

JOSEP MORENO GENÉ

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Lleida*

Extracto:

LA participación de los trabajadores en los grupos de empresas tradicionalmente se ha enfocado desde una vertiente preferentemente estática, de modo que, tanto a nivel legislativo como a nivel doctrinal, se ha procurado garantizar la participación de los trabajadores en el funcionamiento ordinario de un grupo de empresas ya constituido. Ahora bien, un análisis completo de la participación de los trabajadores en los grupos de empresas pone de manifiesto la necesidad de remontarse al momento de la propia formación de los grupos de empresas, es decir, a la fase dinámica o genética de los mismos, no en vano, durante este proceso de formación también son diversos los intereses necesitados de protección, entre los que destacan los derechos de información y consulta de los trabajadores afectados por la formación del grupo de empresas.

Al ser la circulación empresarial una característica común a la mayoría de procesos de formación de un grupo de empresas, la aplicación a los mismos de la normativa reguladora de la sucesión de empresas, con los deberes y derechos en materia de información y consulta que la misma contempla, se configura como un mecanismo útil, aunque no siempre plenamente eficaz, para satisfacer la necesaria participación de los trabajadores que se ven afectados por estas nuevas formas de organización empresarial. Éste es el caso, por ejemplo, de aquellos grupos de empresas que encuentran su origen en estrategias de filialización.

Ahora bien, la aplicación a estos supuestos de los deberes y derechos de información y consulta previstos en el artículo 44 del ET plantea, sin embargo, indudables deficiencias a la hora de satisfacer plenamente la necesaria participación de los trabajadores en la génesis o formación de un grupo de empresas. En primer lugar, porque se configura como una vía de participación excesivamente debilitada, que no prevé un verdadero derecho de oposición de los trabajadores frente a estas operaciones empresariales, ni frente a los efectos laborales derivados de las mismas; y, en segundo lugar, porque los deberes de información y consulta previstos por el artículo 44 del ET no resultan de aplicación a una gran parte de los procedimientos de formación de un grupo de empresas, especialmente a uno de los más importantes, como es la toma de control de una empresa mediante la participación financiera en la misma.

.../...

.../...

A partir de estas premisas, en este trabajo se aborda el alcance de los deberes de información y consulta regulados en el artículo 44 del ET, para valorar con posterioridad si los mismos son o no suficientes para garantizar la participación de los trabajadores en aquellos procesos que normalmente desencadenan la formación de un grupo de empresas, o si, por el contrario, pese a los avances experimentados en esta materia, dichas previsiones aún son insuficientes. Para este último supuesto, en este estudio también se analiza si otras previsiones contenidas en la propia normativa laboral e, incluso, en el Derecho Societario, pueden, junto a la siempre recurrida negociación colectiva –acuerdos o pactos de reestructuración empresarial–, cubrir estas deficiencias, garantizando una participación aceptable de los trabajadores en cualquier proceso de formación de un grupo de empresas, con independencia de cuál sea el origen del mismo.

Sumario:

1. Las nuevas formas de circulación empresarial y la aplicación a las mismas de los derechos de información y consulta de los trabajadores previstos en el artículo 44 del ET. Especial referencia a la formación de grupos de empresas.
2. Breve aproximación a los derechos de información y consulta de los trabajadores previstos en el artículo 44 del ET: el alcance de los mismos en los procesos de formación de los grupos de empresas.
 - 2.1. Las obligaciones informativas: la necesidad de informar sobre la formación del grupo de empresas.
 - 2.2. El deber de consulta con los representantes de los trabajadores: la consulta de las medidas laborales derivadas de la formación del grupo de empresas.
3. La limitada recepción del grupo de empresas en los derechos de información y consulta contemplados en el artículo 44 del ET.
4. La insuficiencia de los derechos de información y consulta previstos en el artículo 44 del ET para garantizar la participación de los trabajadores en los procesos de formación de un grupo de empresas.
 - 4.1. El papel del artículo 44 del ET como garantía de la participación de los trabajadores en los procesos de formación de un grupo de empresas.
 - 4.2. La tutela debilitada de la participación de los trabajadores prevista en el artículo 44 del ET.
 - 4.3. La ausencia de mecanismos de participación de los trabajadores en los procesos de toma de control de empresas.

1. LAS NUEVAS FORMAS DE CIRCULACIÓN EMPRESARIAL Y LA APLICACIÓN A LAS MISMAS DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 44 DEL ET. ESPECIAL REFERENCIA A LA FORMACIÓN DE GRUPOS DE EMPRESAS

Una característica común a la mayoría de las nuevas formas de organización de la empresa que han proliferado en los últimos años, a saber, la descentralización productiva, las estrategias de filialización empresarial, las fusiones y escisiones empresariales, el recurso a la subcontratación, etcétera, consiste en que las mismas encuentran su origen en prácticas circulatorias de la empresa, con las que se persigue aligerar la organización empresarial, agrandarla o, incluso, obtener ambos objetivos a la vez. A tal efecto, siendo la circulación empresarial la característica común a la mayoría de estos procesos, la aplicación a los mismos de la normativa reguladora de la sucesión de empresas, con los deberes y derechos en materia de información y consulta que la misma contempla, se configura como un mecanismo útil, aunque no siempre plenamente eficaz, para satisfacer la necesaria participación de los trabajadores que se ven afectados por estas nuevas formas de organización empresarial ¹. En esta dirección, la nueva realidad socio-económica reclama cada vez con más fuerza de políticas de gestión comunicativa y negociada de los cambios como garantía tanto de una gestión eficiente como de paz social ².

Entre estas nuevas formas de organización de la empresa que encuentran su origen en diversas prácticas de circulación empresarial destaca la formación de los grupos de empresas; no en vano, habitualmente los cambios de titularidad de la empresa, o de partes de la misma, constituyen directa o indirectamente una nota común a la mayoría de los procesos de formación de los grupos de empresas, de modo que, pese a la diversa problemática laboral que presentan el grupo de empresas y la transmisión de empresas, se ha considerado que esta última mantiene un carácter instrumental, como medio para la crea-

¹ Sobre la ambigüedad del término participación de los trabajadores *vid.* PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «La participación de los trabajadores en la empresa (una revisión institucional)», en *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales*, XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Salamanca, 2006, págs. 13-65.

² MOLINA NAVARRETE, C.: *La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: Problemas y soluciones*. Comares, Granada, 2000. En parecidos términos, LANDA ZAPIRAIN, J.: «Las nuevas formas de participación en la empresa», en *Gobierno de la empresa...* cit., págs. 283 y ss.

ción de los grupos de empresas³. En este sentido, las distintas finalidades perseguidas en la conformación de un grupo de empresas requieren o pueden requerir de adquisiciones y/o transmisiones de empresas. Así, por ejemplo, las necesidades de concentración empresarial, fruto del progresivo crecimiento de las dimensiones de la entidad empresarial, que abarca cada vez esferas más amplias desde el punto de vista comercial, territorial, sectorial y de actividad, se satisfacen habitualmente a través de la adquisición de una empresa o de parte de la misma por otra, y las exigencias de descentralización productiva, se logran normalmente tras la segmentación, y posterior transmisión, de diversas fases de la actividad de elaboración de productos y de prestación de servicios a través de los procesos de filialización⁴.

A pesar de que la aplicación de la normativa sucesoria se puede plantear respecto a la mayoría de procesos de gestación de grupos de empresa, no debe desconocerse, sin embargo, que la misma no abarca a todos los procesos de constitución o de formación de grupos de empresas, puesto que diversas manifestaciones de este fenómeno no encuentran su origen estrictamente en prácticas circulatorias de la empresa, sino en tomas de control de unas empresas por otras, mediante la participación financiera en las mismas, o en las más diversas y variadas relaciones de colaboración entre empresas que posibilitan el establecimiento de una unidad de dirección, como sucede, por ejemplo, con las *joint ventures*, los contratos de *franchising*, los *management contracts*, los contratos de *know how*, los sistemas informativos integrados, etcétera⁵.

En estos supuestos, sin embargo, no debe descartarse el establecimiento por diversas vías –especialmente mediante la negociación colectiva– de derechos de información y consulta similares a los previstos en la normativa reguladora de la sucesión de empresas en favor de los trabajadores afectados durante el proceso, en el que se fijan las relaciones entre las diversas empresas que dan lugar al establecimiento de una unidad de dirección y, por tanto, a la formación del grupo de empresas. Esta garantía de participación debería incluir, en cualquier caso, el derecho de información de los trabajadores sobre la propia existencia de estos procesos, así como su derecho de consulta sobre las posibles consecuencias de los mismos sobre el empleo. El cumplimiento de estas exigencias resulta, sin embargo, ciertamente complicado con el vigente marco legal⁶.

³ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1987, pág. 418. Incide en esta misma idea MONEREO PÉREZ, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad*, Ibidem Ediciones, Madrid, 1999, al poner de manifiesto el papel de la normativa laboral sucesoria como instrumento de adaptación de los recursos humanos en el marco de las operaciones de movilidad de las empresas, en los procesos de reorganización empresarial y, en fin, para realizar los procesos de concentración empresarial y de descentralización productiva. En consecuencia, el autor considera que los cambios de titularidad en la empresa traducen los movimientos de capital y las operaciones de concentración y descentralización productiva, siendo la transmisión normalmente el instrumento idóneo para la cristalización de tales fenómenos empresariales.

⁴ Vid. CAMPS RUIZ, L.M.: *La problemática-jurídico de los grupos de sociedades*. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1987, págs. 85-86; MOLINA NAVARRETE, C.: *La regulación jurídico-laboral...* cit. pág. 33 y ss.

⁵ Sobre la imposibilidad de aplicar la normativa sucesoria a los diversos procesos de constitución de grupos empresariales vid. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo...* cit. págs. 420-425, que diferencia entre concentración mediante la transmisión de empresa y concentración sin que medie transmisión de empresa.

⁶ Cabe poner de manifiesto la dificultad de garantizar los derechos de información de los trabajadores sobre la simple existencia de los procesos que dan lugar a la constitución de un grupo de empresas, cuando no es aplicable el artículo 44 del ET, ya que las competencias en materia informativa previstas en el artículo 64 del ET, en especial, en sus apartados 1.1, 1.3, sólo de forma tangencial pueden comprender el derecho de los trabajadores a conocer de la mera existencia del establecimiento de relaciones contractuales, financieras e, incluso, personales entre empresas, que desembocan en la formación de un grupo de empresas. Vid. sobre el alcance de estos derechos de información, GARRIDO PÉREZ, E.: *La información en la empresa. Análisis jurídico de los poderes de información de los representantes de los trabajadores*, CES, Madrid, 1995.

Por el contrario, cuando sí resulta aplicable la normativa sucesoria al proceso de formación del grupo de empresas, ello desencadena de forma automática el establecimiento de determinados derechos de información y consulta que satisfacen, al menos parcialmente, las necesidades de participación de los trabajadores implicados y de sus representantes durante el propio proceso de creación o de gestación del grupo de empresas⁷. Éste es el caso, por ejemplo, de los grupos de empresas que encuentran su origen en estrategias de filialización, en virtud de las cuales la empresa matriz transmite a las empresas filiales creadas por ella, actividades empresariales que habían constituido parte de su propio objeto, las cuales pasan a desarrollarse por la filial con autonomía⁸.

De conformidad con esta configuración de las estrategias de filialización empresarial, las mismas requerirán de una o varias operaciones de transmisión parcial de empresa, en las que la empresa original actúa como cedente y la empresa o empresas de nueva creación actúan como cesionarias. Sin lugar a dudas, estas estrategias de filialización encuentran acomodo en el artículo 44 del ET, en tanto que este precepto admite todo cambio de titularidad de la empresa, del centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, con independencia del concreto mecanismo a través del cual se haya formalizado la estrategia de filialización, si bien, los mecanismos habituales serán la escisión o la segregación patrimonial. Las únicas condiciones exigidas por la jurisprudencia para la aplicación de la normativa sucesoria consisten en que la unidad productiva que se escinde o transmite sea susceptible de explotación autónoma e independiente y que la transmisión no revele un propósito defraudatorio o un abuso de derecho⁹.

En consecuencia, siendo aplicable a estos supuestos la normativa reguladora de la sucesión de empresas, se desencadenan de forma automática las garantías colectivas previstas en la misma y, en particular, el establecimiento de determinados derechos de información y consulta, que satisfacen, al menos parcialmente, las necesidades de participación de los trabajadores implicados y de sus representantes durante el propio proceso de filialización y, por extensión, en el momento de la génesis del grupo de empresas. No en vano, se ha considerado que la participación de los trabajadores en el diseño de los procesos de filialización constituye el medio más idóneo para canalizar el conflicto económico que subyace en los mismos, es decir, la tutela de los trabajadores afectados y la satisfacción de los intereses empresariales que se persiguen con esta reorganización empresarial¹⁰.

⁷ A título de ejemplo, EMBID IRUJO, J.L.: «Caracterización jurídica de los grupos de sociedades y su significado en el Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1985, pág. 880, reclama que en estos procesos debe garantizarse en todo caso el derecho de información de las instituciones representativas de los trabajadores sobre dichos procesos e, inclusive, la posibilidad de oponerse a la realización de los mismos.

⁸ *Vid.* sobre las estrategias de filialización, MORENO GENÉ, J.: *Aspectos jurídico-laborales de las empresas filiales*. Tecnos, Madrid, 2003.

⁹ Es muy expresiva en esta dirección la STS de 27 de octubre de 1994 (Ar. 8531), que establece que la decisión de crear una empresa filial que asuma, con la autonomía propia de la atribución de personalidad jurídica y de las responsabilidades de funcionamiento, una gestión especializada, es un objetivo lícito que tiene amparo en el artículo 44 del ET. *Vid.* también, entre otras, SSTS de 25 de abril de 1988 (Ar. 3021), de 24 de julio de 1989 (Ar. 5908) y de 24 de septiembre de 1990 (Ar. 7045). En el mismo sentido, *vid.* SSAN de 12 de diciembre de 1995 (AS 4974) y de 21 de mayo de 1998 (AS 2357).

¹⁰ BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*. Comares, Granada, 2002, págs. 248-249. El autor considera que tanto desde el punto de vista de la defensa colectiva de intereses laborales como empresariales, parece aconsejable que se lleven a cabo procesos de consulta-negociación en los cuales se asegure la aceptación social y la cooperación de los trabajadores para dotar de autonomía técnica a las filiales, se particularicen los efectos del proceso filializador en la esfera jurídica de cada trabajador afectado y se concrete el comportamiento debido de los sujetos colectivos e individuales implicados, según el parámetro de la buena fe.

Ahora bien, la satisfacción de las necesidades de participación de los trabajadores afectados por estos procesos a través de la aplicación de las garantías informativas previstas en la normativa sucesoria no ha sido siempre igual de satisfactoria, no en vano, la redacción inicial del artículo 44 del ET en modo alguno satisfacía los derechos de información y consulta, no sólo de los trabajadores que se veían afectados por un proceso de formación de un grupo de empresas, sino de cualquier trabajador que se viera afectado por cualquier cambio de titularidad de su empresa.

En este sentido, el artículo 44 del ET se limitaba a prever que cuando el cambio de titularidad tuviera lugar por actos *inter vivos*, el cedente, y en su defecto el cesionario, estaba obligado a notificar dicho cambio a los representantes legales de los trabajadores de la empresa, previsión a todas luces insuficiente, para garantizar la participación de los trabajadores en el proceso de gestación de los grupos de empresas, de modo que la necesaria intervención colectiva de los trabajadores en estos procesos no venía requerida, ni tan siquiera facilitada, por el artículo 44 del ET. Frente a esta situación, se había reclamado unánimemente que, ante las consecuencias que se derivaban en estos procesos sobre el volumen de empleo, condiciones de trabajo, relaciones colectivas, etcétera, se procediera a extender a los mismos las garantías de tutela colectiva de carácter preventivo –derechos de información y consulta– previstas por la regulación comunitaria, es decir, por la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (en adelante Directiva 2001/23/CE) ¹¹.

En este contexto, y para suplir las deficiencias de la entonces vigente normativa reguladora de la sucesión de empresas, surgieron diversas experiencias negociadoras entre las direcciones empresariales de determinados grupos de empresas y los respectivos representantes de los trabajadores, dirigidas precisamente a regular los procesos de reordenación societaria que tuvieran lugar en el ámbito de los citados grupos de empresas. Resulta paradigmático en este punto el Acuerdo complementario sobre los procesos de reordenación societaria y reorganización empresarial del grupo Endesa ¹². Este Acuerdo fue fruto de la previsión contenida en el Acuerdo sobre los procesos de Reordenación Societaria y Reorganización Empresarial del Grupo Endesa, que preveía en su artículo 11.2 que «con carácter previo a la materialización del traspaso y en el supuesto de que la transmisión de empresa no fuera total, las empresas cedentes abrirán un período de consultas con la representación de los traba-

¹¹ MOLINA NAVARRETE, C.: *La regulación jurídico-laboral...* cit. pág. 62.

¹² *Vid.* Resolución de la Dirección General del Trabajo de 31 de enero de 2000 (BOE de 22 de febrero). El citado Acuerdo regula «las condiciones laborales y de Seguridad Social, en los supuestos de sucesión de empresas con escisión parcial de las actuales sociedades, creación de nuevas sociedades con aportación de rama de actividad, fusión de filiales y fusión por absorción por parte de "Endesa, Sociedad Anónima" de las filiales actualmente existentes y, por tanto, lleva asociada transferencias de personal». Sobre el papel de la negociación colectiva en este y otros procesos de reestructuración empresarial, *vid.* CUENCA ALARCÓN, M. (Coord.): *El éxito de la negociación en las reestructuraciones empresariales*. AEDIPE, Madrid, 2006. En especial, *vid.* MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, M.A.: «La experiencia negociadora del Grupo ENDESA en el proceso de reordenación societaria», en CUENCA ALARCÓN, M. (Coord.): *El éxito de la negociación...* cit. págs. 137-154.

jadores durante un plazo máximo de treinta días con vistas a negociar, conforme al principio de buena fe, el número de trabajadores afectados por la segregación o filialización y con el fin de alcanzar un acuerdo».

