línea con lo sucedido en las experiencias nacionales, hacia una dinámica de funcionamiento inspirada en efectivas instancias de negociación. A estos efectos, lo primero que hay que advertir es que la cuestión no parece tan clara como podría parecer de una lectura simplista y superficial de la nueva regulación, sino que se abre un cierto margen de ambigüedad. En efecto, pese a que sitúa en la información y consulta el objeto central, alude en sus considerandos, igual que la Exposición de Motivos de la ley, a la idea de reforzar el diálogo social como objetivo también buscado por esta normativa comunitaria: lógica económica -actividad y desarrollo económicos del grupo- y lógica social -lógica mixta de diálogo y de concertación social (ej. temas sociales, seguridad y salud, formación ocupacional, inserción y formación de jóvenes...)-. Así, la constatación de las múltiples dificultades para esta evolución como instancia negociadora, así como la diversidad de experiencias prácticas nacionales y transnacionales, expresión de la diversidad de modelos normativos de relaciones laborales y de participación institucional ⁶⁶, no puede impedir evidenciar una amplia gama de factores que permiten impulsar esta tendencia evolutiva.

En esta dirección, no se olvide que, cuando menos, se concede al Comité de Empresa Europeo la facultad de irrogarse en las funciones legales de la comisión negociadora al renegociar el acuerdo de constitución del Comité de Empresa Europeo, negando esta posibilidad cuando el acuerdo denunciado y vencido lo fue de establecimiento de un procedimiento de información y consulta -art. 14.5.1 ley- ⁶⁷. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la directiva, y ahora la Ley de transposición, ya

⁶⁵ Cfr. F. GUARRIELLO. *op. cit.* pág. 302. Un ejemplo claro, la experiencia de los comités de grupo franceses. *Vid.* por todos M. COHEN. *Le Droit des comites d'entreprises et des comites de grupo*. 4 edition. LGDJ. 1997.

⁶⁶ Entre estas dificultades se citan: comparación de situaciones existentes en los diversos países; diversidad cultural y de prácticas, diferentes sistemas de valores y situaciones muy distantes a veces. Cfr. J. JACQUIER. *op. cit.* pág. 1.082.

⁶⁷ En cualquier caso parece que la idea de la codificación o cogestión versión alemana está descartada, si bien puede ser una vía a abrir en cierta forma por el contenido de los acuerdos y por sus prácticas. Cfr. J.P. JACQUIER. *op. cit.* pág. 1.082.

han supuesto por sí mismas la creación de un derecho a negociar la puesta en funcionamiento de un mecanismo o instrumento de diálogo entre la dirección y la representación de los trabajadores. Puede pensarse, pues, que la nueva regulación le asigna una mayor intensidad en el proceso participativo, en cuanto que la información prevista permite articular una función de control sobre determinadas decisiones de la empresa o del grupo -información para el control- e incluso, la práctica convencional puede dotar de mayores contenidos negociales, aunque sea a través de vías más informales o flexibles, las competencias del CEU -información para la negociación-⁶⁸.

En este contexto, aunque suele entenderse que el CEU no tiene funciones decisoras ni codecisoras, puesto que su actuación en ningún caso, incluso en aquellos supuestos excepcionales, «no afectará a las prerrogativas de la dirección central», es claro que nos encontramos, como ya se señaló, ante un claro ejemplo de sujeción de los poderes empresariales a múltiples técnicas de procedimentalización de su ejercicio y a los imperativos de la razón comunicacional, en el sentido habermasiano, que aparecen como inspiradores del Derecho contemporáneo. Así, conviene recordar en este orden de ideas el carácter extremadamente difuso que en la dinámica de las relaciones laborales existe entre la consulta y la negociación.

Y en cualquier caso, la nueva normativa, comunitaria y nacional, va a permitir institucionalizar un órgano que está llamado a organizar los espacios de diálogo social con la parte sindical y a canalizar la circulación de la información-comunicación entre los actores sociales en las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria, sirviendo de instancia representativa y participativa suplementaria apta para protagonizar procedimientos regulares de consulta y negociación más o menos formalizada. En esta dirección, incluso se abre la posibilidad de negociaciones en orden a buscar homogeneidad que eviten competencias entre unidades del grupo, como por ejemplo el tiempo de trabajo. Más aún: se abre la posibilidad de reforzar el diálogo social en orden a favorecer las conversaciones o negociaciones de sector.

3. El estatuto regulador de la actividad representativa del CEU: la búsqueda de un equilibrio entre garantías y deberes.

No cabe duda de que para delimitar con mayor precisión el estatuto competencial o la regulación de la actuación del CEU resulta del mayor interés las previsiones relativas a tres órdenes de cuestiones:

1. ¿Qué *capacidad jurídica* se reconoce al CEU para el ejercicio efectivo de los derechos, prerrogativas y competencias que le son atribuidos?
2. ¿Con qué *garantías* cuentan los representantes de los trabajadores para proteger el ejercicio de sus derechos frente a posibles medidas perjudiciales por parte del empresario por el desempeño de tal actividad?
3. ¿Cuáles son los *límites* establecidos al reconocimiento y ejercicio de sus derechos de información y consulta en favor de una adecuada protección de legítimos intereses empresariales?