En contraste con la escasa importancia que la anterior regulación de la sucesión de empresas concedía a la regulación de los derechos de información y consulta de los trabajadores ¹³, la Ley 12/2001 introdujo una completa regulación de esta materia transponiendo, en su mayor parte de forma literal, la regulación contenida en el Capítulo III de la Directiva 2001/23/CE ¹⁴. De conformidad con la importancia que se concede a partir de este momento a esta materia –participación de los trabajadores en los procesos de transmisión empresarial–, la misma pasa de estar regulada en un breve inciso del anterior artículo 44.1 del ET, a ser abordada a lo largo de cinco apartados de dicho precepto –6, 7, 8, 9 y 10–, convirtiéndose en el aspecto de la sucesión de empresas más extensamente regulado. A lo largo de dichos apartados se regulan de forma exhaustiva la mayoría de cuestiones que se habían planteado tradicionalmente en torno al concreto ejercicio de los citados derechos de información y consulta, como por ejemplo, cuáles eran los sujetos obligados y los destinatarios, el momento en que debían satisfacerse estos derechos, el contenido de la información y de la consulta, etcétera.

Con esta finalidad en este trabajo se abordará el alcance de los derechos de información y consulta regulados en el artículo 44 del ET, para valorar con posterioridad si los mismos ya son suficientes para satisfacer la participación de los trabajadores en aquellos procesos que normalmente desencadenan la formación de un grupo de empresas, o si, por el contrario, pese al avance experimentado por esta materia, aún son insuficientes las garantías previstas en el artículo 44 del ET para asegurar la participación de los trabajadores en las nuevas prácticas de circulación empresarial impuestas por las exigencias actuales de la economía. En particular, se analizará si los derechos de información y consulta previstos en el artículo 44 del ET son suficientes para garantizar la posibilidad de que los trabajadores puedan incidir en una decisión tan estratégica para las organizaciones empresariales como su organización en forma de grupo de empresas.

¹³ MONEREO PÉREZ, J.L.: «Comentario al artículo 44 del ET», en AA.VV.: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada, 1998, pone de manifiesto el contraste existente entre el derecho social comunitario que recogía la participación en el control y en la gestión de la decisión empresarial y el debilitado derecho de información que se contenía en la redacción anterior del artículo 44 del ET, que aparecía más como un efecto contractual de la operación sucesoria que como un efectivo instrumento de gobierno por parte de los trabajadores de esta vía de reestructuración empresarial.

¹⁴ Vid. ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001», *Revista de Derecho Social*, núm. 15, 2001, pág. 65. Es contundente en esta dirección, VALDÉS DAL-RE, F.: «Las garantías colectivas en la transmisión de empresa», *Relaciones Laborales*, núm. 11/12, 2002, pág. 218, al indicar que «la nueva redacción del artículo 44 del ET concluye el ciclo de desencuentros entre las regulaciones comunitaria e interna en materia de reestructuración de empresas, llevando a cabo un tratamiento de los derechos de participación de los trabajadores del que es dable predicar, sin margen alguno de incertidumbre, su cerrada y firme correspondencia con aquella disciplina; con la contenida en la Directiva 98/50 pero, además y sobre todo, con la que estableciera hace casi un cuarto de siglo la Directiva 77/187».

2. BREVE APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS TRABAJADORES PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 44 DEL ET: EL ALCANCE DE LOS MISMOS EN LOS PROCESOS DE FORMACIÓN DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS

2.1. Las obligaciones informativas: la necesidad de informar sobre la formación del grupo de empresas.

El apartado 6 del artículo 44 del ET prevé que cedente y cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos, afectados por el cambio de titularidad, de los siguientes extremos: a) fecha prevista de la transmisión; b) motivos de la transmisión; c) consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión, y d) medidas previstas respecto de los trabajadores.

Los sujetos responsables del cumplimiento de este deber de información serán tanto el empresario cedente como el empresario cesionario, no en vano, los trabajadores afectados por los efectos del cambio de titularidad de la empresa pueden ser tanto los trabajadores transferidos como los trabajadores no transferidos¹⁵ y, entre éstos, tanto los trabajadores de la empresa cedente como los trabajadores de la empresa cesionaria¹⁶. Ante esta variedad de potenciales afectados por la sucesión empresarial, el empresario cedente deberá informar, en los términos previstos en la norma, a sus trabajadores, se encuentren o no entre los que cambian de empleador, y el empresario cesionario, a los suyos, en el supuesto de que los tuviera. En cualquier caso, ambos empresarios son los únicos responsables de sus respectivas obligaciones de información, sin que, como sucedía con la normativa anterior, el deber de información de ninguno de ellos pueda ser considerado como subsidiario o alternativo del deber de información del otro, para el caso de que cualquiera de ellos hubiera incumplido sus respectivas obligaciones informativas.

De forma correlativa con los sujetos obligados por el derecho de información previstos en el artículo 44 del ET, los titulares del derecho y, en consecuencia, destinatarios de la información, serán los «representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad». Es decir, el empresario cedente deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores y el empresario cesionario deberá informar a los representantes legales de los suyos. A lo cual debe añadirse, para los supuestos de fusiones y escisiones de sociedades anónimas y limitadas, la obligación contemplada con carácter general en el artículo 238 del Real Decreto Legislativo 1546/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA), consistente en que se ponga a disposición de los mismos representantes de los trabajadores determinada documentación relativa a estas operaciones.

¹⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Sobre los aspectos colectivos en la sucesión de empresas». *Aranzadi Social*, núm. 7-8, 2002, págs. 13-14.

¹⁶ En esta dirección, MORALA GÓMEZ, A.: «La nueva regulación de la sucesión de empresas». *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2002, pág. 204, considera que «el nuevo artículo 44 del ET, no prevé una obligación exclusiva del cedente, de informar a los representantes de los trabajadores, tal como recogía el derogado artículo 44 del ET, sino que se concibe como una obligación tanto al cedente como al cesionario, y que afecta tanto a los trabajadores de la empresa cedida, como a los trabajadores de la empresa cesionaria».

Por tanto, los trabajadores afectados por la transmisión no serán en principio los destinatarios directos de la información, sino que éstos la recibirán de forma indirecta, a través de sus representantes legales, que de conformidad con el artículo 64.1.12 del ET deberán «informar a sus representantes en todos los temas y cuestiones (...) en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales». Únicamente para el supuesto de que no existan representantes legales de los trabajadores, el apartado 7 del artículo 44 del ET prevé que el empresario cedente y cesionario «deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión», incluyéndose entre los mismos no únicamente a los que sean directamente traspasados, sino a todos aquellos trabajadores que puedan verse afectados en sus labores por razón de la transmisión y de las medidas laborales que pueden acompañarla ¹⁷.

El derecho de información que ahora contempla el artículo 44 del ET no persigue únicamente evitar a los trabajadores afectados por el cambio de titularidad los perjuicios derivados del desconocimiento de la identidad del nuevo empresario, sino que también pretende facilitar que dichos trabajadores controlen, o al menos intenten controlar, el proceso de cambio de empresario ¹⁸. Con esta finalidad se establece que el deber de información tenga lugar con la suficiente antelación, en el caso del empresario cedente, antes de la realización de la transmisión, y en el caso del empresario cesionario, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión ¹⁹. Por tanto, información tardía no será únicamente aquella que se suministra con posterioridad a la transmisión o a la afectación de los trabajadores, sino también cuando la información se entrega en un momento en el que ya no es posible a los representantes de los trabajadores desarrollar la acción sindical correspondiente en relación con la transmisión o con sus efectos laborales ²⁰.

Asimismo, para los supuestos de fusión y escisión de sociedades, la obligación de que la información se transmita con la suficiente antelación se refuerza con la necesidad de que la mis-

¹⁷ Vid. DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M.: «El nuevo marco legal de las contratas y subcontratas. La sucesión de empresas». *Ponencia presentada a las XIII Jornadas Catalanas de Derecho Social: las reformas laborales del nuevo milenio*, Girona, febrero 2002, pág. 28.

¹⁸ En esta dirección, MOLINA NAVARRETE, C.: «El "último" capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio». *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Comentarios y Casos Prácticos)*, CEF, núm. 221-222, pág. 154, ha puesto de manifiesto que la reforma pretende garantizar que tal deber «se ejerza en términos útiles para que pueda cumplir su finalidad». Y su finalidad, como nos indica VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pág. 89, no es otra que la de «articular la participación de los trabajadores en los procesos de toma de decisiones relativas a la estructuración de empresas, en este caso, la transmisión de empresa».

¹⁹ Pese a esta redacción, DEL REY GUANTER, S.: «El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del TRET». *Temas Laborales*, núm. 61, 2001, pág. 337, considera que en relación con el deber de información del empresario cedente la suficiente antelación también se corresponde con el hecho de que se produzca antes de la sucesión en sí, excepto en el supuesto de que con anterioridad a la sucesión pero con ocasión de la misma se vayan a ver afectadas las condiciones de trabajo, en cuyo caso la suficiente antelación ha de darse no sólo respecto a la sucesión en sí, sino tomando como punto de referencia el hecho anterior de tal afectación.

²⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las garantías colectivas...» cit. pág. 222.

ma se proporcione, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las Juntas Generales que han de adoptar los respectivos acuerdos, unificándose de esta manera las previsiones contenidas en el ET y en la LSA, en cuyo artículo 238 también prevé que la documentación que debe facilitarse a los representantes de los trabajadores sea remitida al publicar la convocatoria de la junta ²¹.

Pese al carácter exhaustivo con que se pretende regular este deber de información, el precepto no contempla la forma en que deba satisfacerse esta obligación, si bien, parece lógico que la misma deba realizarse por escrito. Únicamente de esta manera los empresarios, cedente y cesionario, podrán acreditar que han cumplido con esta obligación y los representantes de los trabajadores podrán probar el contenido exacto de la información facilitada, a efectos de acreditar el cumplimiento o incumplimiento de estos deberes. Asimismo, también resulta evidente que en la misma se haga constar la fecha exacta en que se ha transmitido la información, a efectos de poder justificar si la misma se ha efectuado o no con la suficiente antelación que exige la norma.

Con mayor detenimiento el artículo 44 del ET delimita el contenido exacto del deber de información que, como mínimo, deberá abarcar los siguientes extremos: a) fecha prevista de la transmisión; b) motivos de la transmisión; c) consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión, y d) medidas previstas respecto de los trabajadores.

La simple enumeración de las cuestiones sobre las que deben ser informadas los representantes de los trabajadores afectados por el cambio de titularidad ponen de manifiesto que el derecho de información contemplado en el artículo 44 del ET va mucho más allá de la mera notificación del hecho del cambio de titularidad que se contenía en la redacción anterior de dicho precepto, así como, también, de la simple identificación del nuevo empresario, abarcando todas aquellas cuestiones necesarias para poder gestionar el proceso de cambio de titularidad de la empresa, así como los efectos del mismo. En consecuencia, el derecho de información regulado en el apartado 6, del artículo 44 del ET, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho de consulta previsto en el apartado 9 de dicho precepto, hasta el punto de que puede considerarse como un derecho instrumental del mismo o, en su caso, como un instrumento de la confrontación ²².

En esta dirección, el primer elemento del que debe informarse a los representantes de los trabajadores es la fecha prevista de la transmisión, no en vano, éste será el momento en que empezarán a desplegarse todos los efectos jurídicos aparejados a la sucesión de empresa, desde el cambio del empresario, hasta la propia configuración de los órganos de representación de los trabajadores. En

²¹ Artículo 238 de la LSA. En esta dirección, respecto a las sociedades anónimas, el artículo 240.2 de la LSA dispone que la convocatoria de la Junta que ha de conocer del acuerdo de fusión ha de publicarse con un mes de antelación, como mínimo, a la fecha prevista para su celebración. *Vid.* en idénticos términos respecto a la escisión, el artículo 254 de la LSA y, en relación con la fusión y escisión de sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 94.1 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

²² VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las garantías colectivas...» cit. pág. 221, mantiene al respecto que el deber de información «es el medio de que se sirve el legislador para permitir a los representantes de los trabajadores una fundamentada elaboración y puesta en práctica de líneas estratégicas de acción sindical».

numerosas ocasiones, sin embargo, la transmisión de esta información puede topar con el secretismo que por razones de mercado debe acompañar a estas operaciones, cuyo éxito puede depender precisamente de que las mismas no sean públicas ²³.

En segundo lugar, deberán ponerse en conocimiento de los representantes de los trabajadores los motivos de la transmisión, puesto que el posicionamiento que dichos representantes deban mantener frente al mismo, actitud colaboradora o de oposición, dependerá en gran medida de cuáles sean las causas que originan la transmisión. En este sentido, parece evidente que no serán de recibo aquellas transmisiones que tengan un carácter exclusivamente especulativo y, en cambio, recibirán mayor comprensión aquellas transmisiones que pretendan asegurar la viabilidad del proyecto empresarial. La principal dificultad que encontramos en este apartado estriba, fundamentalmente, en la previsión de que en la práctica los empresarios cumplirán con el expediente invocando causas genéricas que no permitirán conocer las verdaderas causas que han motivado el cambio de titularidad de la empresa ²⁴.

En tercer lugar, el artículo 44.6 del ET prevé que los representantes de los trabajadores sean informados sobre las consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión. Si las anteriores informaciones abarcaban cuestiones más directamente vinculadas a los empresarios, cedente y cesionario, que intervienen en la sucesión de empresa, las contenidas en este apartado ya afectan plenamente a los trabajadores. Esta información debe comprender todos aquellos aspectos de la relación laboral que se verán alterados por el cambio de titularidad de la empresa, a efectos de que los trabajadores puedan adoptar todas las medidas que consideren necesarias.

Finalmente, el precepto incide en la necesidad de informar a los representantes de los trabajadores sobre las consecuencias que el cambio de titularidad de la empresa provoca en relación a sus representados ²⁵, haciéndose especial hincapié en la necesidad de informar sobre las posibles medidas previstas que afecten directamente a la plantilla: despidos, traslados, modificaciones de condiciones de trabajo u otras medidas que se prevean adoptar en relación con los trabajadores, pero también los efectos de la transmisión de empresa sobre la clasificación profesional, el desarrollo de la carrera profesional, etcétera ²⁶.

²³ SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *Análisis de la Ley 12/2001, de 9 de julio. La reforma Laboral de 2001*. Aranzadi Editorial, Madrid, 2001, pág. 17, considera que esta previsión «está presuponiendo una concepción muy lineal de los procesos mercantiles y laborales que rodean al fenómeno transmisivo: negociación, acuerdo, efectividad del mismo. En muchas ocasiones será válida, pero es claro que en otras fallará (p. ej., compraventa de empresa que despliega sus efectos de manera inmediata), sin que sea realista pensar que la dinámica económico-mercantil vaya a modificarse para poder cumplir la exigencia laboral en sus propios términos».

²⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *Análisis de la Ley 12/2001...* cit. pág. 188, manifiesta al respecto que «en las empresas con forma societaria, la regla de oro puede ser la de exigir que la información abarque, al menos, el nivel brindado a los accionistas, mientras que en las restantes la situación es más compleja; en todo caso un incumplimiento meramente formal no parece que sea lo querido por la norma».

²⁵ DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M.: «El nuevo marco legal...» cit. pág. 29, distingue entre la información relativa a las consecuencias jurídicas, económicas y sociales, que debe venir referida a los trabajadores traspasados, y las medidas que se pretendan adoptar, que alcanzarían a toda la plantilla.

²⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos...» cit. pág. 18, distingue entre estas otras medidas: «adaptaciones de categorías, nuevas contrataciones, reciclaje profesional, aplicación de pautas de comportamiento con la clientela, etcétera».

Dados los trascendentales efectos que se desprenden de la formación de un grupo de empresas, consideramos que entre las consecuencias jurídicas, económicas y sociales que se derivan del cambio de titularidad de empresa, de las que necesariamente deberían informar el empresario cedente y cesionario, se encuentra el propio hecho de que como consecuencia de la transmisión empresarial se ha conformado un grupo de empresas o, en su caso, la empresa transferida ha pasado a integrarse en un grupo de empresas preexistente. Esta información se encuentra en la línea de otras cuestiones sobre las que también deben ser informados los trabajadores afectados por la transmisión referidas a las posibles diferencias jurídicas, económicas y sociales, existentes entre las empresas implicadas, a saber: si una de ellas es una empresa nacional y la otra extranjera –comunitaria o no–; si se pasa del sector público al privado, o viceversa; el grado de solvencia de la empresa cesionaria; el campo de actividad de la misma; su localización geográfica, etcétera ²⁷.

Consideramos que los efectos que se desprenden de la organización de la empresa en forma de grupo son de tal magnitud –identificación del poder o centro de decisión, circulación de los trabajadores intragrupo, convenio colectivo aplicable, órganos de representación de los trabajadores, etcétera– que requieren que la formación del grupo de empresas sea conocida por los representantes de los trabajadores con una antelación suficiente, es decir, desde antes de que tenga lugar la efectividad de la transmisión empresarial y, por tanto, se conforme el grupo de empresas. En otros términos, si la finalidad última de la obligación de información impuesta por el artículo 44 del ET es la de institucionalizar una vía de diálogo sobre la cual abordar las consecuencias laborales de la transmisión empresarial, dicha finalidad exige que entre la información que debe facilitarse a los trabajadores o a sus representantes para poder apreciar las razones y las consecuencias de la operación transmisiva se encuentre la información relativa a la formación de un grupo de empresas.