68 Cfr. en general J.L. MONEREO PERÉZ. «Los derechos de información...» *op. cit.* pág. 201.

A estas tres cuestiones de primer orden trata de responder el Capítulo III del Título I de la ley, relativo a las «disposiciones comunes» a los dos Capítulos de este Título -disposiciones de alcance transnacional-. Por lo que respecta a la primera, cuestión de extraordinario interés teórico y práctico es el relativo al reconocimiento o no al comité -y a la comisión negociadora- de la capacidad y/o de la personalidad jurídica. El artículo 20 alude expresamente al término capacidad y elude el de personalidad jurídica. Aunque podría pensarse que son equivalentes igualmente podría entenderse que no. A nuestro juicio, no estamos ante un real reconocimiento de personalidad jurídica sino de subjetividad, lo que implica reconocer que es un sujeto de derecho autónomo, un centro de imputación de intereses distinto y diferenciado del resto, pero que no goza formalmente de la personalidad jurídica. Lo que puede ser importante a efectos de la responsabilidad. Sin entrar en mayores profundidades en este momento, sí conviene dejar indicado el reconocimiento de una efectiva capacidad jurídica para ejercer «acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros» -art. 20-.

Por cuanto concierne al segundo bloque de cuestiones, el artículo 21 de la ley, extiende a los miembros de la comisión negociadora, del CEU y de los representantes de los trabajadores que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta «la misma protección» y «garantías similares» a las previstas para los representantes de los trabajadores a nivel nacional en el país en el que prestan sus servicios, de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones o prácticas nacionales. Esta extensión es plena en el caso español salvo lo relativo al crédito horario, que cuenta con un régimen peculiar previsto en el artículo 28.3 de la ley, como luego veremos en el apartado relativo a las disposiciones de alcance nacional.

Finalmente, una particular trascendencia adquiere, en orden al establecimiento de un cierto equilibrio entre derechos y deberes de los representantes de los trabajadores, los límites y limitaciones fijados por la directiva, y adicionalmente por la ley, a los derechos de información empresarial previstos. En este sentido, del conjunto de la regulación y en especial del artículo 29 de la ley, y en aplicación de la regla clásica de compromiso y ponderación entre los derechos e intereses implicados, es decir, entre los intereses colectivos de los trabajadores y el interés económico del empresario, pueden entenderse existentes tres deberes fundamentales que deben presidir el funcionamiento de las nuevas instancias representativas ⁶⁹:

1. Un *génerico deber de colaboración*, establecido por el artículo 9 de la directiva, entre la dirección central y los representantes de los trabajadores en la entera dinámica del procedimiento de comunicación y diálogo establecido. Lo que parece determinar el carácter más participativo que reivindicativo de estructuras como el CEU ⁷⁰.

⁶⁹ Un equilibrio funcional entre el interés de la empresa a guardar silencio y el deber de discreción de los representantes, de modo que el empresario no pueda retener indiscriminadamente informaciones relevantes para el conocimiento de los trabajadores ni los representantes hayan de soportar un deber de secreto hasta el punto de que les impida informar a sus representados y a terceros sobre hechos de relevancia colectiva y pública.

⁷⁰ Ahora bien, y sin perjuicio del artículo 2.6 APS que impide afectar a los derechos de sindicación y de huelga, no puede establecerse una diferencia radical de modelos, ya es imposible.

2. Un *genérico deber de razonabilidad* en el ejercicio de sus derechos, prerrogativas y competencias, sin duda implícito en el principio de buena fe que inspira toda la regulación comunitaria y nacional. En definitiva, a través de este genérico deber se pretende evitar preventivamente la existencia de posibles abusos o excesos en el ejercicio de los derechos de información y consulta reconocidos, así como en los distintos instrumentos orientados a la efectividad de los mismos. Lo que obliga a realizar un uso razonado, prudente y moderado de ellos.
3. Un *genérico deber de discreción* respecto de las informaciones empresariales recibidas por los representantes de los trabajadores. Ciertamente, es éste uno de los puntos más importantes, y también más criticables, de la nueva regulación proporcionada por la Ley española de transposición.

En efecto, en una clara posición de búsqueda de una concepción de mayor equilibrio entre los intereses en presencia, la Directiva CEU, autorizaba a los Estados a establecer significativas limitaciones sobre la disponibilidad y la divulgación de informaciones por parte de los representantes de los trabajadores, reforzando las previsiones relativas a las obligaciones y deberes derivados de la previsión de específicas cláusulas de confidencialidad y reserva o secreto respecto de las informaciones suministradas -art. 8.1 directiva-. En esta dirección, se preveían dos tipos de informaciones: por un lado, las informaciones confidenciales o relativamente reservadas, para cuyos destinatarios grava sólo un deber de no divulgación a terceros -deber específico de discreción-, entre los que no se sitúan los trabajadores representados, por otro, las informaciones secretas o absolutamente reservadas, en cuanto no son comunicables a los representantes -derecho de secreto del empresario-.

Al respecto, se prevén dos tipos de medidas a desarrollar por la legislación de los Estados miembros:

- a) El carácter confidencial de determinadas informaciones y las consecuencias de dicha calificación -art. 22.1 ley-.
- b) El carácter no comunicable o secreto de específicas informaciones -art. 22.2-.

Por lo que se refiere a las *informaciones confidenciales*, la consagración normativa de un específico deber de reserva o discreción abarca toda la vida del contrato de trabajo de los representantes, con independencia de que haya expirado o no su mandato representativo. Ahora bien, con objeto de establecer adecuados controles que garanticen un uso razonable de esta calificación, se exige que la calificación de confidencialidad sea expresa. En cualquier caso, tal exigencia de calificación de confidencial plantea el tema de los límites a esta calificación y el control de tal comportamiento empresarial. A este respecto, cabe resaltar en este momento dos puntos críticos fundamentalmente:

1. El *deber de reserva* a cargo de los miembros de la comisión negociadora, CEU o representantes de un procedimiento de información y consulta, así como de los expertos que les asistan, aparece como un límite -derecho empresarial a la reserva de información por parte de quienes la han recibido- de mayor severidad o intensidad que el deber de sigilo profe-

sional exigido en este ámbito por nuestro Derecho interno -art. 65.2 ET-⁷¹. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el sigilo profesional no se identifica con una obligación absoluta de guardar secreto o de no comunicar ciertas informaciones -entendido aquí como deber de no revelar determinadas informaciones a terceros, entre los que podrían situarse en una interpretación extremadamente contractualista, los trabajadores-. Antes bien, este deber de sigilo ha venido interpretándose como un deber de ejercicio prudente y razonable de la información obtenida de la empresa, haciendo uso adecuado de la misma y no incluyendo en línea de principio a los trabajadores entre tales terceros⁷².

2. La inexistencia de un desarrollo específico del contenido de la directiva en esta materia, es claro que se deja en manos de la parte empresarial la determinación de qué datos van a tener esta consideración de confidenciales, con lo que se abren amplísimos márgenes a la subjetividad e incluso a la arbitrariedad empresarial en tal calificación. Estos riesgos no han pasado desapercibidos al Consejo Económico y Social, sin embargo, en esta materia, no se han recogido demasiado estrictamente las valiosas sugerencias del CES en este punto ni tampoco las avanzadas por el grupo de expertos⁷³.

Por lo que respecta a las denominadas *informaciones secretas* o absolutamente reservadas, la legislación española ha concretado las previsiones comunitarias en términos de atribución de un amplio margen de actuación a la dirección central. Este segundo mecanismo, más intenso, de defensa de los intereses empresariales reside en la obligación impuesta a las legislaciones nacionales de definir en qué casos y con qué condiciones y límites la dirección central que reside en su territorio no estará obligada a facilitar información que pudiese, según criterios objetivos, perjudicar a las empresas afectadas o crear graves obstáculos a su funcionamiento. Precisamente, la constatación de la radicalidad con que este derecho empresarial limita, cuando no lisa y llanamente anula, los derechos de información de los representantes de los trabajadores, llevó a la directiva comunitaria a abrir amplias posibilidades de someter esta dispensa a controles previos, como por ejemplo la exigencia de una previa autorización administrativa o judicial -art. 8.2 y 11.4 directiva-.

A este respecto, la ley española, sí ha recogido en cierta forma la observación del CES en orden a establecer garantías adecuadas para no dejar un margen de libertad extremo a la dirección en orden a la calificación de determinadas informaciones como reservadas o secretas, con la consiguiente exclusión de su comunicación al CEU. En este sentido, cuatro son las condiciones que pesan sobre este particular y que por tanto podrán servir de efectivos instrumentos de control, aunque *a posteriori*, de la discrecionalidad empresarial⁷⁴:

⁷¹ Cfr. C. SÁEZ LARA. *op. cit.* pág. 642.

⁷² Cfr. J. L. MONEREO PERÉZ. Los derechos de información... *op. loc. cit.* M.ª F. FERNÁNDEZ LÓPEZ. «El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores». *AL.* 1992. n.º 9; E. GARRIDO PERÉZ. *La información en la empresa.* CES. Madrid. 1995.

⁷³ Sin embargo, en este punto la aplicación de la directiva no resulta fácil, existiendo divergencias acusadas entre los diferentes ordenamientos, por lo que hubiera sido particularmente conveniente una solución coordinada.

⁷⁴ El carácter plenamente controlable de las facultades discrecionales determina la plena coherencia de prever mecanismos de control de facultades de este tipo. No entendemos, pues, el reparo de C. SÁEZ LARA. «La Directiva...» *op. cit.* pág. 643.

1. Carácter excepcional de esta calificación como información reservada o secreta.
2. Carácter restringido o selectivo de la condición de secretas, reduciendo esta posibilidad sólo a específicas informaciones relacionadas con secretos industriales, financieros y comerciales cuya divulgación pudiera obstaculizar el funcionamiento de la empresa u ocasionar graves perjuicios a su estabilidad económica.
3. Carácter objetivo de los criterios utilizados para definir el carácter reservado o secreto de la información. Lo que pone el problema de definir tales criterios es que no se recoge, ni tan siquiera apunta o ilustra, en la normativa. Es de suponer que deberán recurrir a criterios de normalidad o de prudencia en la gestión empresarial.
4. Carácter grave y efectivo del perjuicio no meramente hipotético o potencial.

Con objeto de evitar interpretaciones rígidas de esta facultad, que va más allá de la primera limitación puesto que mientras aquella supone la comunicación de información aunque con la garantía de mantenerla sin difusión, esta segunda supone negar la posibilidad de recibir información de determinado tipo, la propia directiva preveía la posibilidad de procedimientos administrativos o judiciales a los que se puede recurrir para evitar que se anule en la práctica el derecho de información. Igualmente se prevé que tales procedimientos puedan incluir salvaguardas destinadas a mantener el carácter confidencial de la información de que se trata -art. 11.4-. Lo que supone la posibilidad de que el juez pueda obligar a la empresa a facilitar una información inicialmente considerada o calificada como reservada por la empresa y por tanto no facilitada o comunicada, aunque con la calificación de confidencial -tutela real o efectiva y cumplimiento *in natura* de las obligaciones-. En este sentido se ha arbitrado la modalidad procesal relativa al proceso de conflictos colectivos para poder impugnar las decisiones de la dirección central de atribuir carácter confidencial, o de no comunicar determinadas informaciones a los miembros de la comisión negociadora, del CEU o a los representantes de los trabajadores en los procedimientos de información y consulta alternativos -art. 38.5 ley-, considerándose además las acciones u omisiones contrarias al ejercicio de este derecho, como infracciones muy graves -art. 33.3 ley-⁷⁵.