La importancia de que los representantes de los trabajadores sean informados de la propia existencia del grupo de empresas se pone de manifiesto en la STJCE de 29 de marzo de 2001 (asunto Bofrost), que en relación con la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre, relativa a la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (en adelante, Directiva 94/45/CE) y a propósito de la información en el marco de la constitución del comité de empresa europeo, señaló la obligación de facilitar la información necesaria para determinar si, eventualmente, existen las condiciones legalmente exigidas para iniciar el procedimiento negociador en vistas a la consecución del comité de empresa europeo ²⁸.

Ahora bien, consideramos que pese a que la obligación de informar sobre la existencia de un grupo de empresas pueda venir impuesta y/o ser satisfecha a través de la Directiva 94/45/CE

²⁷ MARÍN CORREA, J.M.: «La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, pág. 93.

²⁸ En esta dirección, el TJCE mantiene que la información a la que se refiere la Directiva 94/45/CE debe permitir a los trabajadores afectados o a sus representantes acceder a la información necesaria para poder apreciar si tienen o no derecho a exigir la apertura de negociaciones, de modo que cuando los datos sobre la estructura o la organización de un grupo de empresas formen parte de la información imprescindible para iniciar negociaciones con el objeto de crear un comité de empresa europeo o de establecer un procedimiento de información y consulta transnacional de los trabajadores, corresponderá a cualquier empresa de dicho grupo proporcionar los datos de que disponga, o que pueda obtener, a los órganos internos de representación de los trabajadores que lo soliciten.

o, en su caso, por la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (en adelante Ley 10/1997), es preferible que tal información ya sea conocida en el propio momento e, incluso, con anterioridad a la transmisión empresarial que desencadena la formación del grupo de empresas, puesto que, en no pocas ocasiones, una vez se ha formado el grupo de empresas o se ha producido la integración de una empresa en un grupo de empresas preexistente, ya se desencadenan de forma casi automática e inexorable determinados efectos, vinculados a la necesaria reorganización o reestructuración que debe afrontar el grupo de empresas, de modo que puede resultar más útil la participación de los representantes de los trabajadores en los estadios anteriores a la definitiva configuración del grupo empresarial, es decir, al momento en que se deciden las transmisiones empresariales ²⁹.

Se trata, en definitiva, de que la información sobre la futura formación de un grupo de empresas o la integración en uno ya preexistente permita ejercer un control preventivo de estas operaciones, así como de las consecuencias jurídicas, económicas y sociales que de las mismas se derivan, permitiendo a los trabajadores anticiparse a las futuras decisiones empresariales, al poder preverse el escenario de cambios derivados de la organización de la empresa en forma de grupo y, en consecuencia, adoptar las medidas anticipatorias precisas.

Únicamente de este modo se cumplen las dos finalidades básicas que se persiguen con el establecimiento de los derechos de información y consulta del artículo 44 del ET, a saber: evitar a los trabajadores afectados por el cambio de titularidad los perjuicios derivados del desconocimiento de la identidad del nuevo empresario y facilitar que dichos trabajadores controlen, o al menos intenten controlar, el proceso de cambio de empresario. La indudable trascendencia que la organización de la empresa en forma de grupo tiene en relación con la identificación del empresario responsable hace imprescindible que los trabajadores afectados por estas operaciones empresariales sean informados de esta circunstancia.

Sin embargo, el cumplimiento de estos deberes de información resulta ciertamente complicado en aquellos supuestos de transmisión empresarial que desencadenan la formación de un grupo de empresas. En este sentido, resultan evidentes los efectos negativos que determinadas filtraciones informativas pueden tener sobre las operaciones que se están desarrollando, habiéndose defendido para estos supuestos la necesidad de restringir el contenido de la información a suministrar a los representantes de los trabajadores ³⁰. Ahora bien, en la medida en que nuestro ordenamiento jurídico no contempla la exoneración del empresario de suministrar la correspondiente información a los

²⁹ LANDA ZAPIRAIN, J.: «Las nuevas formas de participación en la empresa», en *Gobierno de la empresa...* cit. pág. 301, considera que una futura reforma de la Directiva 94/45/CE debería incorporar alguna medida concreta de participación en relación con el tema de la anticipación de los efectos de las reestructuraciones de dimensión europea.

³⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: «La transmisión de empresa en la Ley 12/2001, de 9 de julio. Una primera aproximación al nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores». AA.VV. (Coord. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.): *La reforma laboral de 2001 y el acuerdo de negociación colectiva para el año 2002. La Ley y el ANC 2002*. Lex Nova, Valladolid, 2002, pág. 257. En esta dirección, el artículo 6.2 de la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, mediante la que se establece un marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea, permite que, de conformidad con las legislaciones nacionales, no se transmita la información que pueda considerarse perjudicial para la empresa.

representantes de los trabajadores cuando de ello se pueda derivar un perjuicio para la empresa, deberán cumplirse, en todo caso, los deberes de información recogidos en el artículo 44 del ET ³¹, sin perjuicio de las garantías que puedan establecerse al respecto ³².

El artículo 44 del ET, sin embargo, no agota las obligaciones de información en la transmisión de empresa, sino que, por el contrario, el ordenamiento societario contiene otras obligaciones informativas dirigidas a determinados supuestos específicos de transmisión empresarial, en concreto, a la fusión y a la escisión de sociedades. De estas operaciones societarias, sin embargo, sólo nos interesa en este trabajo la escisión de sociedades, puesto que, en la medida en que se configura como uno de los mecanismos más habituales a través de los cuales se desarrollan las estrategias de filialización empresarial, constituye un mecanismo idóneo para la formación de grupos de empresas. Por el contrario, la fusión de sociedades supone la antítesis de la formación de un grupo de empresas, puesto que como consecuencia de la misma se reduce la pluralidad de empresarios característica del grupo de empresas a una unidad incompatible con la existencia del mismo.

En estos supuestos de escisión empresarial, el artículo 238 de la LSA establece la obligación de poner a disposición de los representantes de los trabajadores la misma información que los administradores de la sociedad deben suministrar a los accionistas, a saber, el proyecto de escisión societaria con las menciones específicas contenidas en el artículo 255 de la LSA, los informes sobre los proyectos de escisión y, finalmente, las informaciones complementarias a la operación de escisión ³³. Como se desprende de estas obligaciones informativas, las mismas tienen una finalidad distinta a la del artículo 44 del ET, puesto que se limitan a garantizar a los representantes de los trabajadores el conocimiento sobre los aspectos económicos y societarios de la operación proyectada y, no tanto, los aspectos socio-laborales –efectos laborales– de la misma, que se satisfacen de forma más intensa por la vía de los derechos de información contenidos en el artículo 44 del ET ³⁴.

Entre estos aspectos económicos y societarios de la escisión sobre los que debería informarse a los representantes de los trabajadores podría incluirse, por ejemplo, la información relativa a la participación financiera de otras empresas –empresa matriz– en el capital social de la empresa de nueva creación –empresa filial–, a efectos de poder identificar la existencia de un posible centro de decisión exterior (dirección unitaria) y, por tanto, la formación de un grupo de empresas o la integración de la nueva empresa –empresa filial– en un grupo de empresas preexistente. Ahora bien, del

³¹ MARTÍNEZ FONS, D.: «El régimen jurídico de los derechos de información de los representantes de los trabajadores en la transmisión de empresa», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Comentarios y Casos Prácticos)*, CEF, núm. 248, pág. 50.

³² Sobre los conflictos que en estos supuestos puede plantear la satisfacción de los deberes de información y consulta de los trabajadores *vid.* TAPIA HERMIDA, A.: «Revelación de información privilegiada por los representantes de los trabajadores», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Comentarios y Casos Prácticos)*, CEF, núm. 277/2006, págs. 105-132. *Vid.* STJCE de 22 de noviembre de 2005 (asunto C-384/02). En esta resolución se establece que una persona que recibe información privilegiada en su condición de representante de los trabajadores en el consejo de administración de una sociedad puede revelar tal información al presidente del sindicato que agrupa a estos trabajadores si existe un vínculo estrecho entre la revelación y el ejercicio de su trabajo, su profesión o sus funciones, y si esa revelación es estrictamente necesaria para el ejercicio de dicho trabajo, profesión o funciones.

³³ Sobre el alcance de estas obligaciones informativas *vid.* GUASCH MARTORELL, R.: *La escisión de sociedades en el derecho español: la tutela de los intereses de socios y acreedores*, Civitas, Madrid, 1993.

³⁴ MARTÍNEZ FONS, D.: «El régimen jurídico de los derechos de información...» *cit.* pág. 61.

tenor literal de la normativa societaria no parece que esta información deba incluirse necesariamente entre los derechos de información de los representantes de los trabajadores en los procesos de escisión empresarial, ni, en su caso, cuáles son los efectos del hipotético incumplimiento de esta obligación³⁵, de modo que difícilmente quedará satisfecha por esta vía la participación de los trabajadores en la génesis de los grupos de empresas.

2.2. El deber de consulta con los representantes de los trabajadores: la consulta de las medidas laborales derivadas de la formación del grupo de empresas.

Junto con estos deberes de información, el artículo 44 del ET recoge en su apartado noveno, el deber de consulta, también previsto por la directiva comunitaria. En concreto, dicho precepto establece la obligación del empresario cedente y cesionario que previeren adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores, de iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores, que deberá celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto, estando obligadas las partes a negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo.

De una primera aproximación al deber de consultas se desprende la amplia coincidencia existente entre este deber y el deber de información al que se acaba de hacer referencia, lo cual no podía ser de otro modo si se tiene en cuenta que nos encontramos ante dos fases de un mismo proceso que, en la mayoría de las ocasiones, se inicia con la información para finalizar con la posterior consulta. Sin embargo, no son coincidentes los ámbitos de aplicación de ambos deberes, puesto que a diferencia del deber de información que se extiende a todo supuesto de traspaso empresarial, el deber de consulta sólo se extiende a aquellas transmisiones que lleven aparejadas la adopción de medidas en relación con los trabajadores³⁶. En consecuencia, si bien el cumplimiento del deber de consulta siempre vendrá precedido del cumplimiento del deber de información, por el contrario, el deber de consultas no siempre seguirá necesariamente al cumplimiento del deber de información, puesto que, si el empresario cedente o cesionario, no prevén adoptar medidas laborales en relación con sus trabajadores no será necesario que inicien el referido período de consultas.

En esta dirección, resulta habitual que las transmisiones empresariales que dan origen a la formación de un grupo de empresas, por su propia naturaleza, desencadenen de forma inexorable inten-

³⁵ Sobre los efectos del incumplimiento de las obligaciones informativas previstas para los supuestos de escisión y fusión de sociedades *vid.* MARTÍNEZ FONS, D.: «El régimen jurídico de los derechos de información...» cit. págs. 62-65.

³⁶ VALDÉS DAL-RE, F.: *La transmisión de empresa...* cit. pág. 88. En los mismos términos, MOLINA NAVARRETE, C.: «El "último" capítulo...» cit. pág. 154, pone de manifiesto que «este poder de participación en los procesos de transmisión no nace directamente del hecho de la transmisión en sí misma considerada, sino que está condicionado a la concurrencia de un presupuesto adicional: la adopción de medidas laborales que afecten a los trabajadores». MORALA GÓMEZ, A.: «La nueva regulación...» cit. pág. 206, considera que «el derecho de consulta tiene, tanto en la normativa comunitaria –art. 7.2 de la Directiva consolidada–, como en el apartado 9 del artículo 44 del ET, un sentido más restringido que el examinado en el derecho de información, pues únicamente será necesario acudir al mismo cuando el cedente y el cesionario previenen la adopción de medidas laborales en relación con sus trabajadores respectivos».

esos procesos de reorganización empresarial, consistentes en modificaciones de las condiciones de trabajo, traslados, extinciones contractuales, etcétera. Piénsese, por ejemplo, en aquellos supuestos en que la organización de la empresa en forma de grupo se adopta como una estrategia organizativa permanente de la empresa a fin de obtener mayores ventajas competitivas gracias a la reducción de mano de obra y al desplazamiento de funciones a otras empresas para contratarlas en el mercado a mejor precio ³⁷. En este punto debe procurarse que la organización de la empresa en forma de grupo resultante del proceso de transmisión empresarial no juegue únicamente un papel de factor desencadenante y culpable de las medidas laborales que deben adoptarse, sino que la misma también sea relevante en orden a poder paliar, en la medida de lo posible, el carácter negativo de las mismas, mediante posibles recolocaciones, movilidades funcionales y geográficas o adaptaciones laborales dentro del grupo empresarial ³⁸. A tal efecto resulta trascendental que, como hemos sostenido anteriormente, se haya informado previamente a los representantes de los trabajadores sobre la formación de un grupo de empresas, puesto que únicamente a partir de este previo conocimiento, esta circunstancia puede ser tenida en cuenta en la fase de consultas sobre las medidas laborales que se pretenden adoptar como consecuencia de la transmisión empresarial.

No siendo la apertura de un período de consultas una característica común a toda transmisión de empresa, la primera cuestión que debe plantearse es la relativa a la acotación de aquellos supuestos en los cuales sí es preceptivo dicho deber, es decir, qué medidas son las que imponen al empresario el deber de iniciar un período de consultas con los representantes de los trabajadores. Pese a ser ésta una cuestión esencial en la delimitación de este deber, el artículo 44 del ET no procede a delimitar cuáles son estas medidas, limitándose a realizar una referencia muy genérica a cualquier medida laboral en relación con sus trabajadores ³⁹. Ante esta indefinición de la norma debe realizarse la interpretación más amplia posible y, por tanto, debe incluirse cualquier medida que altere el estatuto jurídico de los trabajadores, entre las que destacan, con luz propia, las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, las suspensiones del contrato y los despidos ⁴⁰. Medidas coincidentes, por otra parte, con las comprendidas en el cuarto grupo de materias que integran el deber de información al que ya hemos hecho referencia.

Ahora bien, llegado a este punto parece existir una cierta discrepancia en torno al alcance que deben tener estas medidas, puesto que mientras algún autor considera que no pueden incluirse

³⁷ En esta dirección, ALBIOL MONTESINOS, I.: «Medidas laborales extraconcursales de reestructuración y saneamiento de empresas», en *XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Granada, 2005, pág. 222 y ss. contempla la descentralización productiva como un modo particular de saneamiento empresarial.

³⁸ En esta dirección, MARTÍN CORREA, J.M.: «La sucesión de empresas...» cit. pág. 94, considera que las consultas deben tender a disminuir el número de trabajadores afectados, o a suavizar los efectos negativos sobre su ocupación y actividad.

³⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos...» cit. pág. 23, nos indica que «son varias las incógnitas que este precepto suscita y es seguro que hasta que se encuentre rodado en la práctica empresarial y en la doctrina judicial hay que ir con mucho cuidado a la hora de precisar su verdadero alcance»

⁴⁰ *Vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las garantías colectivas...» cit. pág. 223 y ss. El autor mantiene que este derecho debe ser interpretado a la luz de la finalidad perseguida, que no es otra que el asegurar a la representación de los trabajadores una efectiva y real intervención en aquellos supuestos en que el ordenamiento jurídico no lo prevea, lo cual sólo sucede en relación con los traslados y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. *Vid.* también, SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos...» cit. págs. 23 y 24.

aquellas medidas que la empresa podría haber introducido por sí misma como consecuencia del poder de dirección⁴¹, otros autores consideran que a través de esta previsión normativa se restringen o condicionan los poderes directivos empresariales, «de manera que decisiones susceptibles de adoptarse con discrecionalidad en condiciones normales, aquí han de sujetarse al trámite participativo descrito»⁴².

En cualquier caso, dichas medidas deben encontrar su origen en la transmisión empresarial y no en otras circunstancias que también puedan justificar la adopción de tales medidas, distinción que en la práctica no se encuentra exenta de dificultades, especialmente en aquellos supuestos en que la transmisión empresarial da lugar a la formación de un grupo de empresas, puesto que en estos casos cuesta determinar qué medidas se producen con ocasión de la transmisión y que medidas encuentran su origen en el posterior funcionamiento del grupo empresarial. Para ello no puede admitirse una presunción *iure et de iure* de que cualquier medida que coincida con la transmisión se ha producido con motivo de la misma, pero sí pueden resultar de utilidad dos presunciones *iuris tantum*, según las cuales las medidas que se adopten con una cierta proximidad temporal con la transmisión encuentran su origen en la misma, mientras que aquellas decisiones que se alejan en el tiempo no encuentran su justificación en ella⁴³. Normalmente, la proximidad se corresponderá con un momento inmediatamente posterior a la transmisión empresarial, pero nada impide que las medidas se adopten con anterioridad a la transmisión. Éste es el caso, por ejemplo, de que con anterioridad a la transmisión empresarial que da lugar a la formación de un grupo empresarial –v. gr. venta de una empresa filial a otro grupo empresarial– sea necesaria la adopción de medidas laborales previas en la empresa filial para evitar la posterior duplicidad de estructuras organizativas en el seno del grupo empresarial que la ha adquirido.

Delimitados los supuestos en que es preceptivo el deber de consultas, su régimen jurídico es sustancialmente idéntico al del deber de información. Son los mismos los sujetos responsables del cumplimiento del deber de consulta, es decir, el empresario cedente y el empresario cesionario, sin que, como sucedía respecto al deber de información, el deber de consultas de ninguno de ellos pueda ser considerado como subsidiario o alternativo del deber de consultas del otro para el caso de que cualquiera de ellos hubiera incumplido sus respectivas obligaciones.

También son coincidentes los sujetos pasivos de este deber de consultas, es decir, los «representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad», de modo que el empresario cedente deberá iniciar un período de consultas con los representantes legales de sus trabajadores y el empresario cesionario con los suyos. A diferencia de lo que sucede con el deber de información, sin embargo, el artículo 44 del ET no prevé qué sucede en aquellos supuestos en que

⁴¹ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Las garantías colectivas...» cit. pág. 223. En particular, el autor incluye «cualquier medida que altere la posición contractual de los trabajadores al amparo del ejercicio de poderes empresariales distintos de los poderes fuertes de dirección (especificación de la prestación laboral y variación no sustancial)».

⁴² Vid. SEMPÈRE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos...» cit. pág. 24. El autor afirma que «lo que la norma quiere es aumentar las garantías comunes, reforzar la protección de los trabajadores afectados por la novación subjetiva de la empresa».

⁴³ En cualquier caso, como ha puesto de manifiesto SEMPÈRE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos...» cit. pág. 25, «el criterio legislativo es impreciso y hay que interpretarlo con prudencia y de acuerdo con las exigencias de la buena fe, tomando en consideración para cada supuesto tanto la finalidad tuitiva de la norma cuanto la razonable conexión o autonomía con el cambio de empleador».

no existieran representantes de los trabajadores, lo que da pie a diversas posibilidades. Mientras que según una primera opción se suprimiría en estos supuestos el trámite del período de consultas al no haber representaciones a las que consultar ⁴⁴, según otras opciones, al menos de *lege ferenda*, sería posible mantener la transformación de este deber de consulta con los representantes de los trabajadores por una consulta directa con los trabajadores de la empresa, o bien, con una comisión *ad hoc* elegida por la totalidad de la plantilla de los trabajadores de la empresa.

Finalmente, también existe coincidencia sobre el momento en el que debe facilitarse la información o realizarse la consulta, puesto que ambos deberes deberán ejercerse «con la suficiente antelación», que en relación con el deber de consultas equivale a que las mismas se realicen antes de que las medidas que pretende adoptar el empresario se lleven a cabo, de modo que se garantice el derecho de los representantes de los trabajadores de incidir de modo real en la formación de la decisión empresarial de adoptar medidas laborales en relación con sus trabajadores ⁴⁵. Sin embargo, a diferencia de los otros períodos de consulta-negociación contemplados en el ET, en este supuesto no se prevé la delimitación temporal de este período de consultas.

También encontramos dificultades a la hora de determinar la forma en que deban desarrollarse estas consultas, puesto que, como también sucedía en relación con los deberes de información, nada específica la norma en torno a la forma en que deben desarrollarse las consultas, limitándose a establecer que durante el período de consultas «las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo». Ante la falta de concreción de la forma en que debe llevarse a cabo, deberán admitirse todos aquellos mecanismos que garanticen la finalidad perseguida por la norma de que el empresario cedente o cesionario tomen conocimiento de la opinión de los representantes de los trabajadores en relación con la adopción de tales medidas, de modo que la consulta podrá articularse a través de diversas modalidades: petición de informes o dictámenes, intercambio de pareceres, audiencia previa, etcétera.

Con independencia de la forma adoptada, lo que sí prevé la norma es que la toma de conocimiento del parecer de los representantes de los trabajadores por parte del empresario no puede tener un carácter meramente formal, sino que debe suponer el inicio de un proceso de negociación que debe estar orientado hacia la consecución de un acuerdo ⁴⁶. Negociación que en cualquier caso debe estar presidida por la buena fe de ambas partes, es decir, que empresario cedente o cesionario y los respectivos representantes de sus trabajadores negocien en aras a obtener un acuerdo sobre las medidas a adoptar ⁴⁷.

⁴⁴ En esta dirección, VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresa...* cit. pág. 92, pone de manifiesto que «la ausencia de órgano de representación determina, por consiguiente, la inaplicación de estas garantías».

⁴⁵ DEL REY GUANTER, S.: «El nuevo régimen laboral...» cit. pág. 337, considera al respecto que si bien las empresas han podido adoptar las medidas laborales, internamente, sin contar con los representantes de los trabajadores, su ejecución va a venir condicionada por el hecho de que han de ser consultadas antes de ello con tales representantes.

⁴⁶ No debe olvidarse, sin embargo, que la última palabra la tendrá el empresario. Vid. ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Reflexión crítica...» cit. pág. 65. En la misma dirección, en relación con la directiva PRADAS MONTILLA, R.: «La Directiva 98/50/CE...» cit. pág. 15, pone de manifiesto que «en la directiva, en suma, no se concede un veto a favor de los representantes sindicales para que puedan evitar o interferir en decisiones económicas que pueda adoptar el empresario, pero se reconoce su condición de interesados en esa decisión, en primer lugar, y, además, su condición de verdaderos protagonistas en toda situación de cambio de condiciones de trabajo».

⁴⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: «El "último" capítulo...» cit. pág. 154, considera que de este modo se pretende evitar que esta tutela derive en un «mero trámite intrascendente y burocrático».

Junto al deber de consultas incorporado por la reforma del artículo 44 del ET, cabe recordar que sigue vigente la previsión contenida en el artículo 64.1.5 del ET y, por tanto, cuando tenga lugar una fusión, absorción o modificación de estatus jurídico de la empresa que suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de ocupación, el comité de empresa debe emitir un informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de tales decisiones. Las operaciones descritas por este precepto difícilmente encajan con los procesos analizados en este trabajo, ya que ni la fusión, ni la absorción, ni la transformación de la empresa prevista en este precepto constituyen vías para la creación de grupos de empresas, en tanto que ninguno de estos procesos concluye con la existencia de una pluralidad subjetiva, antes al contrario, las dos primeras reducen la pluralidad subjetiva a la unidad.

Sin embargo, en la medida en que algún sector doctrinal ha realizado una interpretación finalista del precepto, considerándolo también aplicable a otros supuestos en que el volumen de empleo se vea afectado, ello permitiría aplicar dicho precepto, al menos, a todos los cambios de titularidad de origen negocial, entre los que se incluirían los procesos de filialización⁴⁸. Incluso, podría considerarse que en la medida en que el informe va referido a la incidencia sobre el volumen de empleo, y no sobre la oportunidad del cambio de la titularidad de la empresa en sí mismo, podría abarcar también a supuestos en que pese a no producirse en principio un cambio de titularidad de empresa, sí que pueden tener una incidencia importante en el volumen de empleo, como sucede, por ejemplo, con las tomas de control de empresas a través de la adquisición de acciones y/o participaciones a las que nos referiremos más adelante.

En todo caso, estas competencias previstas en el artículo 64.1.5 del ET únicamente se extenderían a los efectos que se pudieran derivar de la formación de un grupo de empresas (reestructuraciones de plantilla y ceses totales y parciales, definitivos o temporales, reducciones de jornada, traslado total o parcial de instalaciones, etcétera), pero no necesariamente a la propia formación del grupo de empresas. En consecuencia, si las operaciones empresariales que dieran origen a un grupo de empresas no supusieran una alteración del volumen de empleo, no deberían someterse al trámite del informe previo⁴⁹.

Estas interpretaciones extensivas que encontraban su principal apoyo en las insuficiencias que planteaba la anterior redacción del artículo 44 del ET, sin embargo, se han visto necesariamente alteradas tras la reforma de dicho precepto, llevada a cabo por la Ley 12/2001, que ya introduce vías adecuadas de información y consulta de los trabajadores que se encuentran inmersos en estas operaciones empresariales. En esta dirección, parece que la emisión de un informe a la que se refiere el artículo 64.1.5 del ET debe circunscribirse únicamente a los supuestos legalmente previstos de fusión, absorción y modificación del estatus jurídico de la empresa, que supongan cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo⁵⁰.

⁴⁸ Vid. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Filialización. Grupos de empresa». *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del Trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, pág. 648.

⁴⁹ Sobre los problemas que esta carencia puede plantear en relación con los grupos de empresas, vid. ESTEVE SEGARRA, M.A.: *Grupo de sociedades y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 226.

⁵⁰ MARTÍNEZ FONS, D.: «El régimen jurídico de los derechos de información...» cit. pág. 66.

Además de la función estrictamente defensiva de la participación de los trabajadores impulsada por la normativa, esencialmente mediante el deber de consulta previsto por el artículo 44 del ET y, en su caso, por el artículo 64.1.5 del ET, resulta preferible que empresarios y trabajadores anticipen mediante pactos o acuerdos de garantía el impacto que necesariamente vaya a tener en los trabajadores la futura formación de un grupo empresarial resultante de los procesos de transmisión empresarial. Esta doble función, preventiva y defensiva, puede asegurar la deseable, útil y eficaz gestión colectiva de estas transmisiones empresariales, así como de las inevitables consecuencias que las mismas van a tener en las condiciones laborales de los trabajadores afectados⁵¹. En esta línea, cabe citar como un ejemplo aventajado de esta posibilidad el ya citado Acuerdo sobre los procesos de Reordenación Societaria y Reorganización Empresarial del Grupo Endesa en el que, entre otras cuestiones, se acuerdan de forma expresa los efectos que sobre los derechos de los trabajadores tendría el proceso de filialización llevado a cabo en el seno de este grupo empresarial⁵².

En esta línea la doctrina ha identificado los siguientes efectos tutelares-preventivos en relación con la posición de los trabajadores, que pueden incluirse en este tipo de acuerdos: el establecimiento de instancias colectivas de carácter permanente para la composición dinámica y participativa de los conflictos concretos originados por los procesos de filialización; compromisos de reincorporación o recolocación de los trabajadores en la empresa matriz o en otras empresas del grupo; compromisos de no recurso a medidas de amortización de puestos de trabajo en un período temporal determinado; estipulación de garantías de responsabilidad adicionales a las contempladas por el sistema legal por obligaciones de la empresa filial surgidas con posterioridad a la transmisión; establecimiento de deberes precisos de incremento de la inversión inicial en la filial; regulación detallada de las condiciones en las que se produce la subrogación de las filiales en las obligaciones empresariales en materia de protección social complementaria; previsiones para atenuar la existencia de regímenes laborales distintos en el interior de cada una de las empresas filiales recién creadas; establecimiento de compromisos de futura negociación a nivel global o de grupo; etcétera⁵³.

3. LA LIMITADA RECEPCIÓN DEL GRUPO DE EMPRESAS EN LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 44 DEL ET

El último apartado del artículo 44 del ET incorpora una garantía de los derechos de información y consulta en aquellas transmisiones empresariales que tengan lugar en el seno de grupos de empresas, incorporando a nuestro ordenamiento jurídico la previsión contenida en el artículo 7.4 de

⁵¹ Sobre la importancia de ambas funciones de la negociación colectiva en las transmisiones de empresas, *vid.* LAHERA FORTEZA, J. y VALDÉS DAL-RE, F.: «Funciones de la negociación colectiva en las reestructuraciones empresariales», en CUENCA ALARCÓN, M. (Coord.): *El éxito de la negociación...* cit. págs. 22-23.

⁵² No se trata, sin embargo, del único ejemplo de este tipo de pactos, sino que también pueden destacarse, entre otros, las siguientes experiencias: Acuerdo sobre reestructuración del Grupo Bosch S.A. (Anexo 9 del Convenio Colectivo «Robert Bosch, S.A.» –BOE de 30 de enero de 1996–); Anexos relativos sobre filiales creadas al amparo del Plan de Diversificación y Desarrollo del grupo Uralita Productos y Servicios, S.A. (Anexo al Convenio Colectivo de «Uralita Productos y Servicios, S.A.» –BOE de 20 de agosto de 1996–), Convenio Colectivo de «Ericsson, S.A.» y Pacto colectivo «Ericsson 2000» –BOE de 27 de febrero de 1996–, etcétera.

⁵³ Una síntesis de estos posibles contenidos en BAZ RODRÍGUEZ, J.: «Las relaciones de trabajo...» cit. págs. 250-254.

la Directiva 2001/23/CE⁵⁴. En este sentido se prevé que no obsta al cumplimiento de estos deberes de información y consulta por parte del empresario, la circunstancia de que la decisión conducente al traspaso sea adoptada por una empresa que lo controle⁵⁵. En consecuencia, en los supuestos en que la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferidas formen parte de un grupo de empresas y, por tanto, la decisión de transferirlas y/o adquirirlas resida en un centro decisor externo al empresario que aparece como titular de las mismas, deberán garantizarse igualmente estos derechos de información y consulta, sin que pueda aducirse como justificación de su incumplimiento que la empresa bajo cuyo control se halla el empresario no le ha facilitado la información necesaria⁵⁶.

A pesar de que este precepto no se refiere de forma expresa a la organización de la empresa en forma de grupo, es evidente que el mismo se refiere a los supuestos de transmisiones empresariales materializadas en empresas controladas en el marco de una estructura de grupo, lo que justifica la necesidad de que circule la información de la empresa matriz –empresa que ejerce el control– hacia la empresa filial, sobre las causas motivadoras y la justificación de las medidas a adoptar, a efectos de que esta pueda informar y consultar a los representantes de sus trabajadores. En consecuencia, esta previsión será de aplicación a supuestos como los analizados en este trabajo de filialización, filialización dentro del grupo, transmisión de empresas entre filiales del grupo, venta de una filial del grupo, etcétera⁵⁷.

No se trata, sin embargo, del único ámbito en que se contemplan los derechos de información de los representantes de los trabajadores en los grupos de empresas, puesto que, con carácter previo, el artículo 51.14 del ET ya había introducido el concepto de empresa que ejerce el control sobre el empresario, para extender a estas situaciones las obligaciones de información y documentación previstas en los supuestos de despidos colectivos. En esta dirección, aunque la regulación de los despidos colectivos resulta poco ambiciosa en lo que respecta a la aprehensión del fenómeno de los grupos de empresas, sí reconoce y atribuye efectos jurídicos a la vinculación existente entre empresa matriz y empresas filiales, aunque únicamente sea a efectos de asegurar los derechos de información.

Más ambiciosa resulta, sin embargo, la regulación contenida en la ya citada Ley 10/1997, así como también en la Directiva comunitaria en la que esta norma encuentra su origen, que constituyen

⁵⁴ Dicho precepto prevé que «las obligaciones previstas en el presente artículo –art. 7– serán aplicables independientemente de que la decisión conducente al traspaso sea adoptada por el empresario o por una empresa que lo controle. En lo que se refiere a las presuntas infracciones de las obligaciones de información y de consulta previstas en la presente Directiva, no podrá aducirse como justificación que una empresa bajo cuyo control se halle el empresario no facilitó la información necesaria».

⁵⁵ MARTÍNEZ FONS, D.: «El régimen jurídico de los derechos de información...» cit. pág. 42, pone de manifiesto que esta previsión constituye una garantía específica o adicional para los supuestos en los que la transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma se produce en el marco de procesos ordenados desde instancias diferenciadas del cedente y cesionario.

⁵⁶ Esta previsión debe contemplarse en la concepción general de que constituye una actuación contraria a la buena fe negocial alegar la imposibilidad de facilitar determinada información o de negociar en base a que el centro de decisión se encuentra fuera del ámbito de los estrictos negociadores. DEL REY GUANTER, S.: «El nuevo régimen laboral...» cit. pág. 345.

⁵⁷ DEL REY GUANTER, S.; MARTÍNEZ FONS, D. y SERRANO OLIVARES, R.: «El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005, pág. 269. Los autores consideran que a pesar de que esta previsión presenta un radio de acción mucho más amplio que los indicados procesos de filialización, con probabilidad será en ellos donde despliegue toda su virtualidad.

uno de los primeros pasos en la tipificación y normalización de los grupos de empresas en el plano normativo. Esta norma pretende garantizar que todos los trabajadores tengan acceso a determinadas informaciones y sean consultados sobre aquellas cuestiones que afecten al conjunto de la actividad de la empresa, lo cual únicamente es posible si se garantiza al mismo tiempo el acceso de los representantes de los trabajadores a los centros reales de adopción de las decisiones, que no se encuentran en las diferentes direcciones nacionales –empresas filiales–, sino en la dirección central –empresa matriz–⁵⁸.

En esta dirección, entre las competencias que se recogen en el artículo 18 de la Ley 10/1997 como disposiciones subsidiarias para la constitución del comité de empresa europeo, se establecen a título meramente indicativo las siguientes cuestiones sobre las que puede versar la información y consulta⁵⁹: las 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. Asimismo, entre estas disposiciones subsidiarias para la constitución del comité de empresa europeo se establece el derecho de esta representación a ser informados cuando concurren circunstancias excepcionales que afecten considerablemente a los intereses de los trabajadores, entre las cuales deben incluirse las transmisiones empresariales. En consecuencia, es probable que en estos supuestos se activen diversos procesos de información y consulta simultáneos, uno en el nivel de la empresa afectada, participando en ella los representantes legales de los trabajadores elegidos de acuerdo con la legislación nacional; y otro en el nivel de empresa o grupo en el que actuará el comité de empresa europeo, sin que la información dispensada en la instancia del grupo pueda sustituir el cumplimiento de las obligaciones legalmente previstas para la transmisión de empresa⁶⁰.

La Ley 10/1997 pretende garantizar que si los trabajadores tienen derechos en materia de información y consulta respecto a diversas cuestiones relacionadas con la organización empresarial, éstos alcancen a la totalidad de la actividad empresarial desarrollada y no únicamente las informaciones relativas a la parte de actividad empresarial desarrollada por la entidad jurídica independiente en la que los trabajadores se integran y, asimismo, también se pretende garantizar que quien facilite estas informaciones y proceda a las consultas sea quien efectivamente tiene potestad para tomar las decisiones correspondientes que, de acuerdo con la ley, será quien ostente la dirección unitaria del grupo, es decir, la dirección central⁶¹.

⁵⁸ Esta vocación ha permitido que se afirmara que se trata de un modelo de participación integrativa-complementaria. *Vid.* MONEREO PÉREZ, J.L.: «Los Comités de Empresa Europeos: los derechos sociales de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria», *Tribuna Social*, núm. 98, 1999, pág. 29, y MONEREO PÉREZ, J.L.: «Por un nuevo modelo de regulación jurídica de los grupos de empresas en el derecho comunitario y en el ordenamiento español: problema, sistema y método», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 7, 1998, págs. 41 y 47.

⁵⁹ Como puede observarse, el contenido de esta obligación no difiere sustancialmente del contenido del artículo 64 del ET, excepto en cuál es el ámbito de dicha información –el grupo de empresas– y quién sea el obligado a facilitar dicha información –la dirección central–.