VII. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD VERTICAL: ÁMBITO Y CONTENIDO DE LAS NORMAS DE ALCANCE NACIONAL

Como ya se indicó, junto a la regulación de los principios y normas que deben regir para la constitución de eficaces y efectivos procedimientos de información y consulta en las empresas y grupos de empresas cuya dirección central se encuentre situada en nuestro territorio, nuestra ley, en cumplimiento de la remisión realizada por la directiva, regula también determinados aspectos instrumentales, precisamente aquellos en los que el respeto a las instituciones colectivas nacionales se hace más patente, de conformidad con la legislación y la práctica de nuestro sistema de relaciones

⁷⁵ Cfr. sugerencia INFORME-RESUMEN sobre las conclusiones del grupo de trabajo... *op. cit.* pág. 32.

colectivas de trabajo. Así, esta dualidad normativa utilizada por la Ley de transposición para integrar su ámbito de aplicación, recurriendo simultáneamente a disposiciones de alcance transnacional y otras sólo de alcance nacional, se cierra en su Título II, con la previsión de determinadas reglas que, en base al principio de subsidiariedad vertical, deben aplicarse exclusivamente en «los centros de trabajo y empresas situados en España de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria cuya dirección central esté situada en cualquier Estado miembro, en lo relativo a las remisiones, a las legislaciones y prácticas nacionales contenidas en la presente ley y en las disposiciones de los Estados miembros por las que se da cumplimiento a la Directiva 94/45... » -art. 24.1-.

Los principales puntos críticos del contenido de estas disposiciones se centran en las siguientes cuestiones:

a) La forma de cálculo de la plantilla mínima de la empresa.

El artículo 2.2 de la directiva remite a las legislaciones nacionales la determinación del número de trabajadores necesario para verificar la existencia o no del criterio numérico usado, junto con el ya referido carácter transnacional, para definir una empresa o grupo de dimensión comunitaria. A tales efectos, el número mínimo de trabajadores se fijaría con arreglo a la media de trabajadores, incluidos los trabajadores a tiempo parcial, contratados durante dos años precedentes, calculada conforme a las legislaciones o prácticas nacionales.

Ahora bien, como se conoce, en España contamos con dos reglas distintas de cálculo, según se trate bien de representantes sindicales -regla de la equiparación entre trabajadores fijos y temporales- o bien de representantes unitarios en la empresa -regla de la ponderación del número de días trabajados por los trabajadores temporales con contrato inferior a un año, equiparándose aquellos contratos de duración superior-. Por lo que respecta a la forma de calcular el promedio de trabajadores empleados en los centros de trabajo y empresas situados en España de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria cuya dirección central esté situada en cualquier Estado miembro, a los efectos de aplicación de la Directiva 94/45/CE, el artículo 25 de la Ley de transposición, a nuestro juicio de forma ampliamente criticable en atención a las características de nuestro sistema de contratación y nuestro mercado de trabajo, incorpora la regla del cómputo de los trabajadores temporales propia de los representantes unitarios, naturalmente adaptada a la consideración del período bianual de referencia determinado por la directiva y las disposiciones preliminares de la Ley ⁷⁶.

En este contexto, y puesto que nuestra ley sitúa la dimensión media de la plantilla de la empresa en la fecha de inicio del procedimiento de negociación, parece claro que la dirección central de la empresa o del grupo de dimensión comunitaria no podrá negarse a negociar so pretexto de haber

⁷⁶ Con lo que se multiplica por dos los años y días determinados por el Estatuto de los Trabajadores y el reciente Reglamento de Elecciones a órganos de representación unitaria en la empresa -art. 25.1-. En cualquier caso, la norma española introduce un correctivo al criterio meramente numérico o aritmético de la plantilla cuando éste pudiera resultar superior al número de trabajadores que se computan, limitándolo al número total de dichos trabajadores.

disminuido el número de trabajadores contratados por debajo del umbral requerido. De darse este supuesto habría lugar, entendemos, a la aplicación de las disposiciones subsidiarias. Por tanto, ha de entenderse que este número debe considerarse válido durante dos años aunque, posteriormente pudiese variar el número de trabajadores empleados. Además, y como parece obvio, la ley obliga a las empresas a facilitar la información necesaria para conocer el número de trabajadores realmente empleados en el centro -art. 3.2 *in fine*-, cuya inobservancia habrá de considerarse como un incumplimiento de los deberes de información que pesan sobre el empresario, dando lugar a una infracción muy grave de los deberes empresariales a tenor del artículo 33.1 de la ley. Ahora bien, ha de entenderse que en este supuesto no estaríamos sólo ante un comportamiento constitutivo de infracción administrativa y, por tanto, ante una omisión merecedora de sanción administrativa, sino ante un comportamiento empresarial obstativo que determina la actuación de todos los instrumentos necesarios para conseguir una efectiva conducta positiva de las empresas responsables, en aras de una tutela judicial efectiva de los derechos normativamente previstos, incluyendo la posibilidad de recurrir al procedimiento de tutela de la libertad sindical e incluso, a nuestro juicio, la posibilidad de aplicar las disposiciones subsidiarias en los términos del artículo 15.2 de la ley.

b) Atribución de la condición de representante nacional de los trabajadores y procedimiento de selección.

La directiva comunitaria permitía la atribución de la condición de representante, de acuerdo con el principio de neutralidad característico del Derecho Comunitario del Trabajo en este punto, tanto a organizaciones sindicales, como a miembros de órganos de representación unitaria del centro de trabajo o de la empresa, e, incluso, a representantes elegidos *ad hoc*, remitiendo tal aspecto a los Estados nacionales. Así, por lo que se refiere a la individualización o identificación de la condición de representante de los trabajadores, de conformidad con el sistema dual previsto en nuestra legislación, el artículo 26 de la Ley de transposición, establece que ostentarán tal cualidad tanto «las representaciones sindicales» cuanto las representaciones unitarias de la empresa -comités de empresa y delegados de personal-.