⁶⁰ MARTÍNEZ FONS, D.: «El régimen jurídico de los derechos de información...» cit. pág. 43.

⁶¹ Por tanto, no se pretende asegurar únicamente que dé la información quien detenta el poder de decisión, sino también garantizar el cumplimiento de las decisiones adoptadas. *Vid.* MONEREO PÉREZ, J.L.: «Por un nuevo modelo de regulación...» cit. pág. 32.

El artículo 44.10 del ET responde a este mismo fundamento, es decir, garantizar que los trabajadores tengan los mismos derechos de información y consulta con independencia de la forma de organización de la actividad empresarial y, por tanto, que la información sea facilitada y la consulta practicada por quien, conforme a la unidad de decisión que caracteriza el funcionamiento del grupo de empresas, tiene atribuidas las facultades de decisión ⁶², puesto que únicamente de esta manera se puede garantizar a los trabajadores que prestan sus servicios en empresas de estructura compleja la satisfacción de los mismos derechos que se reconocen a los trabajadores de las empresas de estructura unitaria ⁶³. En otros términos, con esta medida se pretende asegurar el principio de indiferencia o de neutralidad de la estructura o forma jurídica de la empresa, al menos respecto de los derechos y procedimientos de información y consulta de los trabajadores, como garantía de efectividad de su vigencia incluso en ámbitos organizativos más complejos social y económicamente ⁶⁴.

Sin embargo, pese a los innegables logros que supone esta previsión normativa, la misma es susceptible de diversas críticas. En primer lugar, se observa cómo el artículo 44.10 del ET continúa en la línea iniciada en el artículo 51.14 del ET, empleando el concepto de empresa que ejerce el control sobre el empresario para extender a estas situaciones las obligaciones de información y consulta previstos para los supuestos de cambio de titularidad de la empresa y, por consiguiente, únicamente alcanzan a aquellos grupos de empresas cuya unidad de dirección deriva del control que una empresa ejerce sobre otras, sin dar cabida a otros supuestos en que la unidad de decisión deriva de la colaboración empresarial ⁶⁵. Por el contrario, parecería más conveniente que esta obligación se extendiera igualmente a los supuestos en que las decisiones no se tomen de forma jerarquizada, sino a través de una unidad de dirección ⁶⁶.

⁶² Esta vocación se encuentra en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prevé que se garantice a los trabajadores o a sus representantes la información y consulta en los niveles adecuados. En determinadas ocasiones este nivel puede ser la propia empresa, pero en otras debe ser el grupo.

⁶³ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.E.: «La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad», *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2001, pág. 17, ponen de manifiesto que este precepto parece estar pensado «en el caso de empresas de dimensión transnacional y en problemas como los que hoy se están planteando, por ejemplo los de Alcatel o Marks & Spencer». Sobre las deficiencias de la regulación de los derechos de información y consulta en estos supuestos (Renault, 1997 y Marks & Spencer, 2001), *vid.* ROJO TORRECILLA, E.: «La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y los derechos de información y consulta», *Temas Laborales*, núm. 59, 2001, págs. 40-44.

⁶⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Los derechos de información y consulta de los trabajadores y la dimensión comunitaria de la empresa», *Relaciones Laborales*, núm. 12, 1990.

⁶⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: «Los despidos por "causas empresariales" en el ámbito de las empresas con estructura de grupo», *Tribuna Social*, núm. 98/1998, pág. 28, considera, sin embargo, poniendo en relación el artículo 51.14 del ET con el citado Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, que aprueba el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, considera que si bien es cierto que una interpretación sistemática y coherente tanto en el plano técnico como legislativo podría llevar a afirmar que la previsión afecta sólo a las decisiones extintivas realizadas en el marco de los grupos por subordinación, no menos cierto es que «para este concreto aspecto normativo, no sería irrazonable pensar en una ampliación de esta obligación a todas las empresas estructuradas con arreglo a una dirección unitaria o unidad de decisión, capaz de englobar las más diversas formas de grupo».

⁶⁶ MARTÍNEZ FONS, D.: «El régimen jurídico de los derechos de información...» cit. pág. 42, considera que esta previsión debe ser también de aplicación a los grupos de empresas generados sobre una base contractual o por yuxtaposición y en los que exista una empresa que, en base a las relaciones contractuales, ejerza el control sobre las decisiones de otras empresas integradas en el mismo grupo. *Vid.* también, DEL REY GUANTER, S.; MARTÍNEZ FONS, D. y SERRANO OLIVARES, R.: «El régimen jurídico de la transmisión de empresa...» cit. pág. 269.

En segundo lugar, también resulta criticable la poca ambición con que la normativa reguladora de la sucesión de empresa se ha aproximado al fenómeno de los grupos de empresas ⁶⁷, puesto que el precepto se ha limitado a prever que quien formalmente aparece como empleador responde en todo caso del cumplimiento de los deberes de información y consulta y, por tanto, le corresponde la realización de las gestiones necesarias con la entidad que realmente posee el poder decisorio a efectos de la transmisión empresarial ⁶⁸, pero, sin embargo, no ha establecido un deber directo de información y consulta para esta última, ni en consecuencia, ninguna responsabilidad por el incumplimiento del mismo. De este modo se disocia el obligado formalmente a informar y consultar a los representantes de los trabajadores de quien efectivamente adopta la decisión empresarial y dirige la operación de transmisión, estableciéndose, por tanto, una tutela excesivamente limitada, en la que no se incluye la obligación de que cumpla con el deber de información y consulta el sujeto que es el verdadero responsable, es decir, la empresa que ejerce el control ⁶⁹.

Finalmente, también puede criticarse que la normativa reguladora de la sucesión de empresas únicamente aborde los derechos y deberes de información y consulta en las transmisiones de empresas que tengan lugar en el marco de un grupo de empresas ya existente, obviando cualquier referencia, al menos expresa, a aquellas transmisiones de empresa que dan origen al grupo de empresas, ya sea imponiendo de forma expresa la obligación de informar sobre esta circunstancia o, incluso, estableciendo una obligación de consultas específica sobre los efectos que inexorablemente producirá la formación del grupo de empresas, lo que, sin lugar a dudas, contribuiría a reforzar la participación de los trabajadores en la propia gestación del grupo de empresas.

4. LA INSUFICIENCIA DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 44 DEL ET PARA GARANTIZAR LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LOS PROCESOS DE FORMACIÓN DE UN GRUPO DE EMPRESAS

4.1. El papel del artículo 44 del ET como garantía de la participación de los trabajadores en los procesos de formación de un grupo de empresas.

Con carácter general puede afirmarse que la aplicación de los derechos y deberes en materia de información y consulta de los trabajadores previstos en el artículo 44 del ET, tras la reforma intro-

⁶⁷ En esta dirección, MOLINA NAVARRETE, C.: «El "último" capítulo...» cit. pág. 155, pone de manifiesto que «esta previsión supone, sin embargo, una tutela "debilitada", pues implica una regla de irrelevancia jurídico-laboral del grupo económico que contrasta fuertemente con la realidad empresarial actual, hasta el punto de que no imputar al efectivo responsable de la decisión obligaciones de información puede neutralizar materialmente, o en todo caso relativizar, la efectividad de los derechos contemplados».

⁶⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *Análisis de la Ley 12/2001*... cit. pág. 189-190.

⁶⁹ BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo*... cit. pág. 490; MARTÍNEZ FONS, D.: «El régimen jurídico de los derechos de información...» cit. pág. 43, y DEL REY GUANTER, S.; MARTÍNEZ FONS, D. y SERRANO OLIVARES, R.: «El régimen jurídico de la transmisión de empresa...» cit. pág. 58.

ducida por la Ley 12/2001, constituyen un instrumento adecuado para la gestión colectiva de un número importante de transmisiones empresariales que se encuentran en la génesis u origen de la formación de los grupos de empresas, especialmente, aquellas que encuentran su origen en estratégicas o prácticas de filialización empresarial. Asimismo, dado que la organización de la empresa en forma de grupo no se configura normalmente como una situación estabilizada y perdurable en el tiempo, sino que, por el contrario, se encuentra sometida a continuos procesos de cambio, la aplicación de estos derechos y deberes de información y consulta a estos procesos constituye una garantía de la participación de los trabajadores que se ven afectados por los mismos –nuevas estrategias de filialización, filialización dentro del grupo, transmisión de empresas entre filiales del grupo, venta de una filial del grupo a otro grupo, etcétera–.

En consecuencia, puede afirmarse que la aplicación de la normativa reguladora de la sucesión de empresas y, en particular, los derechos y deberes de información y consulta que la misma plantea, garantizan el nivel mínimo de participación que debe establecerse frente a estas nuevas estrategias de organización empresarial, es decir, el conocimiento de su propia existencia y, por extensión, el conocimiento sobre la formación, la entrada o salida de un grupo de empresas, así como la posibilidad de expresión a través de la consulta-negociación sobre los efectos que dicha forma de organizar la empresa puede conllevar ⁷⁰.

Pese a ello, aún son diversas las insuficiencias que el artículo 44 del ET plantea a la hora de satisfacer plenamente la necesaria participación de los trabajadores en la génesis o formación del grupo de empresas. En primer lugar, cabe poner de manifiesto la participación debilitada de los trabajadores en los procesos de circulación empresarial que desencadenan la formación de un grupo de empresas, puesto que en ningún caso la misma supone un auténtico derecho de oposición de los trabajadores afectados frente a tales operaciones, sino que, por el contrario, únicamente se prevé un derecho de información y consulta de los trabajadores sobre estas operaciones, así como también sobre los efectos laborales que se derivan de las mismas ⁷¹. Pero es que, además, aunque se incumplan estas obligaciones de información y consulta por parte del empresario, los trabajadores, ya sea individualmente o a través de sus representantes legales, tampoco se podrán oponer a la validez de la operación empresarial efectuada, la cual desplegará todos sus efectos, incluidos los efectos laborales, de modo que los trabajadores no se podrán oponer a la cesión de sus contratos al nuevo empresario prevista en el artículo 44 del ET.

En segundo lugar, entre las insuficiencias del artículo 44 del ET a la hora de garantizar la participación de los trabajadores en el proceso de formación de un grupo de empresas, destaca con luz

⁷⁰ MORENO GENÉ, J.: *Aspectos jurídico-laborales...* cit. pág. 148.

⁷¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «La participación de los trabajadores...» cit. pág. 28, distingue al efecto diversos niveles de participación con un alcance e intensidad jurídica variable. En este sentido distingue desde la información y la consulta del empresario a los representantes de los trabajadores sobre aspectos relativos a la actividad de la empresa, mediante la atribución a aquél de obligaciones jurídicas de comunicación, en el primer caso, y la exigencia previa no vinculante de la opinión o parecer de los representantes para la adopción de una decisión empresarial, en el segundo; pasando por la negociación sobre cuestiones de intereses divergentes; hasta llegar, por último, a la codecisión, en que la opinión de los representantes de los trabajadores es necesaria para la validez de la propia decisión empresarial. *Vid.* también, RIVERO LAMAS, J.: «Participación y representación de los trabajadores en la empresa», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 84, 1997, pág. 504.

propia la falta de aplicación de este precepto a todas las vías de gestación de un grupo de empresas y, especialmente, a una de las más importantes, a saber, la toma de control de una empresa por otra mediante la participación financiera en la misma, de manera que en estos supuestos puede hablarse de una total ausencia de mecanismos de participación de los trabajadores que se ven afectados por estas operaciones empresariales ⁷².

4.2. La tutela debilitada de la participación de los trabajadores prevista en el artículo 44 del ET.

Como ya se ha avanzado, los derechos de información y consulta contemplados en el artículo 44 del ET se configuran como un mecanismo de participación de los trabajadores extremadamente debilitado, puesto que en ningún caso la misma comporta un auténtico derecho de oposición de los trabajadores afectados frente a tales operaciones. La constatación de esta circunstancia ha dado lugar a que se haya intentado articular este derecho de oposición a través de la consideración de los trabajadores como acreedores, de modo que pudieran oponerse a dichas operaciones –v. gr: estrategias de filialización– aquellos trabajadores que tuvieran créditos laborales pendientes de liquidación. En este sentido, el artículo 243.1 de la LSA prevé que ante una fusión los acreedores podrán oponerse a la misma en tanto no se garanticen los créditos no vencidos, previsión que puede extenderse igualmente a las escisiones y, por tanto, a los procesos de filialización expuestos en este trabajo ⁷³.

Ahora bien, la propia previsión contenida en el citado precepto pone en cuestión la aplicabilidad de esta posibilidad a los supuestos expuestos en este trabajo, puesto que al ser de aplicación a los mismos las garantías previstas en el artículo 44 del ET, especialmente, en materia de responsabilidad solidaria por las deudas anteriores a la transmisión, se ha considerado que ello garantiza por sí mismo de forma suficiente los créditos laborales de los trabajadores afectados por estos procesos, de manera que no cabe la oposición de los trabajadores-acreedores a la decisión de fusión o escisión societaria ⁷⁴.

El carácter limitado de la participación de los trabajadores se pone de manifiesto también por el hecho de que tampoco se contempla la posibilidad de que los trabajadores, individual o colectivamente, puedan oponerse a que su relación laboral sea transferida de conformidad con lo previsto en el artículo 44 del ET, de modo que, por ejemplo, en el supuesto de una filialización, los trabajadores afectados por la transmisión parcial de la empresa pasarán a integrarse, al margen de su voluntad o preferencias, en la empresa filial de nueva creación. Frente a este posicionamiento se ha puesto de

⁷² En la misma dirección, ESTEVE SEGARRA, M.A.: *Grupo de sociedades...* cit. pág. 228. Pese a que la autora considera que la regulación introducida por la Ley 12/2001 mejora sensiblemente el régimen anterior, sigue manteniendo que las insuficiencias del sistema para dotar de instrumentos eficaces de participación de los trabajadores en procesos dinámicos son evidentes.

⁷³ Vid. ALBIOL MONTESINOS, I.: *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, IELSS, Madrid, 1984, págs. 46-47 y CAMPS RUIZ, L.M.: *Régimen laboral...* cit. págs. 246-247.

⁷⁴ GALIANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Problemas laborales planteados por la escisión de la filial española de un grupo de empresas multinacional (y II)», *Actualidad Laboral*, núm. 41, 1990, pág. 505 y MARTÍNEZ FONS, D.: «El régimen jurídico de los derechos de información...» cit. pág. 27.

manifiesto una «opción normativa fuerte frente a los procesos de filialización» que consistiría en establecer a favor de los trabajadores un derecho de oposición a ser transmitidos a la filial de nueva creación, a pesar de concurrir el supuesto de hecho del artículo 44 del ET ⁷⁵.

No consideramos, sin embargo, que sea conveniente establecer un derecho de oposición de los trabajadores a ser transmitidos a una empresa filial resultante de un proceso de filialización, puesto que la inclusión de este derecho supondría, desde un punto de vista fáctico, un freno y una limitación a este tipo de operaciones empresariales que, por otra parte, han sido consideradas lícitas y amparadas en el derecho de libertad de empresa recogido en el artículo 38 de la CE. En este sentido, consideramos que no es función del Derecho del Trabajo combatir o frenar tales operaciones, sino que debe limitarse a encauzarlas dentro del principio de buena fe, garantizando el respeto a los derechos de los trabajadores con los que entran en conflicto estas operaciones empresariales, entre los que se encuentra el derecho de los mismos a ser debidamente informados y consultados.

En definitiva, el establecimiento de un verdadero derecho de oposición de los trabajadores, ya sea a la propia realización de la operación empresarial proyectada o a los efectos laborales derivados de la misma, ha sido sustituido por la previsión de unos meros derechos de información y consulta. Pero es que además, aunque se incumplan estas obligaciones de información y consulta por parte del empresario, tampoco se prevé de forma expresa que los trabajadores, ya sea individualmente o a través de sus representantes legales, puedan oponerse a la validez de la operación empresarial efectuada, la cual, como ya se ha indicado, desplegará todos sus efectos, incluidos los efectos laborales, de modo que los trabajadores no se podrán oponer a la cesión de sus contratos al nuevo empresario, prevista en el artículo 44 del ET.

En esta dirección, el artículo 44 del ET no contiene previsión alguna en relación con los efectos que deben atribuirse al incumplimiento por parte del empresario cedente y/o del empresario cesionario de sus respectivas obligaciones de información y consulta, lo cual resulta especialmente sorprendente si se tiene en cuenta la extensión y profundidad con que se han regulado dichos deberes a partir de la Ley 12/2001. Ante este silencio del legislador nacional, coincidente por otra parte con el silencio del legislador comunitario ⁷⁶, es necesario detenerse en la determinación de los efectos que se derivarán de los eventuales incumplimientos de dichos deberes de información y consulta, puesto que la eficacia de estos derechos dependerá en gran medida de los mismos ⁷⁷.

⁷⁵ Vid. BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo...* cit. pág. 258. El autor considera que de este modo los trabajadores podrían oponerse, de forma individual, frente a iniciativas reestructuradoras en el grupo que estimasen de clara peligrosidad para sus derechos económicos o su estabilidad en el empleo (creación de empresas dudosamente viables, escasamente solventes patrimonialmente, etcétera).

⁷⁶ En este punto, sin embargo, debe recordarse la doctrina contenida en la STJCE de 8 de junio de 1994, elaborada a propósito de la Directiva 77/187/CE, según la cual, cuando una Directiva comunitaria no prevé sanciones específicas en caso de infracción de sus disposiciones o remite, en este punto, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, el artículo 5 del Tratado obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el alcance y eficacia del Derecho comunitario.

⁷⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos...» cit. pág. 19, se plantea si, en tal situación, «¿la sucesión es nula, las medidas adoptadas carecen de validez, se produce un ilícito administrativo, o todo ello a la vez?».

La única norma que prevé de forma expresa medidas en relación con el incumplimiento de tales derechos es el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (en adelante, RDLeg. 5/2000), cuyo artículo 7.7, ya con anterioridad a la Ley 12/2001, definía como infracción grave «la transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos».

Como puede observarse, se trata de una previsión genérica que alcanza a cualquier incumplimiento de los deberes de información y consulta de los empresarios en relación con sus respectivos representantes de los trabajadores. Precisamente, el carácter genérico de dicha previsión ha permitido que no haya sido necesario modificar dicho precepto con posterioridad a la Ley 12/2001 para incorporar en su ámbito de aplicación el incumplimiento de los deberes de información y consulta que tienen el empresario cedente y el empresario cesionario en los supuestos de sucesión empresarial.

Por el contrario, la referencia a los representantes de los trabajadores que se contiene en dicho precepto sí constituía un impedimento insalvable para incluir en su supuesto de hecho el incumplimiento de otro de los deberes previstos por la normativa reguladora de la sucesión de empresas, a saber, el deber del empresario cedente y del cesionario de facilitar la información correspondiente directamente a los trabajadores que pudieran resultar afectados por la transmisión cuando no haya representantes de los trabajadores. La necesidad de tipificar el incumplimiento de este nuevo deber empresarial, previsto por el artículo 44.7 del ET, fue precisamente la que provocó que la Ley 12/2001 incorporara un nuevo apartado 11 al artículo 7 del citado Real Decreto Legislativo 5/2000, en el que se contempla como infracción grave «el incumplimiento (...) del deber de información a los trabajadores afectados por una sucesión de empresa establecido en el artículo 44.7 del ET»⁷⁸.

En definitiva, cualquier incumplimiento de los deberes de información y consulta previstos en el artículo 44 del ET constituyen una infracción laboral grave, sancionable, de conformidad con el artículo 40.1 b) del Real Decreto Legislativo 5/2000, con una multa que puede ascender de 300,52 euros hasta 3.005, 06 euros⁷⁹.

⁷⁸ Vid. al respecto la STSJ de Madrid de 25 de febrero de 2002 (AS 1370), la cual pone de manifiesto que «cuando se produce una sucesión empresarial de acuerdo con el artículo 44.1 del ET, la empresa asume la obligación de notificar la misma a los representantes de los trabajadores, al igual que las condiciones en que se va a producir; notificación que normalmente se ha de extender, y de manera individualizada, al conjunto de los afectados y, en todo caso, cuando no exista esa representación; debiéndose citar a título de mero ejemplo la STJCE del 8 de junio de 1994. Su incumplimiento por parte del empresario también lleva aparejada la correspondiente sanción, debiéndose citar en este caso el artículo 7.11, del Real Decreto Legislativo 5/2000, que, además, menciona a los trabajadores y no simplemente a los representantes, lo cual acentuaría aún más, si cabe, esa notificación individualizada a la que se ha hecho referencia».

⁷⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; VALDÉS DAL-RÉ, F. y CASAS BAAMONDE, M.E.: «La Ley 12/2001...» cit. pág. 3, ponen de manifiesto que «esta ampliación de la tarea tipificadora infractora del legislador social trata de reforzar la efectividad de los importantes deberes de información a los trabajadores o a sus representantes que se han introducido en la reforma de 2001».

Al margen de estas posibles sanciones administrativas es preciso analizar también si el incumplimiento de los citados deberes de información y consulta de empresario cedente y cesionario puede provocar otros efectos y, en particular, si puede incidir en la propia eficacia de la decisión empresarial de transmitir la titularidad de la empresa⁸⁰. No en vano, de la respuesta que se da a esta cuestión dependerá la propia naturaleza jurídica que deba atribuirse a los derechos de información y consulta previstos en la normativa sucesoria, es decir, si se trata de un simple trámite externo de control de la decisión empresarial o de un elemento interno a la propia toma de decisión por parte del empresario⁸¹.

Ante el silencio del legislador reformista y pese a las importantes divergencias existentes entre el deber de notificación que se establecía en la anterior redacción del artículo 44 del ET y los amplios deberes de información y consulta previstos en la actual redacción del precepto, parece que esta cuestión debe seguir el mismo tratamiento y, por tanto, el incumplimiento de estos deberes no condiciona la eficacia de la cesión, ni atribuye un derecho de resolución de los contratos de trabajo⁸². En esta dirección, ya se había pronunciado la STS de 13 de noviembre de 1989 que consideraba que la notificación no era requisito para la validez del cambio de titularidad⁸³ o la STS de 25 de abril de 1988 que mantenía que el artículo 44 del ET no condicionaba la eficacia de la cesión a una previa comunicación⁸⁴.

La interpretación literal del artículo 44.1 del ET tras la reforma permite seguir manteniendo estas tesis en la medida en que únicamente se vincula el efecto subrogatorio al cambio de titularidad en sí mismo, sin condicionarlo al cumplimiento de requisitos documentales o participativos⁸⁵. Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta que la Ley 12/2001 no ha alterado lo previsto por el artículo 42.1 Real Decreto Legislativo 5/2000, que prevé que «las infracciones a lo dispuesto en los artículos 41 a 44 del ET determinarán la responsabilidad de los empresarios afectados en los términos allí establecidos», de lo que puede deducirse que dicho precepto no quiere «imponer sanción específica alguna por el incumplimiento de los deberes impuestos en el artículo 44 del ET, dejando sin fuerza coercitiva la posibilidad de exigir su cumplimiento»⁸⁶.

⁸⁰ MOLINA NAVARRETE, C.: «El "último" capítulo...» cit. pág. 154, resume esta cuestión manifestando que «el problema básico se centra en determinar si es posible no sólo individualizar una causa de oposición a la transmisión, manteniendo la vinculación a la empresa cesionaria, suspendiendo temporalmente los efectos de la transmisión, sino también oponerse a la transmisión económica misma, condicionando el incumplimiento a la validez del proceso, con lo que se concedería una acción impugnatoria a los representantes —o trabajadores— de la decisión económica».

⁸¹ *Vid.* sobre esta cuestión, VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresa...* cit. pág. 92.

⁸² *Vid.* con anterioridad a la reforma, CAMPS RUIZ, L.M.: «Problemas laborales de las fusiones de sociedades», *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1990, establece que la referencia al cesionario indica inequívocamente que la transmisión de empresa se ha producido a pesar de la omisión de la notificación. *Vid.*, asimismo, GALLANA MORENO, J.M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Problemas laborales...», pág. 503, y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Filialización...» cit. pág. 68. *Vid.*, tras la reforma, MOLINA NAVARRETE, C.: «El "último" capítulo...» cit. pág. 154, y SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos...» cit. pág. 21.

⁸³ Ar. 8046.

⁸⁴ Ar. 3021.

⁸⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos...» cit. pág. 20.

⁸⁶ *Vid.* DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M.: «El nuevo marco legal...» cit. pág. 30. En la misma dirección, SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos...» cit. pág. 20, mantiene que «si se anulara la propia sucesión de empresas, por definición, sería imposible una transmisión con infracción del deber informativo/participativo/ y el supuesto planteado en la LISOS jamás podría darse en la realidad, puesto que cuando se omitieran tales comportamientos no llegaría a surgir el supuesto contemplado por el artículo 7.11 de la LISOS, añadida, precisamente, por la Ley 12/2001, la misma que establece las obligaciones instrumentales acerca de cuyo incumplimiento se reflexiona».

Tampoco desde la perspectiva del Derecho Mercantil el incumplimiento por parte del empresario cedente o del empresario cesionario, o de ambos a la vez, de sus obligaciones en materia de información y consulta tiene incidencia directa en la propia validez de la operación realizada, de modo que dicha operación, por ejemplo, un proceso de filialización empresarial, pese a este incumplimiento, producirá plenos efectos, poniéndose de este modo de manifiesto una vez más la separación existente entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Mercantil, especialmente, el Derecho de Sociedades, que permite que un incumplimiento laboral como el expuesto no tenga incidencia en la validez de la operación mercantil efectuada⁸⁷. Por el contrario, se ha mantenido que la información de los representantes de los trabajadores en caso de fusiones y escisiones podría tener un tratamiento especial, porque es una exigencia del proceso de fusión o escisión, según los artículos 238 y 254 de la LSA, y 94 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, por la que se regulan las Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, LSRL)⁸⁸.

Ello no significa, sin embargo, que las sanciones administrativas constituyan el único efecto del incumplimiento de estos deberes empresariales, sino que del mismo también pueden derivarse otros efectos jurídicos, aunque, en cualquier caso, ajenos a la eficacia de la transmisión empresarial. Así, por ejemplo, dicho incumplimiento puede generar el deber de los empresarios de indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados que los trabajadores aleguen y prueben como derivados de la falta de información y consulta⁸⁹. Asimismo, la falta de cumplimiento de estos deberes puede tener relevancia para fijar la fecha de la cesión (así, por ejemplo, las acciones contra los empresarios por obligaciones pendientes antes de la transmisión se tienen que computar desde la fecha de la recepción de la información del empresario), o, también, para fijar la verdadera identidad del cesionario⁹⁰, sin que, en ningún caso, su incumplimiento pueda beneficiar al empresario cedente y cesionario que han incumplido su obligación de notificar. En esta dirección, la STSJ de Madrid de 1 de julio de 2005, tras exponer un supuesto en que ninguna de las empresas implicadas cumplió con las obligaciones informativas impuestas por el artículo 44.8 del ET, establece de forma expresa que este ocultamiento no puede perjudicar al trabajador⁹¹.

En cualquier caso, consideramos que se trata de efectos menores o de segundo orden que resultan claramente insuficientes para garantizar de modo efectivo los derechos de información y consul-

⁸⁷ ESTEVE SEGARRA, M.A.: *Grupo de sociedades...* cit. pág. 227, con cita de LYON-CAEN se manifiesta crítica con esta separación.

⁸⁸ DESDENTADO BONETE, A.: «La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002, pág. 261. En todo caso el autor, con cita de la STS de 27 de octubre de 1994 (Ar. 8531), considera que en este caso la eventual anulación de la sucesión sería una consecuencia de la impugnación del correspondiente acuerdo social ante el orden civil, sobre la que el orden social sólo podría decidir perjudicialmente si el acuerdo no hubiera adquirido firmeza.

⁸⁹ Esta posibilidad ya había sido defendida por GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad en la empresa en el Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, pág. 209 y GIL GIL, J.L.: «Aspectos laborales de la fusión y escisión de sociedades», *Documentación Laboral*, núm. 31, 1990, pág. 87, en relación con el incumplimiento del deber de notificación.

⁹⁰ En relación con el anterior deber de notificación, *vid.* STS de 25 de abril de 1988 (Ar.3021), y STSJ de Aragón de 6 de mayo de 1992 (AS 2509), etcétera.

⁹¹ AS 1819. *Vid.* también, en relación con la redacción anterior del artículo 44 del ET, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de enero de 2000 (Ar. 1111), y la STSJ de Madrid de 1 de julio de 2005 (AS 1819).

ta de los trabajadores en las transmisiones empresariales, puesto que en ningún caso afectan a la validez y eficacia de la decisión empresarial de transmitir la empresa o una parte de la misma que pese a los posibles incumplimientos igualmente prosperará ⁹².

En consecuencia, los efectos previstos ante el incumplimiento de las obligaciones de información y consulta difícilmente tendrán el carácter efectivo, proporcionado y, especialmente, disuasorio exigido por la jurisprudencia comunitaria. En este punto, debe recordarse que la STJCE de 8 de junio de 1994 no consideró como suficientemente disuasorias las sanciones establecidas en el derecho inglés para el caso de que el cedente o el cesionario incumplieran sus obligaciones de información y consulta, que consistían precisamente en la obligación del empresario de indemnizar por los daños y perjuicios causados a sus trabajadores ⁹³. Si bien, el propio hecho de que la resolución condenara a Gran Bretaña por no establecer sanciones eficaces ante el incumplimiento de las obligaciones de información y consulta permite presuponer la validez tanto de la sucesión de empresas como de los efectos que de la misma se derivan ⁹⁴.

En esta dirección, hubieran resultado ciertamente interesantes las previsiones contenidas en las sucesivas propuestas previas de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (en adelante, Directiva 2002/14/CE) ⁹⁵, que la versión definitiva no se atrevió a recoger, según las cuales las decisiones empresariales que se hubieran adoptado infringiendo las obligaciones de información y consulta previa no producirían efectos jurídicos ⁹⁶. Esta medida sí hubiera significado un verdadero revulsivo a la hora de provocar

⁹² En esta dirección se pronuncia VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresa...* cit. pág. 92, que tras considerar que los deberes de información y consulta «no quedan configurados como un mero control externo sino como un verdadero trámite interno, inserto en el procedimiento de la toma de decisión por parte del empresario "de la medida" que hubiere proyectado implantar», afirma que «la transposición de esta garantía en los derechos nacionales habrá de ser congruente, por tanto, con esta configuración, señaladamente al establecer el cuadro de sanciones y responsabilidades para los supuestos de omisión o incumplimiento». *Vid.*, también, MOLINA NAVARRETE, C.: «El "último" capítulo...» cit. pág. 154; DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, M.: «El nuevo marco legal...» cit. pág. 30.

⁹³ En concreto, la resolución limitaba dicha indemnización a cuatro semanas de salarios, deducibles, en su caso, de las que correspondieran por despido por causas económicas.

⁹⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos...» cit. pág. 21, pone de manifiesto al respecto que «lo que se pide es que haya una reacción jurídica similar a las que surgen en casos similares en cada ordenamiento; en el ordenamiento español las cosas están claras: la validez de una decisión sólo queda afectada por el incumplimiento de garantías instrumentales cuando así se establece específicamente, mientras que la consecuencia ordinaria para la vulneración de derechos apunta hacia la imposición de una sanción administrativa y/o, en su caso, una eventual indemnización por violación de derechos fundamentales (libertad sindical, en su caso)».

⁹⁵ DOCE L 80, de 23 de marzo de 2002. Téngase en cuenta, sin embargo, que el artículo 9 de dicha norma prevé que «la presente directiva no afectará a los procedimientos específicos de información y de consulta contemplados en (...) el artículo 7 de la Directiva 2001/23/CE».

⁹⁶ No se trata de hacer que la decisión fuera nula en sí misma, sino únicamente de impedir que pueda tener efectos en los contratos de trabajo de los trabajadores hasta que el empleador no cumpla con sus obligaciones o, si ello ya no fuera posible, en tanto en cuanto se hubiera producido una reparación adecuada. *Vid.* GARRIDO PÉREZ, E.: «Las modalidades de implicación de los trabajadores en la sociedad europea», *Revista de Derecho Social*, núm. 17, 2002, pág. 125.

un cumplimiento más estricto y con mayores garantías de los diversos procedimientos de información y consulta de forma anticipada y un ejemplo a seguir y a imitar por otras normas, entre ellas las reguladoras de la sucesión de empresa ⁹⁷.

La circunstancia de que el incumplimiento de los deberes de información y consulta por parte del empresario no incida sobre la propia eficacia de la decisión empresarial de transmitir la titularidad de la empresa no impide, sin embargo, que dicho incumplimiento pueda afectar a la eficacia de las medidas que la sucesión de empresas comporta o, en cualquier caso, puede comportar. En otros términos, ante el incumplimiento de las obligaciones de información y consulta previstas en el artículo 44 del ET, no estará en juego la validez de la sucesión, pero sí podrán estarlo las medidas adoptadas como consecuencia de la misma ⁹⁸.

En esta dirección, cabe mantener la posibilidad que los representantes de los trabajadores se opongan válidamente al inicio del período de consultas en tanto que no se les facilite la información sobre la transmisión en los términos y condiciones referidos en el artículo 44.6, 7 y 8 del ET, de manera que, de adoptarse las medidas laborales sin la preceptiva consulta, procederá la aplicación del régimen general previsto en la legislación laboral para cada uno de los casos ⁹⁹.

Asimismo, ya sea porque los representantes de los trabajadores se hayan opuesto al inicio del período de consultas por no haberse satisfecho de forma adecuada sus derechos de información contemplados en el artículo 44 del ET, o bien, porque el empresario haya adoptado determinadas medidas laborales sin cumplir con el deber de consultas impuesto por el citado precepto, esta omisión de las consultas afectará sin lugar a dudas a la validez de las medidas adoptadas. En este punto, sin embargo, debemos distinguir según cuales sean las medidas que se hayan adoptado.

En primer lugar, si el empresario pretende llevar a cabo traslados colectivos o modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el propio artículo 44.9 del ET prevé que el procedimiento del período de consultas deberá ajustarse a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 del ET y, por tanto, serán de aplicación las reglas contenidas en los artículos 40.1 *in fine* y 41.3 *in fine* del ET, según las cuales, si se intenta eludir el trámite de consultas de un traslado colectivo o de una modificación colectiva por la vía de la parcelación numérica, los nuevos traslados y las nuevas modificaciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto ¹⁰⁰.

En segundo lugar, pese a que, como ya se ha puesto de manifiesto, el artículo 44.9 del ET no contiene una previsión semejante en relación con los despidos colectivos y las suspensiones colecti-

⁹⁷ GARRIDO PÉREZ, E.: «Las modalidades de implicación...» cit. pág. 126. La autora pone de manifiesto como esta previsión desapareció del texto definitivo «debido a las presiones sobre los Estados miembros de sectores empresariales contrarios a cualquier actuación que, como la prevista, imposibilite la adopción de decisiones de reestructuración y adaptación dentro de los márgenes necesarios de autonomía y en algunos casos de celeridad».

⁹⁸ DESDENTADO BONETE, A.: «La sucesión de empresa...», cit. pág. 261.

⁹⁹ *Vid.* MARTÍNEZ FONS, D.: «El régimen jurídico de los derechos de información...» cit. pág. 70-71.

¹⁰⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos...» cit. pág. 22.

vas, una interpretación de conjunto aconseja que se sigan las consultas en los términos previstos en los artículos 51 y 47 del ET, que también prevén la nulidad para aquellos supuestos en que se pretendan eludir los trámites de información y consulta (v. gr. art. 51.1 *in fine* del ET) ¹⁰¹.