Por lo que respecta al procedimiento de designación de los miembros de la comisión negociadora, la normativa comunitaria también reenvía a la legislación de cada Estado miembro, tal y como reconoce el artículo 9.2 de la Ley. A este respecto, muchas han sido las dificultades derivadas de la inexistencia de reglas previas en los acuerdos firmados con anterioridad y que sirvieron de banco de pruebas para la elaboración de la normativa comunitaria, afirmándose progresivamente una significativa y nítida tendencia a negociar con los sindicatos de ámbito europeo porque eran considerados ampliamente como organizaciones colectivas de trabajadores más representativas⁷⁷. En este sentido, parece haber una cierta coincidencia doctrinal en destacar la preferencia de la Directiva CEU por el canal unitario de representación frente a la sindical, reflejándose una tendencia detecta-

⁷⁷ Sin embargo, se ha dicho que existe una suerte de contradicción entre la lógica mayoritaria de la directiva y la práctica de las negociaciones donde se ha evidenciado una fuerte sindicalización. Por lo que se señala la visión neutra respecto de los miembros del grupo de negociación y del comité.

da en las más recientes normas laborales comunitarias, que relativiza en cierta medida significativa el papel reconocido a los interlocutores propiamente sindicales en el desarrollo del diálogo social ⁷⁸. Lo que parece evidenciar una inicial contradicción: pese a su heterogeneidad, en la experiencia negociada previa, iniciada y desarrollada no de forma organizada o institucional sino de modo espontáneo y voluntario, por tanto a través de vías informales y de alta dosis de experimentalidad, nos encontramos con un significativo protagonismo de la representación sindical.

En principio, las diferentes legislaciones nacionales van a contar con una amplia libertad para la ordenación de esta cuestión, como acaba de señalarse, constituyendo uno de los aspectos más relevantes de las denominadas disposiciones de alcance nacional. Sin embargo, la previsión de procedimientos específicos de nombramiento no deja de crear algunas dificultades. En este sentido, sabido es que la forma de elección de tales representantes en la comisión negociadora, y siguiendo la misma lógica en su composición, aunque no era estrictamente necesario para respetar el mandato comunitario, en el CEU, y la duración de su mandato fueron cuestiones profundamente debatidas en el seno del Grupo «Información y Consulta» ⁷⁹. En la mayor parte de los países, el nombramiento de los representantes es efectuado por las representaciones ya existentes en las diferentes unidades productivas, ya sea en el ámbito local o en el ámbito central o de grupo ⁸⁰. En caso de que ninguna de estas instancias estén efectivamente presentes en el establecimiento en cuestión, los representantes podrían ser nombrados a través de elecciones generales, es decir, de forma directa e inmediata por los trabajadores afectados, puesto que la propia directiva permite la atribución de la cualidad de representante a aquellos elegidos *ad hoc* -regla de neutralidad de la norma comunitaria-.

⁷⁸ Para el carácter parcial y reticente de esta entrada de la representación sindical en el desarrollo de la normativa comunitaria *vid.* M. GRANDI. «Diritto del lavoro e Comunità Europea». *Rivista italiana di diritto del Lavoro*. n.º 2. 1995. pág. 158.

⁷⁹ *Cfr.* INFORME-RESUMEN sobre los trabajos. . . *op. cit.* págs. 22-24.

⁸⁰ Por ejemplo, el Acuerdo colectivo belga establece que en caso de ausencia de un comité empresarial serán los comités de «salud y seguridad» los que efectuarán el nombramiento, y, en su ausencia, los sindicatos. Para una imagen reducida del papel de los sindicatos en la directiva, tanto en lo que se refiere a la posibilidad de crearlo aun en ausencia de presencia sindical en la empresa cuanto en la falta de una referencia específica a su papel en la negociación de estas nuevas instancias de representación y negociación, *vid.* J. P. JACQUIER. «*Les chemins...* » *op. cit.* pág. 1.081. Este autor alude a tres posibilidades:

- a) *Representativo*, en cuanto traduce la elección entre todos los trabajadores del grupo y entre todas sus categorías profesionales componentes de la base ocupacional de la empresa -elegidos por los trabajadores y no designados, al menos directamente, por los sindicatos; o bien confiar la elección a las representaciones unitarias de la empresa, trasladando las fórmulas de los Estados Nacionales respecto de los Comités de Empresa -o Consejos de Empresa versión alemana-: negociación con los representantes de una instancia de concertación-colaboración con la empresa;
- b) *Concertada* o en la cumbre, en la medida en que sería con los principales líderes sindicales, profesionales del sindicalismo sobre las cuestiones estratégicas y la práctica social global de la empresa, con el claro carácter sindical;
- c) *Asamblearia*, o foro general de diálogo y debate, en la línea de ciertas empresas británicas y americanas. Éstas serían tres visiones diferentes del comité que dependen de diversos factores culturales de orden nacionales: papel del sindicato, papel de la instancia representativa.