Finalmente, resulta mucho más complejo determinar los efectos que el incumplimiento empresarial de sus deberes de información y consulta puede tener en relación a otras medidas adoptadas por el empresario, puesto que ni el artículo 44 del ET, ni otras normas del ordenamiento jurídico prevén tal contingencia ¹⁰². Pese a lo cual, algún autor mantiene que no puede descartarse una aplicación analógica de lo previsto respecto a los despidos y traslados colectivos, de modo que si se toman estas decisiones de modo totalmente unilateral, los tribunales aprecien la nulidad de la medida por razones formales ¹⁰³.

4.3. La ausencia de mecanismos de participación de los trabajadores en los procesos de toma de control de empresas.

La segunda y más importante de las deficiencias del artículo 44 del ET a la hora de garantizar la participación de los trabajadores en los procesos de circulación empresarial que acompañan a la formación de un grupo de empresas es, sin lugar a dudas, la propia falta de aplicación de la normativa reguladora de la sucesión de empresas a todas las vías de gestación de un grupo de empresas y, especialmente, a una de las más importantes, como es la consistente en la toma de control de una empresa por otra mediante la participación financiera en la misma. No en vano, de acuerdo con la postura mantenida de forma reiterada por la jurisprudencia, y en defecto de una modificación legislativa que incluya taxativamente los cambios de control empresarial derivados de la adquisición de acciones y participaciones sociales entre los mecanismos de cambio de titularidad de empresa, parece más que complicado que se acabe imponiendo una interpretación jurisprudencial que admita la adquisición de acciones y participaciones, que comporten la toma de control de la empresa participada, como mecanismos desencadenantes de una sucesión de empresa y, por tanto, que resulten aplicables a estos supuestos los derechos y deberes de información y consulta previstos por el artículo 44 del ET ¹⁰⁴.

La propia necesidad de la participación de los trabajadores en las tomas de control de empresas, sin embargo, podría ponerse en entredicho si se tiene en cuenta que con posterioridad a las mismas no

¹⁰¹ *Vid.* en relación con las suspensiones colectivas, artículo 47 del ET y Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

¹⁰² SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos...» cit. pág. 23, considera que ello se debe «al modo en que la Ley 12/2001 ha introducido la obligación (sin antecedente en el RDL 5/2001) y la falta de una paralela modificación de la LPL».

¹⁰³ SEMPERE NAVARRO, A.V.: «Sobre los aspectos colectivos...» cit. pág. 23, considera que «ello es lógico al existir un específico camino marcado por el nuevo precepto legal: consultas y negociación de buena fe; si se hace así, aunque no se llegue a un acuerdo, el riesgo de que las medidas se consideren nulas (o improcedentes) es prácticamente inexistente».

¹⁰⁴ Sobre el tratamiento que reciben las tomas de control de empresas desde la perspectiva de la normativa reguladora de la sucesión de empresas *vid.* MORENO GENÉ, J.: *Aspectos jurídico-laborales...* cit. págs. 107-124 y MORENO GENÉ, J.: *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 40-45. Una crítica de este tratamiento en MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El modelo de regulación jurídico-laboral...* cit. págs. 72 y ss.

se produce una sustitución del titular de la organización empresarial, que sigue siendo el mismo, por lo que no se cuestionan *a priori* ni la conservación de las relaciones laborales existentes, ni el mantenimiento por parte de los trabajadores del mismo estatuto laboral que tenían con anterioridad, ni tan siquiera la propia subsistencia de las instituciones representativas de los trabajadores, que constituyen las motivaciones fundamentales perseguidas por la normativa sucesoria, lo que haría innecesaria o, en cualquier caso, inocua la aplicación de la normativa sucesoria a las tomas de control de empresas ¹⁰⁵.

Sin embargo, la adquisición de acciones o participaciones de unas empresas por otras y la consecuente formación del grupo de empresas, va a requerir normalmente reajustes internos, que pueden justificar alteraciones del volumen de empleo (una redistribución de los trabajadores e incluso una reducción de personal, congelación de nuevas contrataciones, incentivo de jubilaciones anticipadas o de bajas voluntarias), de las expectativas de promoción, de las condiciones de trabajo, de las relaciones colectivas, etcétera ¹⁰⁶. En otros términos, es más que razonable pensar que en estos supuestos puedan quedar afectadas la estabilidad en el empleo y los derechos económicos de los trabajadores, así como también la propia subsistencia de la empresa, prácticamente del mismo modo que en los cambios de titularidad previstos en el artículo 44 del ET ¹⁰⁷.

Ante estos posibles efectos derivados de las tomas de control de empresas, resulta igualmente interesante y necesaria la extensión a estos supuestos de las garantías informativas y de consulta previstas en la normativa reguladora de la transmisión de empresas ¹⁰⁸. En esta dirección, se ha considerado que en el marco de una regulación general de los grupos de empresas deberían contemplarse medidas tendentes a asegurar los derechos de los trabajadores en los cambios operados en relación con la persona jurídica titular de la empresa, debiéndose prever las necesarias garantías procedimentales, identificadas con la información, consulta y negociación ¹⁰⁹. Pese a ello, al margen de las escasas ocasiones en que, por la concurrencia de otros elementos, se considera que las tomas de control de empresas constituyen auténticos supuestos de sucesión empresarial, el ordenamiento laboral no contempla mecanismos apropiados para garantizar la participación de los trabajadores que se encuentran afectados por estos procesos de reorganización empresarial.

Este desinterés de la normativa laboral por garantizar los derechos informativos y de consulta de los trabajadores afectados por una toma de control de empresas contrasta con el mayor interés que

¹⁰⁵ En este sentido GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad de empresa...* cit. pág. 140, nos indica que «(...) en lo que se refiere a la propia finalidad del artículo 44 del ET, lo que en él se dispone carecería de relevancia práctica con relación a estos fenómenos, sin que cupiera plantearse siquiera la "no-extinción" de la relación laboral o la "subrogación" de un nuevo empresario en lugar de otro. Si lo que pretende la normativa subrogatoria es lograr la "insensibilidad" o la "inalterabilidad" de las relaciones laborales existentes en una empresa cuando ésta cambia de titular, resulta claro que ningún medio hay para conseguir más contundentemente tal efecto que la no-alteración de esa titularidad. Optar por entender que ésta no cambia es la mejor solución para la tutela de los trabajadores en estos supuestos. En tal caso no es que el trabajador pase a obtener un tratamiento igual que con el anterior empresario, sino que de hecho permanece vinculado a él (...)».

¹⁰⁶ Sobre estos efectos ligados habitualmente a los procesos de formación de grupos de empresas *vid.* CAMPS RUIZ, L.M.: *La problemática jurídico-laboral...* cit. págs. 100-101.

¹⁰⁷ BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo...* cit. pág. 238.

¹⁰⁸ MARTÍNEZ FONS, D.: «El régimen jurídico de los derechos de información...» cit.

¹⁰⁹ Véase nota 107.

el derecho societario ha manifestado por dispensar tales derechos a aquellos colectivos que, como los trabajadores, se ven especialmente afectados por estas operaciones mercantiles, a saber: los accionistas minoritarios y los acreedores ¹¹⁰. En esta dirección, tanto la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante, Ley 24/1988), como el Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, por el que se regula el régimen jurídico de las ofertas públicas de adquisición (en adelante RD 1197/1991), tratan de organizar una tutela preventiva de los intereses de ciertos sujetos, por ejemplo, imponiendo determinadas obligaciones informativas y garantías de responsabilidad patrimonial al adquirente ¹¹¹. En este punto, sin embargo, debe ponerse de manifiesto que con carácter general los derechos informativos de los representantes de los trabajadores previstos en la normativa mercantil no reciben idéntico tratamiento que los accionistas, cuyo interés informativo recibe una tutela reforzada ¹¹².

Una de las últimas manifestaciones del interés que el derecho societario ha manifestado por garantizar la participación de los trabajadores en las operaciones destinadas a la toma de control de sociedades la encontramos en el derecho societario europeo. A tal efecto, la Directiva 2004/25/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril, relativa a las ofertas públicas de adquisición (en adelante, Directiva 2004/25/CE), contempla dentro de la protección de los afectados por estos procedimientos el deber de información a los trabajadores –ya sea a través de sus representantes o, en su defecto, directamente a los propios trabajadores– sobre las condiciones y efectos de la oferta de adquisición (considerando 13). Y, asimismo, se prevé la conveniencia de que los trabajadores de las sociedades afectadas o sus representantes puedan pronunciarse sobre las posibles repercusiones de la oferta de adquisición en el empleo (considerando 23).

En primer lugar, la directiva contempla la obligación de informar debidamente a los trabajadores sobre las condiciones de la oferta, debiéndose adoptar, además, las medidas necesarias para que los representantes de los trabajadores de la sociedad afectada y del oferente o, en su defecto, los propios trabajadores puedan acceder rápida y fácilmente a la información y documentación necesaria (art. 8.2); a tal efecto, entre estas informaciones deberá informarse sobre «las intenciones del oferente en cuanto a las perspectivas futuras de las actividades de la sociedad afectada y, en la medida en que se vea afectada por la oferta, de la sociedad oferente, así como al mantenimiento de los puestos de trabajo de su personal y directivos, incluido cualquier cambio importante en las condiciones de trabajo. Esto se refiere, en particular, a los planes estratégicos del oferente en relación con las sociedades y sus posibles repercusiones en el empleo y la localización de los centros de actividad» [art. 6.3 i)].

En segundo lugar, el órgano de administración o dirección de la sociedad afectada deberá redactar y hacer público un documento que recoja su dictamen motivado sobre la oferta y, en particular, cuáles son «sus repercusiones sobre el conjunto de intereses de la sociedad, incluido el empleo, y los planes estratégicos del oferente enumerados en el folleto de oferta con arreglo a la letra i) del apartado 3 del artículo 6 sobre la sociedad afectada y sus repercusiones probables en el empleo y la localización de los centros de actividad». Este dictamen deberá ser comunicado por el órgano de administración o dirección

¹¹⁰ Vid. EMBID IRUJO, J.M.: *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios: la tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.

¹¹¹ BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo...* cit. pág. 237, llama la atención sobre la similitud de estas garantías de responsabilidad patrimonial y las medidas previstas en el artículo 44 del ET.

¹¹² Vid. en relación con los derechos de información en la fusión y escisión de sociedades MARTÍNEZ FONS, D.: «El régimen jurídico de los derechos de información...» cit. pág. 58.

de la sociedad afectada a los representantes de los trabajadores o, en su defecto, directamente a los trabajadores, los cuales deberán elaborar otro dictamen sobre las mismas cuestiones. Cuando la administración o dirección de la sociedad afectada reciba oportunamente un dictamen distinto de los representantes del personal en cuanto a las repercusiones sobre el empleo, el mismo deberá ser adjuntado al documento elaborado por el órgano de administración o dirección de la sociedad afectada (art. 9.5).

Como acertadamente se ha puesto de manifiesto, la carga de informar a los trabajadores que contempla la Directiva 2004/25/CE se presenta, tanto en la forma como en el contenido, con menor intensidad que los derechos de información y consulta previstos con carácter general para los supuestos de reorganización empresarial y, en particular, para los supuestos de transmisiones de empresas. Consciente de ello, la Directiva pone de manifiesto que la información y consulta de los representantes de los trabajadores de la sociedad oferente y de la sociedad afectada debe regularse por las disposiciones nacionales pertinentes, en particular, las adoptadas en aplicación de la Directiva 94/45/CE del Consejo, de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de la Directiva 2001/86/CE del Consejo y de la Directiva 2002/14 del Parlamento Europeo y del Consejo (considerando 23). A lo cual debe añadirse la previsión genérica que contiene la directiva de que «sin perjuicio de las disposiciones de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado), los Estados miembros puedan aplicar o introducir en todo momento disposiciones nacionales en materia de información y consulta de los representantes de los trabajadores de la sociedad oferente antes de la presentación de la oferta (considerando 23)».

Pese a la limitada intensidad de la participación de los trabajadores prevista por la Directiva 2004/25/CE, su principal virtualidad reside en que sin ningún género de dudas se reconocen los efectos que sobre las condiciones de trabajo y el nivel de empleo se pueden derivar de la toma de control de una sociedad, lo cual justifica que en estos supuestos deba facilitarse la información adecuada a los representantes de los trabajadores o, en su defecto, a los propios trabajadores ¹¹³.

La transposición de esta directiva al ordenamiento jurídico interno necesariamente permitirá abrir el debate sobre el alcance que cabe atribuir a los derechos de participación de los trabajadores afectados por estas operaciones societarias ¹¹⁴. No en vano, el actual artículo 20 del Real Decreto 1197/1991 se limita a prever que el órgano de administración de la sociedad afectada deberá redactar un informe detallado sobre la oferta pública de adquisición, el cual deberá ser remitido a la representación de los trabajadores de la sociedad afectada ¹¹⁵. Esta previsión no parece suficiente para garantizar ni el derecho de información de los trabajadores, puesto que el contenido del informe no tiene alcance laboral, ni mucho menos, su derecho de consulta, puesto que ni tan sólo se contempla la posibilidad de los representantes de los trabajadores de emitir un informe sobre los efectos laborales

¹¹³ MARTÍNEZ FONS, D.: «El régimen jurídico de los derechos de información...» cit. pág. 27.

¹¹⁴ En este sentido, el artículo 21 de esta directiva establece que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente directiva a más tardar el 20 de mayo de 2006.

¹¹⁵ Dicho informe deberá contener las observaciones del órgano de administración de la sociedad afectada a favor o en contra de la oferta pública, si existe algún acuerdo entre la sociedad afectada y el oferente, o entre éste y los miembros del órgano de administración de aquélla, así como la opinión de éstos respecto de la oferta, y la intención de aceptar la oferta por aquellas que sean titulares de valores afectados.

que puedan derivarse de la oferta pública de adquisición. Debe recordarse, sin embargo, que quien pretenda realizar una oferta pública de adquisición en el momento de solicitar la autorización deberá acompañar un folleto explicativo de la oferta cuyo contenido permitirá satisfacer en cierto grado las necesidades informativas generales y, en concreto, las necesidades informativas de los trabajadores, ya que en el citado folleto debe contenerse, entre otros elementos, la identificación de la sociedad afectada y de la sociedad adquirente, la existencia o no de una estructura de grupo, la finalidad perseguida con la adquisición –con mención expresa a las intenciones del oferente sobre la actividad futura de la sociedad afectada–, etcétera (art. 15 del RD 1197/1991) ¹¹⁶.

Por tanto, los únicos instrumentos participativos que se reconocen a los representantes de los trabajadores en estos supuestos por el actual artículo 20 del Real Decreto 1197/1991 son, en el mejor de los casos, derechos meramente informativos, sin ni tan sólo contemplarse el debilitado derecho de consulta –restringido a la mera elaboración de un dictamen– previsto en la Directiva 2004/25/CE. No parece, en definitiva, que estos derechos de información permitan a los trabajadores intervenir en la adopción de la decisión empresarial de tomar el control de una empresa.

Frente al tratamiento actual de las tomas de control de empresas y pese a que las mismas no pueden identificarse en sentido estricto con una transmisión empresarial, los similares efectos que ambas plantean en las relaciones de trabajo permiten apostar por la conveniencia de una extensión del deber de información y consulta a los representantes de los trabajadores en todos los supuestos en que se produce una toma de control de una empresa por otra, de manera que los trabajadores sean informados, como mínimo, de la toma de control de su empresa por otra, de los motivos de la misma, así como de sus consecuencias jurídicas, económicas y sociales y las medidas previstas respecto de los trabajadores, estableciéndose paralelamente una obligación de consultas con vistas a la adopción de un acuerdo respecto de todas las medidas laborales que se adopten a propósito de la toma de control de la empresa ¹¹⁷.

En este punto cabe recordar la importancia de que los representantes de los trabajadores sean informados de la propia existencia o formación del grupo de empresas, puesta de manifiesto por la STJCE de 29 de marzo de 2001 (asunto Bofrost), que, como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, en relación con la Directiva 94/45/CE y a propósito de la información en el marco de la constitución del comité de empresa europeo, señaló la obligación de facilitar la información necesaria para determinar si, eventualmente, existen las condiciones legalmente exigidas para iniciar el procedimiento negociador en vistas a la consecución del comité de empresa europeo. En consecuencia, parece necesario que los representantes de los trabajadores sean informados de las tomas o de las cesiones de control de una empresa por otra, especialmente, en aquellos supuestos en que las mismas dan lugar a la formación de un grupo de empresas o a la integración de la empresa controlada en un grupo de empresas pre-

¹¹⁶ Dentro de la amplitud de esta previsión nada impide que se introduzcan informaciones relativas a los efectos de la OPA sobre los trabajadores. Así, por ejemplo, en el folleto explicativo de la OPA de MEP Rentail España SLU sobre Cortefiel SA se constata la estrategia de progresivo abandono de la producción propia en España como consecuencia del paulatino incremento de la subcontratación de producción en todo el sector. En cualquier caso, se pone de manifiesto que MEP Rentail España SLU no tiene previstos cambios significativos respecto de las restantes políticas seguidas por Cortefiel respecto a su personal.

¹¹⁷ BAZ RODRIGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo...* cit. 238 y MARTÍNEZ FONS, D.: «El régimen jurídico de los derechos de información...», cit. págs. 27-28. Este último autor defiende la aplicación análoga de la obligación de las consultas «con vistas a la adopción de un acuerdo» en todas las medidas laborales que se adopten a propósito de la toma de control de una sociedad, a pesar del mantenimiento formal del sujeto empresarial.

existente, pudiéndose identificar de este modo una especie de deber de informar sobre la existencia de una relación de grupo, que a su vez sería una garantía instrumental para el ejercicio de determinados derechos de los trabajadores que se vinculan a la existencia o no de un grupo de empresas.