Sin embargo, en nuestro caso, como en Alemania, no está prevista tal posibilidad de elección directa ⁸¹. Lo que ciertamente podría determinar la creación de tales estructuras donde hasta este momento no se hubiesen constituido todavía, tal y como ya han manifestado los sindicatos españoles, que orientarán los comités en los que los trabajadores españoles no estén representados a consecuencia de la aplicación de los procedimientos españoles de nombramiento y pedirán a la dirección la creación de estructuras locales representativas de los trabajadores, que no puede ser rechazada ⁸². Sin embargo, a nuestro juicio, un cierto equilibrio se ha pretendido mantener en nuestra norma cuando a la hora de fijar la forma de designar a los representantes de los trabajadores en la comisión negociadora y en el Comité de Empresa Europeo, se ha acudido al acuerdo de las representaciones sindicales que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa y delegados de personal en su caso, o bien, mediante el acuerdo mayoritario de tales representantes de los trabajadores -art. 27 ley-. Igual procedimiento se seguirá para la sustitución de los representantes designados en los supuestos de dimisión y revocación, así como en los casos de pérdida de la condición de representante nacional de los trabajadores -art. 27.1-

De esta forma, en el caso del Comité Europeo de Empresa -CEU-, tal designación recaerá en un trabajador de la empresa o grupo que ostente la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical. Siendo de aplicación estas normas también al CEU constituido mediante un acuerdo *ex* artículo 12 de la ley de forma subsidiaria, es decir, en defecto de previsiones específicas en este sentido. En cuanto a la forma de elección de los miembros del CEU de origen legal, esto es, en los casos en que resultan aplicables las disposiciones subsidiarias, debemos recordar que se hará según las reglas que rigen la representación unitaria en la empresa: en paralelismo con la regulación del Comité Intercentros, la designación se realizará «por y entre» los diversos representantes del centro o de las empresas implicados -art. 17.1-

⁸¹ Distinto parece ser el criterio del artículo 17.1 para la composición del Comité Europeo de Empresa, si bien el miembro de este Comité de origen legal siempre tendrá que tener la condición de representante legal o sindical en el ámbito nacional, como aclara el artículo 27.2. En todo caso, parece claro que la flexibilidad no puede llevar a una restricción extrema de la participación de los trabajadores en la elección, en perjuicio de su real representatividad: exclusión de representantes sólo por razón de su cargo -ej. presidente de comité de empresa-, o por razón de su origen -ej. representante integrado en candidatura de sindicatos más representativos-. En cualquier caso, en nuestro caso la forma de elección podía variar desde la creación de un sistema de elección nuevo en el sistema de relaciones laborales español, hasta la utilización de los mecanismos de elección de los comités intercentros.

⁸² La directiva establece como limitación general y expresa a las legislaciones nacionales que los Estados miembros «deberán prever que los trabajadores de las empresas y/o establecimientos en que no existan representantes de los trabajadores por motivos ajenos a su voluntad tengan derecho a elegir o designar miembros de la comisión negociadora» -art. 5.2 a)-. Una limitación que juega incluso cuando la legislación nacional tenga previstos límites de plantilla para la creación de un órgano de representación de los trabajadores, como sucede en buena parte de los Estados miembros, como es el caso español o el caso francés entre otros. Es claro que con ello se trata de evitar prácticas elusivas de la aplicación de esta normativa a través de la reducción de trabajadores contratados en cada establecimiento o bien multiplicando los establecimientos de reducidas dimensiones o bien constituyendo la comisión negociadora únicamente sobre la decisión de concretos establecimientos.

Precisamente, a causa de la diversidad de los procedimientos de nombramiento de cada país, basada sobre las diferentes realidades representativas y sindicales, las delegaciones especiales de negociación aparecerán constituidas por un grupo heterogéneo formado por sindicalistas, miembros de comités de empresa y trabajadores ordinarios elegidos a través de procedimientos electorales específicos. Lo que ciertamente, si se tiene en cuenta que algunos delegados pertenecerán a establecimientos no sindicalizados, mientras otros forman parte en alguna manera de las organizaciones empresariales, puede imaginarse fácilmente que en ciertos casos será difícil alcanzar un acuerdo sobre posiciones comunes.

c) El estatuto protector del ejercicio efectivo de la función de representación: prerrogativas y garantías de los representantes de los trabajadores.

En el ejercicio de sus funciones, los representantes de los trabajadores, gozarán de la misma protección y garantías establecidas en el Estatuto, salvo en lo relativo al crédito horario -art. 68 e)-, en que se estará a lo dispuesto en los apartados siguientes -art. 28.1 ley-:

- Derecho a permisos retribuidos necesarios para la asistencia a las reuniones que se celebren con la dirección central y aquellas realizadas con carácter previo a éstas -art. 28.2-.
- Derecho a un crédito horario adicional de sesenta horas anuales retribuidas, complementarias respecto de las que pudiera corresponder por su carácter de representante nacional -art. 28.3-.

Esta regulación, pese a su corrección con carácter general, puede plantear al menos dos problemas:

- La posible existencia de eventuales diferencias entre los regímenes nacionales del crédito horario, con la consiguiente afectación del principio de igualdad de trato por la realización de una actividad similar en función de la sede en que se establezca la dirección central.
- La limitación del alcance de la protección única y exclusivamente en el ejercicio de las funciones correspondientes a la representación, pareciendo excluir su aplicación al régimen de garantías previsto internamente para candidatos o suplentes.

VIII. LAS TÉCNICAS DE TUTELA DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN LA «EMPRESA EUROPEA»

Las normas de transposición venían obligadas a establecer las medidas más adecuadas para garantizar la efectividad del cumplimiento de los derechos reconocidos, con la consiguiente necesidad de fijar un sistema de sanciones eficaz frente a los eventuales incumplimientos de las responsa-

bilidades genéricas y específicas puestas a cargo de la dirección central por la Directiva. Pero también el sistema de control y sanción se extenderá a las obligaciones derivadas para ambas partes del acuerdo firmado en las empresas y grupos de dimensión comunitaria. Lo que adquiere una particular intensidad en nuestro país dada la naturaleza de norma jurídica atribuida a este convenio colectivo.

Así, en último lugar, y haciendo honor al Derecho clásico del Trabajo, se regulan las técnicas o formas de tutela de los derechos de información y consulta de los trabajadores. A tal fin, el Título III de la ley regula tales técnicas, de modo que, siguiendo el modelo clásico de tutela dual, prevé, por un lado, las infracciones y sanciones administrativas y, por otro, los procedimientos de tutela judicial. Así, la ley española da cumplida respuesta a la exigencia, incluyendo en el artículo 34 la tutela administrativa y en el artículo 38 la tutela judicial, recogiendo hasta seis modalidades procesales contra las diferentes conductas lesivas que puedan producirse. A su vez aquí hay que diferenciar dos situaciones:

- a) La primera, relativa en general a la existencia de mecanismos orientados a garantizar la responsabilidad en orden al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la normativa, reponiendo la situación a su momento anterior del incumplimiento. En estos casos, por tanto, se abre la vía del carácter alternativo -*vid.* art. 39.1 ley-: orden judicial de reposición de la situación al momento anterior a producirse la vulneración denunciada y condenada judicialmente.
- b) La segunda, la ya vista en determinado tipo de incumplimientos -arts. 15. 2 y 39. 2 ley-: orden judicial de aplicación de las disposiciones subsidiarias del Capítulo II del Título I, relativas a la constitución del Comité de Empresa Europeo.

La ley española, en segundo lugar, da una más que satisfactoria cuenta de la obligación fijada por el artículo 11 de la Directiva CEU, al incluir en el artículo 38 hasta seis modalidades procesales, contra las diferentes conductas lesivas que puedan producirse⁸³. Estos mecanismos de protección jurisdiccional superan incluso las propias sugerencias realizadas en el Grupo de Trabajo para la transposición, que se ordenaban fundamentalmente en torno a tres principios generales:

⁸³ Son:

1. El proceso de conflictos colectivos para los litigios relativos a la negociación para la constitución del CEU o procedimiento alternativo, así como sobre su constitución y funcionamiento, al igual que para aquellos procesos que traten sobre las decisiones de la dirección central de atribuir a determinadas informaciones el carácter de confidenciales o reservadas -art. 38.1 y 5-;
2. Los procesos por despido disciplinario -arts. 103 a 115 LPL-.
3. Por despido objetivo -arts. 120 a 123 LPL-.
4. Procesos por despidos colectivos -art. 124 LPL-, y
5. El proceso por lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental -art. 38.4 ley-; y finalmente el proceso de impugnación de convenios colectivos, para todos aquellos acuerdos que se alcancen al amparo del contenido de la Directiva CEU.

1. Principio de eficacia de la tutela o efecto útil. Los procedimientos y recursos no debían impedir en la práctica el ejercicio de los derechos que las legislaciones están obligadas a salvaguardar.
2. Principio de paridad de la tutela -o principio de igualdad de armas-. Estas modalidades procesales no deberán implicar un sistema de protección menos favorable que las relativas a recursos similares de carácter interno.
3. Principio de efectividad de la tutela judicial. Los procedimientos nacionales deberían permitir el ejercicio de los derechos de forma efectiva, por lo que las sanciones tendrían que ser efectivas, proporcionales y disuasorias o preventivas ⁸⁴.

Una tercera técnica de tutela refiere a la posibilidad de *autotutela* a través del recurso a los procedimientos de solución extrajudicial de los conflictos -art. 41-. Este sistema, que a tenor del contenido de la Directiva hubiera proporcionado la suficiente cobertura a los derechos contenidos en ella, podrá reconducirse a través de la vía negocial a los sistemas de Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos y Reglamento de desarrollo -BOE 8 febrero 1996, corrección de errores de 26 de marzo de 1996-, alcanzado por UGT-CC.OO. y CEOE-CEPYME y que el artículo 37 CE posibilita la solución extrajudicial de los conflictos colectivos. Aunque no se haya seguido la vía negocial es claro que la preferencia a la autonomía permite esa reconducción si así lo decide el Comité de Empresa Europeo y la dirección central o se haya previsto en el Acuerdo.

IX. EL EFECTO REFLEJO: LOS PROBLEMAS DE ARTICULACIÓN DEL CEU CON OTRAS INSTITUCIONES REPRESENTATIVAS NACIONALES

Sabido es que uno de los obstáculos que en su momento resultaron insalvables para la aprobación del originario proyecto de Directiva Vredeling fue, precisamente, su pretensión de tener un alcance no meramente comunitario, estableciendo obligaciones de información y consulta también para los grupos de ámbito nacional. E igualmente es sabido que una de las razones que ha determinado el éxito de la actual directiva, al menos en el sentido de su viabilidad final como norma comunitaria, ha sido justamente su alcance transnacional, presentándose como indiferente respecto de tales derechos en el marco de las legislaciones nacionales. Así, la propia disposición adicional segunda de la Ley de transposición, recoge de forma explícita y rotunda este *principio de no afectación de la legislación y prácticas nacionales* en materia de derechos de información, consulta y participación de los trabajadores.

84 Cfr. INFORME-RESUMEN sobre los trabajos... *op. cit.* pág. 34.

En este sentido, parece claro que ni la directiva ni la ley de transposición pretende, al menos de forma directa e inmediata, configurarse como un conjunto de normas, comunitarias y nacionales, orientadas a la organización de un sistema de relaciones profesionales en el marco de las empresas con estructura de grupo, ni en el plano comunitario ni mucho menos en el plano nacional ⁸⁵. Ahora bien, no menos claro resulta que, el nuevo marco normativo introducido en nuestro Derecho del Trabajo, tiene como indiscutible virtualidad crear un nivel o ámbito de representación de los intereses de los trabajadores adicional al de centro de trabajo y/o al de empresa ya existente. Pero de esta forma, se está reconociendo normativamente no sólo que el grupo aparece hoy como centro unitario, que no único o uniforme, de poder y de intereses socio-económicos dominante, en el que, por tanto, resulta obligado garantizar las reglas del gobierno democrático, es decir, del principio de democracia industrial participativa, sino también, y sobre todo, que el CEU aparece como la forma prevalente de institucionalización de la acción colectiva o sindical en los niveles superiores de dimensión europea del grupo, potencialmente en condiciones de imponerse o desplazar la actuación de los demás ámbitos representativos.