Por si fuera poco, debe tenerse en cuenta, además, que las tomas de control de empresas, con la consiguiente integración de las mismas en un grupo de empresas, suelen venir acompañadas a corto plazo de medidas que inciden directamente en el nivel de empleo y en las condiciones de trabajo de los trabajadores que prestan sus servicios en la empresa afectada, de tal modo que indirectamente estas operaciones quedarían bajo el radio de acción de la Directiva 2002/14/CE que institucionaliza la consulta como mecanismo inescindible de todos los procesos de reestructuración y reorganización de la empresa que inciden directamente sobre el empleo, tanto de manera inmediata como a medio plazo ¹¹⁸.

Una solución contraria, que no permita ampliar las garantías de participación previstas en el artículo 44 del ET a los procesos de tomas de control de empresas, pone en evidencia la falta de adecuación de dicho precepto a las nuevas exigencias de la realidad económica, al no tomar en consideración los nuevos derroteros por los que transcurren los cambios en la titularidad de la empresa ¹¹⁹, los cuales plantean nuevas cuestiones para las que la normativa sucesoria no contempla respuesta alguna, planteándose en consecuencia, pese a la reforma introducida por la Ley 12/2001, una verdadera «crisis institucional de la normativa sucesoria» ¹²⁰, especialmente preocupante en un momento en que se experimenta un considerable incremento de la actividad sucesoria empresarial ¹²¹.

En este contexto, se ha mantenido de *lege ferenda* que debería promulgarse una normativa laboral específica sobre los cambios de control en el marco del tratamiento de los grupos de empresa, a través de la cual debería especificarse en qué condiciones resulta jurídicamente relevante este cambio de control y qué se entiende por tal, «pues este tipo de procesos de toma/cesión de control accionarial generan igualmente cambios o transferencias de alcance "empresarial"» ¹²². A tal efecto, se considera que aunque estas operaciones no son estrictamente equiparables a las modificaciones de la titularidad jurídica de la empresa propiamente dichas, sí constituyen técnicas de reordenación de las relaciones de poder propias de toda organización económica que pueden incidir, valoradas en un marco organizativo y de gestión más complejo, de forma negativa (*v. gr.* riesgos ciertos más allá

¹¹⁸ Artículo 4.2 b) de la Directiva 2002/14/CE.

¹¹⁹ VALDÉS DAL-RE, F.: *La transmisión de empresas...* cit. pág. 50, pone de manifiesto que los complejos fenómenos que presenta el actual tráfico jurídico en que confluyen las tendencias hacia la centralización (grupos de empresas) con tendencias de signo opuesto (descentralización o desagregación productiva), ponen de manifiesto determinados problemas con trascendencia práctica en relación con la transmisión de empresas.

¹²⁰ Esta crisis ya se anunciaba en relación con la anterior redacción del artículo 44 del ET por MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1988, pág. 489.

¹²¹ DEL REY GUANTER, S.: «El nuevo régimen laboral...» cit. pág. 331, manifiesta al respecto que la actividad sucesoria empresarial, lejos de reducirse, ha experimentado un notable incremento en los últimos años, siendo además todas las previsiones a favor de una continuidad de dicho incremento.

¹²² MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El modelo de regulación...* cit. pág. 74. Estos autores mantienen que la hipotética reforma del artículo 44 del ET debería establecer que se considerará igualmente existente un cambio de titularidad relevante de la empresa, aunque no se produzca formalmente un cambio del empresario, cuando se produzca la transmisión de un paquete accionarial que permita el ejercicio efectivo de una influencia dominante sobre la gestión de la empresa o de un complejo económico-organizativo unitario. Para estos supuestos se propone extender las obligaciones del cedente y del cesionario en materia de información.

de la pura continuidad de la relación) en el desenvolvimiento o desarrollo de la prestación de servicios laborales (v. gr: pérdida de solvencia, cambio de estilo de dirección o cultura de empresa, variación relevante de las expectativas de mercado de la empresa con los nuevos propietarios, etcétera).

Entre las garantías que debería integrar esta normativa específica deberían incluirse necesariamente las garantías procedimentales de dimensión colectiva –información, consulta y negociación–, con función de técnica de control preventivo (transparencia de toda situación potencial de grupo) ¹²³. Es decir, deberían extenderse a estos supuestos las garantías de tutela colectiva previstas para la sucesión de empresa en los apartados 6 y siguientes del artículo 44 del ET, esto es, los deberes de información a los representantes de los trabajadores, con la suficiente antelación, sobre la fecha, el motivo y las consecuencias jurídicas, económicas y sociales del cambio de titularidad accionarial, así como sobre las medidas que se prevé adoptar respecto de los trabajadores. En relación con la adopción de estas medidas que se prevé adoptar debería ser preceptiva, además, la celebración previa de un período de consultas encaminado a la consecución de un acuerdo en la materia (art. 44.9 ET) ¹²⁴.

Sin embargo, en tanto que no se produzca una intervención expresa del legislador en esta materia y ante la trascendencia que las tomas de control de empresas pueden tener hacia el futuro, al suponer normalmente la formación de un grupo de empresas o la entrada de la empresa en uno ya preexistente, también puede resultar de utilidad que en estos supuestos se generalicen los pactos o acuerdos de «transmisión» *ad hoc* a través de los cuales la dirección de las empresas implicadas y los representantes de los trabajadores afectados establezcan, prevean y regulen las consecuencias jurídicas, económicas y sociales derivadas de tales operaciones.

A tal efecto sería conveniente que estos acuerdos y pactos, que como ya se ha puesto de manifiesto tienen lugar con total normalidad en los procesos de filialización empresarial, se establezcan también en relación con los restantes mecanismos de formación de un grupo de empresas, especialmente, las tomas de control de empresas. En este punto, podrían resultar extrapolables a las tomas de control de empresas algunos de los mecanismos y/o efectos tutelares preventivos relativos a los trabajadores ya previstos en numerosas ocasiones para los procesos de filialización que, sin lugar a dudas, permitirían satisfacer el doble interés en conflicto en los procesos de toma de control empresarial, a saber, la tutela de los trabajadores afectados por los mismos y la pacífica y eficiente puesta en marcha del proceso de reordenación y/o reorganización empresarial. No en vano, aunque en los supuestos de tomas de control de empresas la participación de los trabajadores no viene impuesta normativamente, de modo que la dirección de la empresa que pretende tomar el control de otra empresa puede efectuar estas operaciones societarias unilateralmente y sin necesidad de contar con los trabajadores de la empresa o empresas afectadas, el éxito final de estas operaciones puede depender, en última instancia, del consenso alcanzado con la representación sindical de la empresa que vaya a ser controlada ¹²⁵. Una vez más, por tanto, la participación de los trabajadores en estos procesos debe ser concebida desde la idea de la colaboración.

¹²³ MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El modelo de regulación...* cit. pág. 74.

¹²⁴ BAZ RODRÍGUEZ, J.: *Las relaciones de trabajo...* cit. pág. 239.

¹²⁵ *Vid.* este planteamiento, en relación con la reorganización societaria del grupo ENDESA en MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, M.A.: «La experiencia negociadora del Grupo ENDESA...» cit. pág. 140 y 145. Tras analizarse por la dirección en su integridad el proyecto de reordenación, tanto en sus fases, espacio temporal, complejidad y volumen, se llegó a la decisión de que si bien era posible efectuarlo unilateralmente aplicando la legislación social, resultaba mucho más exitoso y aportaba mayor valor en el ámbito externo e interno si se consensuaba con la representación social.

Entre estas medidas destacaría el establecimiento de una instancia colectiva o una comisión negociadora de carácter permanente para la previsión y resolución de los conflictos que se pudieran derivar del proceso de toma de control de la empresa y que permitieran garantizar, cuando menos, los derechos de información/consulta de los trabajadores afectados por estos procesos. En este sentido, debería articularse alguna instancia o comisión negociadora compuesta por la dirección de la empresa –empresa matriz– que pretende tomar el control de otra empresa –empresa filial– y los representantes de los trabajadores de esta última, en la que, además, sería conveniente que también participaran la dirección de la empresa que vaya a ser controlada –empresa filial– y los representantes de los trabajadores de la empresa que pretenda obtener el control –empresa matriz–. A esta instancia colectiva o comisión negociadora debería corresponderle el seguimiento de todo el proceso de toma de control de la empresa hasta que la misma sea plenamente efectiva, así como también del período de tiempo inmediatamente posterior a que la misma haya tenido lugar, para identificar los problemas derivados directamente de la toma de control de la empresa y poder proponer las soluciones adecuadas a los mismos. Transcurrido este período inicial, es de suponer que dicha instancia colectiva sería sustituida por una instancia colectiva propia del grupo de empresas resultante de la toma de control empresarial.

En el seno de esta instancia colectiva o comisión negociadora los representantes de los trabajadores de la empresa filial deberían tener garantizados, como mínimo, los siguientes derechos. En primer lugar, el derecho a ser informados debidamente sobre las condiciones de la toma de control de la empresa, permitiéndoles acceder rápida y fácilmente a la información y documentación necesaria. A tal efecto, además de ser informados sobre la fecha y los motivos de la toma de control de la empresa, los citados representantes de los trabajadores deberían ser informados sobre las intenciones de la empresa que toma el control respecto a las perspectivas futuras de las actividades de la empresa afectada –mantenimiento o no de la actividad, compromisos de inversión, relaciones comerciales entre la empresa matriz y la empresa filial, deslocalizaciones, etcétera–, así como también sobre el mantenimiento de los puestos de trabajo de su personal y directivos, incluido cualquier cambio importante en las condiciones de trabajo (consecuencias jurídicas, económicas y sociales de la toma de control de la empresa). En segundo lugar, también debería garantizarse a los representantes de los trabajadores la posibilidad de expresar su opinión –a través de la elaboración de un informe o dictamen– sobre las repercusiones que a su parecer puede tener la toma de control sobre el conjunto de intereses de la empresa controlada, especialmente en lo relativo al empleo. Y, finalmente, en caso de materializarse determinadas medidas laborales como consecuencia de la toma de control, también debería garantizarse la celebración de un período de consultas encaminado a la consecución de un acuerdo en la materia que minimizara el alcance de las medidas a adoptar (v. gr. recolocaciones en el seno del grupo de empresas).

En definitiva, a través de esta vía se podrían extender a los procesos de toma de control de empresas garantías de participación de los trabajadores similares a las previstas para aquellas operaciones que sí son calificadas de forma expresa como verdaderas transmisiones empresariales y que, por tanto, quedan sujetas a lo dispuesto en materia de información y consulta de los trabajadores en los apartados 6 a 10 del artículo 44 del ET.

Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto en relación al deber de información recogido en el artículo 44 del ET, el cumplimiento de este deber puede chocar con el necesario sigilo con

que deben llevarse a cabo estas operaciones empresariales, de modo que resultan evidentes los efectos negativos que determinadas filtraciones informativas pueden tener sobre las operaciones que se están desarrollando. Sin embargo, consideramos que debe encontrarse el equilibrio entre el interés empresarial en procurar que estas operaciones empresariales se lleven a cabo con la mayor discreción posible y la necesidad de que los trabajadores sean informados y, en su caso, consultados, sobre su desarrollo, no en vano, éstos van a ser los principales afectados, sino perjudicados, por las mismas.

El establecimiento de esta instancia colectiva o comisión negociadora, dirigida a prever y regular los posibles efectos jurídico-laborales que se derivan de la creación de un grupo de empresas, no resulta totalmente extraña al ordenamiento jurídico comunitario, no en vano, la Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre, del Consejo, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (en adelante, Directiva 2001/86/CE), ya prevé una posibilidad similar ¹²⁶. En este sentido, el artículo 3 de esta norma prevé que «cuando los órganos de dirección o de administración de las sociedades participantes establezcan el proyecto de constitución de una Sociedad Europea, iniciarán lo antes posible, una vez publicado el proyecto de fusión o de constitución de una sociedad *holding*, o después de adoptarse el proyecto de crear una filial o de transformarse en una Sociedad Europea, las gestiones necesarias, incluida la comunicación de las informaciones relativas a la identidad de las sociedades participantes, filiales o establecimientos afectados, así como el número de sus trabajadores, para entablar negociaciones con los representantes de los trabajadores de las sociedades sobre las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea».

Con esta finalidad, se prevé la constitución de «una comisión negociadora representativa de los trabajadores de las sociedades participantes y sus filiales o establecimientos interesados», a la que corresponderá, junto a los órganos competentes de las sociedades participantes, fijar, mediante acuerdo escrito, las disposiciones relativas a la implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea. De forma instrumental, además, el órgano competente de las sociedades participantes deberá informar a la comisión negociadora del proyecto y del desarrollo del proceso real de constitución de la SE, hasta la inscripción de la misma ¹²⁷.

Pese al alcance subjetivo y material limitado de la Directiva 2001/86/CE, la misma tiene una doble virtualidad: en primer lugar, la misma no se dirige a empresas o grupos de empresas previamente existentes, sino que contempla la Sociedad Europea desde una vertiente dinámica, es decir, desde las mutaciones societarias previas a su creación hasta el momento de su consolidación; en segundo lugar, en la misma se prevé, con carácter previo a la consolidación definitiva de la Sociedad Europea, un procedimiento de negociación sobre uno de los efectos que se derivan de esta forma de organización de la actividad empresarial, en particular, qué sucede con los mecanismos de implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea resultante de este proceso. A partir de este precedente, podría mantenerse la oportunidad de contemplar también una negociación previa a la adopción de otras for-

¹²⁶ Sobre el alcance y contenido de esta Directiva *vid.* ORTIZ LALLANA, C.: «La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario», en *Gobierno de la empresa...* cit. págs. 126 y ss. *Vid.*, también, Proyecto de Ley sobre «Implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas europeas». Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, 25 de noviembre de 2005, núm. 59-I.

¹²⁷ El artículo 8 de la Directiva 2001/86/CE establece al efecto determinadas garantías de reserva y confidencialidad.

mas de organización de la empresa –v. gr. los grupos de empresas– y sobre otros posibles efectos laborales que se derivan de la adopción de las mismas, especialmente, aquellos que incidan en el volumen de empleo y en la determinación de las condiciones de trabajo en la entidad empresarial resultante.

Las diferentes vías expuestas en este trabajo no constituyen, sin embargo, los únicos mecanismos de participación de los trabajadores durante el proceso de formación del grupo de empresas, sino que junto a esta tradicional vía de participación apoyada esencialmente en los derechos de información y consulta a los que se ha hecho referencia, puede resultar muy útil en estos supuestos, especialmente en las tomas de control de empresas, el desarrollo de diferentes esquemas de participación financiera de los trabajadores en la empresa, que les comporten las mismas y a ser posible mayores garantías de participación que las dispensadas a los accionistas minoritarios ¹²⁸.

Esta vía de participación permitiría ir más allá de la tradicional participación de los trabajadores respecto de las decisiones relativas al empleo, alcanzando también a aquellas decisiones más estratégicas de la organización y de la actividad empresarial, entre las que podrían incluirse, entre otras cuestiones, la conveniencia o no de una estrategia de filialización empresarial o aquellas relativas a la toma o cesión de control de una empresa por otra, no en vano, los trabajadores, en tanto que accionistas de las empresas implicadas, deberían jugar un papel importante, sino decisivo, en estas operaciones empresariales, especialmente en los procesos de tomas de control, ya fuera oponiéndose o cooperando con los mismos ¹²⁹. Éste fue el caso, por ejemplo, de la OPA lanzada por Société Générale contra el Banco Nacional de París, en que la oposición de dos asociaciones de trabajadores y extrabajadores accionistas, que poseían el 10 por 100 del capital de esta última sociedad, frustr  la operación ¹³⁰.

Con toda probabilidad ésta es una vía que deberá desarrollarse en el futuro como un mecanismo idóneo para garantizar una participación adecuada y efectiva de los trabajadores, no sólo en los procesos de formación de un grupo de empresas, sino en todas y cada una de las nuevas formas de organización de la empresa que est n proliferando en los últimos años ¹³¹. En otros términos, únicamente a través de esta vía estará plenamente garantizada una participación realmente decisiva de los trabajadores en las cada vez más habituales prácticas circulatorias de la empresa que aparentemente vienen exigidas por un contexto económico cada vez más cambiante.

¹²⁸ LANDA ZAPIRAIN, J.P.: «La participación financiera de los trabajadores y los problemas de la "gobernanza corporativa":  una probable nueva dimensión de la responsabilidad social de la empresa articulable entre la corresponsabilidad y la capacidad de codecisión del factor trabajo?», en LANDA ZAPIRAIN, J.P. (Coord.): *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2004, pág. 46, considera que esta forma de participación financiera sería más interesante si tuvieran lugar reformas del derecho de sociedades que garantizaran la información y participación de los accionistas –especialmente de los minoritarios– y se avanzase hacia la auténtica democratización de la asamblea de accionistas, así como también si tuviera lugar un aumento de los mecanismos de control y de responsabilidad de los administradores.

¹²⁹ LANDA ZAPIRAIN, J.P.: «La participación financiera de los trabajadores...» cit. pág. 20. El autor pone de manifiesto las amplias perspectivas que ofrecen estos esquemas de participación financiera (EFP) para el posible desarrollo del aseguramiento o la prevención de los efectos sobre el empleo de la ejecución de las decisiones reestructuradoras decididas por la empresa (vía reorganización productiva, descentralización de la producción en una red de empresas, fusiones o ventas, etcétera).

¹³⁰ MARTÍN, P.: «La repercusión de las formas de participación financiera en el gobierno de las empresas: el caso francés (II Parte)», en LANDA ZAPIRAIN, J.P. (Coord.): *Nuevas formas de participación de los trabajadores...* cit. pág. 87.

¹³¹ Sobre los mecanismos para potenciar esta vía de participación vid. LANDA ZAPIRAIN, J.P.: «Las nuevas formas...» cit. pág. 341.