En este sentido, una de las cuestiones más problemáticas del CEU es la de su integración o articulación en los modelos de representación y negociación nacionales, y en particular en aquellas especialmente institucionalizadas y en aquellas en las que ya existan instituciones representativas que ejerzan esta función global. Así, no sólo se produce un problema de articulación en cuanto que pueden tener criterios concurrentes sino que en algunos casos aparece como hegemónico respecto de la representación de intereses participativos del conjunto, con independencia de que su ámbito territorial sea diverso. Es el caso del Comité de Grupo francés o alemán, o nuestro caso respecto de los comités intercentros ⁸⁶.

Por tanto, otra opción que se abre es si estamos ante una instancia de representación meramente adicional o complementaria, o bien ante una instancia orientada a perseguir o conducir o construir procesos efectivos de convergencia transnacional, cuya diferencia no radica tanto en el tiempo pasado ni en el carácter de los intercambios en la reunión anual sino en la continuidad que se busque establecer: la primera se vincula a una mera información y una reunión preparatoria, la otra intenta establecer un proceso continuado de trabajo sobre temas decididos por los miembros ⁸⁷. En esta dirección, se destaca que en la mayoría de los acuerdos hasta ahora firmados no se suele sustituir la instancia

⁸⁵ Aunque ciertamente su aprobación ha constituido un paso importante hacia el establecimiento de un sistema de relaciones laborales en las empresas de estructura compleja de dimensión comunitaria. Cfr. J.L. MONEREO. *Los derechos de información...* op. cit. pág. 197.

⁸⁶ Cfr. J. CRUZ VILLALÓN. *La representación de los trabajadores...* op. cit. 204. Este autor descarta la posibilidad de que el CEU pudiese quedar sujeto al régimen establecido para el comité intercentros, pues supondría ceder a la autonomía de las partes la prerrogativa de instituir un nivel de representación y negociación de las representaciones unitarias que la ley no les concede. A este respecto debe tenerse en cuenta que la directiva no pretende afectar a la situación interna. Pero ello no impide que pueda haber colisiones y conflictos, incluso existen normas que fomentan o favorecen la creación de un CEU respecto al comité intercentros, si bien es verdad que éstos han sido constituidos con generosidad en grupos nacionales.

⁸⁷ Cfr. J. JACQUIER. op. cit. pág. 1.083.

europea por las instancias representativas propias de cada país, conservando así la integridad de sus prerrogativas: carácter suplementario o complementario de las instancias nacionales. Aunque, es claro que debe desempeñar una creciente actuación como nivel o ámbito de coordinación o articulación de los diferentes sistemas de representación, aunque sin sustituir ni perjudicar las vías de representación preexistentes ⁸⁸. Precisamente, para evitar que una eventual indefinición o imprecisión, o bien una progresiva ampliación vía práctica convencional, de su ámbito de actuación pueda producir conflictos efectivos entre los diferentes ámbitos representativos en torno al control y transmisión de la información a recibir, el punto 2 de la disposición adicional segunda, insiste en que la regulación del CEU «no afectará al cumplimiento de las obligaciones, requisitos y procedimientos establecidos en las legislaciones y prácticas nacionales para la adopción y ejecución de decisiones empresariales de despido, traspaso de empresas, modificación de condiciones de trabajo u otras».

La posibilidad de problemas y tensiones está servida, pues:

- a) Respecto a instancias concurrentes u homogéneas. Existen ya experiencias nacionales que han autorizado su supresión en determinadas condiciones ⁸⁹.
- b) Europeización de las representaciones. Aquí a su vez aparecen dos cuestiones:
 - La tendencia a trasladar los modelos nacionales de la dirección central a las filiales de otros Estados, según una práctica evidenciada por la experiencia negocial: exportación de la cultura nacional.
 - Separación progresiva de sus raíces nacionales en dirección a una efectiva europeización del grupo, para lo que necesitará actuar reglas y prácticas propias o *sui generis*. A su favor está el hecho de que se trata de una normativa flexible apoyada más sobre el apoyo a la práctica que a los procedimientos: pertenece a las partes sociales la responsabilidad de la creación e impulso de una idea más que aplicar los textos. En cualquier caso parece claro su inicial efecto transnacional, por cuanto son los países diferentes a los de la sede de la dirección central los que se benefician en un primer momento de esta institución del comité.

En cualquier caso, parece claro que esta nueva ley se inserta con un protagonismo de primer plano en el actual proceso global de normalización del grupo, en tanto que concepto jurídicamente relevante en los diferentes ámbitos de relaciones socio-profesionales. Consecuentemente, se abre camino la necesidad ya ineludible de proceder a una gradual homogeneización entre los regímenes aplicables a los grupos nacionales respecto de los grupos transnacionales comunitarios.

⁸⁸ La ley francesa de transposición, sin embargo, deja la pervivencia de los Comités de Grupo al libre juego de la negociación. *Vid.* crítica de B. TEYSSIE. «Le Comité d'entreprise européen». *La Semaine Juridique (JCP)*. Ed. G. n.º 48.

⁸⁹ En este sentido la ley francesa, aunque se abren tres posibilidades: eliminación pura y simple, adaptación de su funcionamiento, espera prudente para ver su funcionamiento: transitoriedad.